

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**EL “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO” Y ESTADO
DE DERECHO. UN ACTO DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA**

PRESENTA:

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ

PARA OBTENER EL GRADO DE:

**DOCTORADO EN DERECHO CON ORIENTACIÓN
EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

MONTERREY, N.L., MÉXICO

2021

**EL “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO” Y ESTADO DE DERECHO. UN
ACTO DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA**



TESIS DOCTORAL

**DOCTORANDO
MG. DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ**

**ASESOR
DR. MICHAEL NUÑEZ TORRES**

**DOCTORADO EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
MONTERREY – MÉXICO
2021**

EL PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO Y ESTADO DE DERECHO. UN ACTO DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

Índice

Agradecimientos.....	8
Introducción.....	10

CAPÍTULO I

Interpretación jurídica y construcción jurídica

1. Consideración previa: planteamiento del problema.....	30
2. Sobre la teoría de la interpretación jurídica.....	35
3. Metateoría de la interpretación.....	35
4. La ambigüedad del concepto interpretación.....	37
5. Distinción entre disposición jurídica y norma jurídica.....	43
6. Construcción de normas implícitas.....	46
7. Los argumentos de la interpretación.....	49
7.1. El argumento a contrario.....	51
7.2. El argumento sistemático.....	53
7.3. El argumento de la disociación.....	55
7.4. El argumento de la voluntad del constituyente.....	57

7.5. El argumento equitativo.....	58
7.6. El argumento de la completitud de la disciplina jurídica.....	59
8. Antinomias.....	61
9. Lagunas.....	66
10. Derrotabilidad de normas jurídicas.....	70

CAPÍTULO II

El “precedente judicial obligatorio” como acto de construcción jurídica

1. Cuestión previa: sobre el estado del arte y aclaración metodológica.....	76
2. El discurso interpretativo de la Corte Constitucional del “Precedente judicial obligatorio”: análisis con un microscopio teórico analítico del derecho.....	80
2.1. La cláusula Angarita: hacia el acto de construcción jurídica.....	81
2.2. El comienzo de la construcción jurídica: los primeros argumentos interpretativos.....	84
2.3. Fuentes del Derecho y cosa juzgada constitucional: la jurisprudencia constitucional se desmarca del artículo 230.....	85
2.4. La cosa juzgada constitucional y sus efectos erga omnes.....	94
2.5. Ley formal y material. Cosa juzgada explícita e implícita.....	95
2.6. Doctrina constitucional interpretativa y doctrina constitucional integradora.....	102
2.7. Imperio de la ley y el derecho-principio de igualdad.....	106
2.8. Algunos usos interpretativos de las normas constitucionales creadas por la Corte Constitucional.....	111

2.9. El derecho a la igualdad y la auxiliaridad de la jurisprudencia: La Corte Constitucional evita una antinomia.....	115
2.10. Trato igualitario como argumento estándar y jurisprudencia: ratio decidendi y obiter dicta.....	118
2.11. “El precedente como jurisprudencia obligatoria auxiliar”	125
3. El principio-derecho a la igualdad como aparato productor de una laguna axiológica y el “precedente judicial obligatorio” como norma-producto para colmarla.....	127
4. La derrota de la consecuencia pragmática de aplicación de la norma literal del artículo 230 constitucional.....	129

CAPÍTULO III

El “precedente judicial obligatorio” y teoría general de las normas

1. Aclaración previa: distinción de los conceptos de <i>stare decisis</i> y <i>ratio decidendi</i>	132
2. La reconstrucción de la norma implícita: “precedente judicial obligatorio”, el <i>stare decisis</i> colombiano.....	134
3. Sobre normas de obligación y la norma del “precedente judicial obligatorio”.....	136
3.1. La concepción psicológica.....	138
3.2. La concepción predictiva.....	141
3.3. La concepción realista.....	142
3.4. La concepción naturalista.....	143
3.5. La concepción prescriptivista.....	144

3.6. La concepción punitiva.....	146.
4. Sobre normas permisivas y la norma del “precedente judicial obligatorio”.....	158
5. Sobre normas de competencia y la norma del “precedente judicial obligatorio”.....	164
6. Existencia y validez de la norma del “precedente judicial obligatorio”.....	171

CAPÍTULO IV

El “precedente judicial obligatorio” y Estado de Derecho

1. Cuestión previa	176
2. Sobre la división de poderes.....	177
3. La Corte Constitucional y la separación (división) del poder público.....	180
4. Sobre la constitución.....	188
5. Sobre el poder constituyente.....	197
6. Sobre la democracia.....	200
7. Finalmente, sobre el “gobierno de los jueces”.....	204
A manera de conclusión.....	217
Bibliografía.....	220

DEDICATORIA

A mis dos precedentes obligatorios: Sofí y Ale

AGRADECIMIENTOS

Siempre que se termina un texto quien lo escribe queda en deuda con muchas personas, sucede lo mismo cuando lo que se termina es una tesis doctoral, porque ese texto es el resultado de un diálogo con muchos colegas que de alguna u otra forma contribuyen a su formación, ya sea recomendando libros, haciendo comentarios, realizando críticas, en fin, mostrando ciertas cosas que quien está realizando el trabajo no logra captar, tal vez por estar lidiando con tantos asuntos al tiempo o por estar entretenido en algún detalle argumentativo. Por eso, esos diálogos son vitales para ese texto que se construye, que se modifica y que va tomando forma día tras día.

Por esos motivos hoy debo agradecer al Dr. Michael Nuñez Torres, quien ha sido el director de esta investigación, pero además de eso ha sido un gran ser humano y un gran profesor que supo orientarme, comprender los objetivos de la investigación, respetar mi postura - no en todos los puntos coincidente con la suya – y de esa forma valorar el trabajo teórico y metodológico que he intentado realizar. En ese sentido, el Dr. Nuñez ha sido el *pater professor* responsable que todo tesista quisiera tener, al punto que lo que este producto arroja no es solo este texto, sino una gran amistad de aprendizaje constante en la experiencia del derecho público, la cual estoy seguro ha sido fecunda, espero sea perenne.

También debo agradecer a mi esposa Alejandra, quien no solo me ha apoyado en forma incondicional en el camino de la vida, sino también en el diálogo constante sobre el tema ocupa estas páginas. Gracias amor de mi vida por estar dispuesta a escuchar y por realizar varios comentarios que he tenido en cuenta. En ese mismo sentido es para mí un imperativo también agradecer a mi hija Sofía, quien ha sido el corazón no solo de esta tesis, sino de todo el proceso doctoral, pues a su corta edad supo comprender que me separaba de ella para mejorar. Gracias hija, siempre firme hasta el final; ya seré yo el que te espere.

De la misma manera he agradecer a los colegas con quien he compartido esta aventura académica y que han contribuido a la formación de estas ideas, gracias a: Yeminá Valdez, Víctor Álvarez y Lina Salazar. Gracias también a todos los profesores

del programa doctoral, quienes desde sus diferentes áreas aportaron a la formación del saber disciplinar e interdisciplinar.

Agradezco a mis padres Juan Carlos y Claudia quienes me han apoyado en todo este proceso académico, a toda mi familia, a mi abuela que sorpresivamente se fue de este mundo dejándome un vacío enorme y, especialmente, a mi tía Carmen y al tío Alfonso que me han apoyado de forma constante e incondicional en toda la experiencia en México.

Finalmente, pero no por ello menos importante, agradezco a la Facultad de Derecho y Criminología de Universidad Autónoma de Nuevo León, a todos sus directivos, especialmente, al señor subdirector de posgrados Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez, por acogerme con toda su confianza y por brindarme todo su apoyo durante mi paso por Monterrey. También agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México (CONACYT) por la beca otorgada. De la misma forma expreso mi más profundos a agradecimientos a mi alma mater – Universidad Santiago de Cali – a nuestro Rector Carlos Andrés Pérez Galindo y a todo el equipo de la alta dirección, por todo el apoyo institucional durante todos estos años de formación, docencia e investigación.

Gracias todos por el apoyo de siempre, este texto no habría podido ser sin ustedes, lo errores son míos.

El autor.

INTRODUCCIÓN

Este texto constituye la tesis doctoral desarrollada con el acompañamiento del Dr. Michael Nuñez Torres en el marco del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, la cual responde a la pregunta de investigación: ¿De qué manera la Corte Constitucional colombiana ha aplicado técnicas de construcción de normas (constitucionales) implícitas en algunas de sus sentencias, para introducir cambios al sistema jurídico, constituyéndose en un “legislador” positivo, en el caso de la disposición normativa 230 de la Constitución Política, en el contexto del Estado de Derecho?

En esta investigación, se pretende alcanzar el siguiente objetivo general y desarrollar los objetivos específicos que se señalan a continuación.

Objetivo general

Analizar de qué manera la Corte Constitucional colombiana ha aplicado técnicas de construcción de normas (constitucionales) implícitas en algunas de sus sentencias, para introducir cambios al sistema jurídico, constituyéndose en un “legislador” positivo, en el caso de la disposición normativa 230 de la Constitución Política, en el contexto del Estado de Derecho.

Objetivos específicos

- Analizar la teoría de la interpretación de Tarello, Kelsen, Hart, Alchurrón y Bulygin, Guastini, Barberis y Chiassoni, en relación con las técnicas de construcción de normas implícitas.
- Analizar la aplicación de las técnicas de construcción de normas (constitucionales) implícitas, en algunas sentencias de la Corte Constitucional, referentes al caso de la disposición normativa 230 de la Constitución Política, solo en lo que se refiere a la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial.

- Analizar la “naturaleza” de la norma implícita creada denominada “precedente judicial obligatorio” en relación con la teoría de las normas de Olivecrona, Holmes, Kelsen, Hart, Alchurrón y Bulygin, Dworkin, en relación la disposición normativa 230 la Constitución Política.
- Analizar la teoría del legislador positivo y negativo, en la justicia constitucional, en el contexto de la competencia de la Corte Constitucional colombiana, en relación la disposición normativa 230 la Constitución Política, en las sentencias pertinentes, en el contexto del Estado de derecho.

La única hipótesis de trabajo que tiene como fin mostrar que fin persigue la investigación es como sigue:

Hipótesis

La Corte Constitucional colombiana ha aplicado técnicas de construcción de normas (constitucionales) implícitas en algunas sentencias, constituyéndose en un “legislador” positivo, en el caso de la disposición normativa 230, en el contexto del Estado de Derecho, situación que le ha permitido introducir un cambio sustancial al sistema jurídico colombiano, creando una norma constitucional implícita denominada “precedente judicial obligatorio”, siendo que la disposición citada reglamenta que “la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”.

Método

El método que se está aplicando en la investigación es el analítico. Por tanto, se procede a través de análisis descriptivo y crítico de significados, teniendo en cuenta que por analizar se entiende dividir, distinguir, descomponer, seccionar, considerando el objeto de estudio en sus elementos simples antes que en su conjunto¹. Para luego proceder a la síntesis, entendida como acto mediante el cual se integran las partes del

¹Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 58.

todo que se habían previamente dividido². El método en esta investigación seguirá una suerte de análisis y síntesis, en el enfoque de *análisis del discurso de los juristas*.

Frente a la aplicación del método es pertinente aclarar que, como un estudio de metajurisprudencia descriptiva, en esta investigación el *Derecho* se entenderá como un sistema normas (norma como significado de la formulación normativa), no como un conjunto de formulaciones normativas, por ello se procederá a una reconstrucción de las técnicas interpretativas y argumentativas presentes en la jurisprudencia (constitucional), con las que se sustentan la producción de normas (constitucionales) implícitas, con el fin de identificar el derecho (constitucional) vigente y eficaz, es decir, la descripción de normas efectivamente construidas y aplicadas por la Corte Constitucional. Lo que implica el uso de un metalenguaje a través de proposiciones normativas, entendidas como enunciados existenciales que tratan de normas (constitucionales) vigentes y no como enunciados deónticos referentes a la calificación de un comportamiento³.

La teoría en el marco de esta investigación

El concepto de “teoría” está anclado en el marco de la filosofía de la ciencia, la cual comprende que las teorías son un componente de la ciencia, entendida ésta como un conjunto de hechos, teorías y métodos que una comunidad de estudiosos, en un campo específico del saber han sistematizado y acordado con el fin de dar explicación a ciertos fenómenos problemáticos⁴. Esto en la medida en que se acepte que el conocimiento científico se construye a partir de problemas, en una mezcla inseparable de saber e ignorancia, ya que sabemos algunas cosas, pero ignoramos otras, precisamente eso es lo que genera inquietudes que se convierten en problemas investigación⁵. Comprender el concepto de “teoría” implica de este modo observar el concepto de “ciencia” a la manera de un continente y contenido.

² Rodríguez Campos Ismael, *Métodos y técnicas de investigación jurídica*, México, Porrúa, 2016, p. 11.

³ Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, trad. de Diego Dei Vecchi, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 366.

⁴ Kuhn Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económico, 2004, p. 21.

⁵ Popper Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1991, p. 23-24.

Ahora bien, en el campo de la filosofía de la ciencia hay otro concepto conectado con el de “teoría”, que no se puede olvidar. Me refiero al uso conceptual de *paradigma*, el cual también es propio del discurso de esa comunidad de estudiosos que, podríamos decir, son considerados científicos debido a que realizan el trabajo sistematizador de la ciencia, en el que producen ciertas construcciones cognoscitivas a partir del uso de ciertos métodos y técnicas con los que se disponen a explicar, analizar, comprender y, en algunos casos, a resolver problemas. Generando con ello algunos modelos de conocimiento que, a su vez, orientan la construcción de otras teorías o investigaciones futuras. Cuando estos modelos llegan a ser tan relevantes en la comunidad científica y perduran como marco de referencia por un tiempo considerable reciben el nombre de “paradigmas”⁶.

Los paradigmas, como ese tipo de modelo de conocimiento científico, contienen también las teorías. El paradigma así entendido sería un conjunto de enfoques, teorías y modelos que construirían tipos de problemas y soluciones en la ciencia, según el enfoque, la teoría y el modelo usado para la finalidad del científico. Siendo esto así, debería entonces entenderse por enfoque un tipo de mirada analítica que preferirá unos problemas y no otros, los cuales serán investigados según unos métodos y no otros, para dar algunas soluciones específicas. En este mismo orden de ideas por *teoría* debería entenderse un conjunto de enunciados de alguna forma abstractos y generales que versan sobre fenómenos de la realidad, los cuales tienen como fin explicar, interpretar o describir esos fenómenos. Lo cual quedará condensado en el modelo, pues este es un tipo de representación fenoménica que sintetiza de algún modo la teoría⁷. El modelo, pues, es el punto de cierre del paradigma.

Así las cosas, centremos nuestra mirada en el concepto de teoría. Más concretamente se podría decir las teorías han sido entendidas como sistemas conceptuales⁸. Estos sistemas conceptuales además de describir, explicar e interpretar eso que llamamos “realidad”, son también marcos referenciales que proporcionan argumentos para

⁶ Kuhn Thomas, op. cit., p. 13.

⁷ Losada Rodrigo y Andrés Casas, *Enfoques para el análisis político*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 50.

⁸ Bassi Javier, *Formulación de proyectos de tesis en Ciencias Sociales. Manual de supervivencia para estudiantes de pre y posgrado*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2015, p. 347.

modelar problemas y plantear, cuando sea el caso, algún tipo de “solución”. Las teorías permiten entonces definir un modelo que análisis y, a su vez, determinan el tipo de método que se ha de utilizar en éstos, las explicaciones o descripciones que se hagan en una investigación o en la construcción de futuras teorías está determinado por un tipo de paradigma que, para decirlo de algún modo, gobierna el uso de las teorías, los enfoques y los modelos definidos por una comunidad de científicos en sus actividades concretas a la hora de producir un conocimiento determinado.

Justamente por lo dicho en el párrafo anterior es posible sostener que el uso de la teoría permite hacer aportes teóricos. Esto podría pensarse en varios sentidos, por ejemplo, i) el aporte teórico podría ser el desarrollo de un punto que una teoría determinada no hubiese desarrollado. ii) también podría versar sobre construcción de una teoría que falsee la teoría que se analice. iii) la contribución podría ser también la creación de una teoría paralela que complemente la teoría que se ha analizado. iii) la aportación también podrá basarse en un uso novedoso de la teoría, es decir, que la teoría ilumine problemas que antes no había iluminado o que permita esa teoría dar una nueva mirada a un problema que ya había sido tratado desde otro enfoque. El aporte teórico, puede ser producción teórica o aplicación teórica. Lo que cuenta en la filosofía de la ciencia de manera general y, específicamente, en otros campos del saber, como por ejemplo en campo de la teoría y la dogmática del derecho, los cuales son los contextos epistémicos de esta investigación. Por ello ahora conviene hablar esto.

Teoría del Derecho

Tratándose específicamente de Teoría del Derecho es pertinente decir que el concepto general de teoría es perfectamente adaptable a éste, es decir, se entiende como un conjunto de enunciado abstractos y generales sobre el derecho in genere, pero no sobre un derecho en particular, o sea, un derecho de una Estado específico, como el derecho colombiano o mexicano, sino sobre los conceptos más generales

que posee cualquier sistema jurídico, como por ejemplo validez, derogación, norma⁹. Por tanto, es adecuado tener en cuenta que cuando se habla de Teoría del Derecho, se hace referencia a un tipo de discurso de tercer nivel lingüístico, ya que es un discurso que no versa sobre el lenguaje del derecho (positivo) o sobre las fuentes formales del mismo (por ejemplo, la Constitución o la ley).

Llegados a este punto es importante aclarar que en el lenguaje del discurso jurídico existen varios niveles. Hay un lenguaje de primer nivel que es el de las fuentes formales, debido a que es un lenguaje prescriptivo que no analiza otro lenguaje. También hay un lenguaje de segundo nivel el cual se dedica a analizar el discurso de las fuentes formales, ese es por ejemplo el lenguaje de la dogmática jurídica que tiene como finalidad realizar una sistematización, en algunas ocasiones descriptiva en otras ocasiones normativa, de las fuentes formales del derecho según sus especialidades (constitucional, civil, penal, etc.), por tanto, es un metalenguaje. De otro lado está el lenguaje propio de la teoría jurídica, el cual es de tercer nivel dado que analiza por un lado el lenguaje de la dogmática y, por otro las estructuras de los sistemas normativos y de las normas jurídicas¹⁰. La Teoría del Derecho es, en este sentido, un meta-meta-lenguaje, el cual es descriptivo y por ese mismo hecho procede con neutralidad valorativa en sus análisis, es decir, habla del derecho como es y no del derecho como debería ser¹¹.

Ahora bien, en el marco de la Teoría del Derecho, conviene destacar uno de sus enfoques, el cual tiene especial relevancia para esta tesis doctoral. Es la Teoría *Analítica* del Derecho, la cual proporciona un potente aparato teórico de análisis conceptual en el marco analítico de un discurso jurídico. Por ello fija algunas herramientas conceptuales y, a su vez, metodológicas para proceder en relación con los enunciados de un discurso. Por ejemplo, la distinción entre definiciones informativas y estipulativas, con las primeras se describe, con las segundas se propone. También en esa misma dirección, la diferenciación entre enunciados

⁹ Comanducci Paolo, *Hacia teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p.184.

¹⁰ Millard Éric, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 35-36.

¹¹ Moreso J.J., *El derecho: diagramas conceptuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 215-216.

empíricos y enunciados prescriptivos, los primeros son enunciados del ser, con lo que es posible tener pureza metodológica en cuanto a la descripción del mundo. Los segundos son propios del deber ser, mediante los cuales no se hace otra cosa que política jurídica, no ciencia¹².

En el campo de la Teoría Analítica del Derecho, cabe destacar el importante tema de la interpretación jurídica el cual sigue la misma línea metodológica, en el sentido de la observación de contenidos empíricos del lenguaje (los enunciados lingüísticos), a través del postulado de la neutralidad valorativa que implica que el dogmático analice las fuentes formales del derecho sin hacer consideraciones normativas o de deber ser, como por ejemplo sentimientos de justicia o consideraciones morales, sino solo a través del análisis puro del discurso de las autoridades, por ejemplo de los jueces. En este caso, la dogmática o ciencia del Derecho es un discurso descriptivo que tan solo muestra el derecho que es y no el que debería ser¹³.

Justo en ese sentido metodológico se procede en este trabajo doctoral, ya que en él se realizará un análisis descriptivo y con neutralidad valorativa del discurso de la Corte Constitucional colombiana en relación con la creación de una norma constitucional que introduce el precedente obligatorio al sistema jurídico, la cual constituye una mutación constitucional vía interpretación¹⁴, ya que el artículo 230 de la Constitución Política dice que la jurisprudencia en su criterio auxiliar de la actividad judicial, sin embargo la Corte usando técnicas argumentativas creadoras de normas impone que pese al contenido de ese artículo, el precedente judicial es obligatorio¹⁵. Por tanto, lo que se mostrará es el derecho constitucional que es y no el que debería ser. El discurso de la Corte es el referente empírico de la investigación y será analizado descriptivamente, sin producir un discurso normativo que mezcle argumentos valorativos, manteniéndose así en la pureza metodológica, propia de la Teoría Analítica del Derecho y de la Dogmática jurídica realista.

¹² Caballero Elbersci Pedro, *Comentarios sobre el Método de la Filosofía Analítica del Derecho: distinguir y conectar*, en *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 32-33.

¹³ Dei Vecchi Diego, *El jardín de las distinciones que se bifurcan* en *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 54-55.

¹⁴ Rollnert Göram, *La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2014, p. 134.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Constructos y variables en esta investigación

Constructo

De manera general en la investigación científica se trabaja con categorías como enfoques, teorías y modelos, que están determinados por los ejes paradigmáticos del saber. En todos se advierte un uso de conceptos que permite al investigador dar una lectura a su objeto de estudio. Puede decirse entonces que los conceptos están contenidos en estas categorías, formando un *corpus* que determina el análisis de un problema de investigación y que orientan una posible solución, pues permiten la formulación de hipótesis que de algún modo contribuyen a las decisiones metodológicas que se toman en los procesos investigativos¹⁶.

Ahora bien, la relevancia de los conceptos en una investigación no está solo dada por su conexión directa con las categorías mencionadas, sino porque contribuyen a la identificación del objeto de estudio¹⁷. No son, por ejemplo, las teorías o los modelos por sí mismos los que contribuyen a la formación de los objetivos de una investigación, sino los conceptos los que determinan éste y aquellos. Visto esto de esta forma, los conceptos teóricos no pueden ser tenidos como simples ejes articuladores de una teoría o modelo de referencia, sino como elementos determinantes del proceso y resultados de una investigación científica.

Así las cosas, conviene hablar no solo de concepto, sino de concepto teórico y, en ese contexto, sería adecuado referirse a *constructos*. Éstos son entendidos como conceptos teóricos o hipotéticos que atienden a una formulación, en cierto sentido intencionada con finalidades científicas¹⁸, los cuales se encuentran relacionados con otros constructos y que pueden llegar a ser susceptibles de medición cuando son integrados a las hipótesis en las que se manifiesten variables del problema de investigación. No obstante que ciertos constructos no puedan ser medibles en forma

¹⁶ Carballo Barcos Miriam y Guelmes Valdés Esperanza Lucia, *Algunas consideraciones acerca de las variables en las investigaciones que desarrollan en educación* en *Revista científica de la Universidad de Cienfuegos*, Cuba, 2016, p. 141-142.

¹⁷ Gras Arnau, *Psicología experimental. Un enfoque metodológico*, México, Trillas, 1980, p. 43.

¹⁸ Briones Guillermo, *Metodología de la investigación cuantitativa en las sociales*, Bogotá, ICFES, 1996, p. 29.

directa y haya la necesidad de usar indicadores (manifestaciones observables) que permitan verlos como variables subyacentes de medición externa a éstos¹⁹.

Variables

Es posible que los constructos sean entendidos en sentido amplio como variables²⁰, sin embargo, tan solo son una forma de éstas. Las variables han sido comprendidas como una cualidad o atributo de algo que es además cambiante, que puede observarse y en algunos casos medirse²¹. Éstas a su vez son diferenciadas como variables cuantitativas y cualitativas. Las primeras son numéricas y las segundas han sido denominadas como categóricas en cuanto sean clasificatorias y no permitan operaciones matemáticas²². De otro lado, también, se distinguen entre variables independientes, dependientes e intervinientes. Las independientes son siempre causales, pues producen cambios en otras variables con las encuentre relación. Las dependientes son aquellas que cambian por efectos de modificaciones en las independientes. Mientras que las intervinientes se refieran a las conexiones que pueda haber entre las variables independientes y dependientes²³. Por ejemplo, una variable independiente podría ser la cualidad de “intérprete-creador”, una dependiente de ésta ser “actúa como poder constituyente” y una interviniente podría “democrático-garantista”.

Constructos y variables como elementos de conceptualización

Así entendidos los constructos y las variables son elementos de conceptualización en la investigación científica. Pues a través de los conceptos teóricos se pueden llevar a cabo ejercicios explicativos y de construcción de conceptos que esclarezcan los problemas de investigación abordados, que permitan llegar a soluciones posibles a través del desarrollo de los objetivos trazados en un plan investigativo. Los constructos

¹⁹ Abreu José Luis, *Constructos, Variables, Dimensiones, Indicadores y Congruencia en Daena: International Journal of Good Conscience*, 2012, p. 123-124.

²⁰ Briones Guillermo, op. cit., p. 29.

²¹ Hernández Sampieri Roberto, *Metodología de la Investigación*, México, McGrawHill, 2014, p. 105.

²² Cienfuegos Velasco, María de los Ángeles y Cienfuegos Velasco Adriana, *Lo cualitativo y lo cuantitativo en la investigación en Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, México, 2007, p. 11.

²³ Briones Guillermo, op. cit., p. 30.

en cuanto pertenecientes a las teorías son elementos de conceptualización que tienden puentes comunicacionales entre el marco teórico y el eje problémico de las indagaciones epistémicas, abriendo paso al abordaje no solo de los problemas jurídicos, políticos o sociales como referentes empíricos, sino también, esto tal vez sea lo más relevante, al análisis del problema teórico, el cual depende en concreto del paradigma, el enfoque, la teoría y el modelo que se asuman en una investigación científica concreta.

De otro lado, las variables permiten también este proceso conceptualizador en la investigación científica, en cuanto contribuyen a distinguir cualidades o propiedades de los objetos de estudio, mostrando la forma en cómo deben ser medidos y analizados según el tipo de trabajo investigativo que se lleve a cabo, es decir, según sea cualitativo o cuantitativo. Las variables permiten, también, un dialogo fluido entre el marco teórico y las hipótesis que el investigador se formule como posible respuesta a su problema. Lo que determina, inclusive, si han de tenerse como referentes una o varias teorías que sirvan de razón explicativa o fundamentadora de su comprobación y, en ese sentido, la forma en que se deban comprobar. Lo que conduce a una conceptualización en el desarrollo de objetivos y en la aplicación del método investigación usado.

Lo anterior permite sostener que tanto constructos como variables son vitales en la actividad científica como elementos constructivistas de conceptos, ya que quien procede a su captación, distinción y análisis abre la posibilidad crear conceptos propios de su contexto de análisis sea empírico o teórico. También allana camino en la comprensión propositiva de aquellos conceptos que han sido tratados en una determinada teoría, dando una lectura diversa con otro enfoque o modelo aplicable al objeto de estudio, propiciando el nacimiento de teorías novedosas o por lo menos gestando una mirada propositiva que instaure un modelo también novedoso sobre una cuestión epistémica concreta.

Teniendo en cuenta la pregunta de investigación, los objetivos, el marco teórico y la hipótesis de este trabajo mencionados líneas arriba, puede observarse que están situados entre teoría de la interpretación y teoría constitucional, en donde se asumen constructos o conceptos teóricos como interpretación jurídica, el cual define el

contexto teórico de la investigación, porque no se trata de cualquier teoría de la interpretación sino una inmersa en un paradigma realista²⁴. Del mismo modo se puede observar conceptos como el de “legislador positivo” o poder constituyente debido a que se trata construcción de normas constitucionales por parte de un tribunal constitucional²⁵, lo que desde luego se relaciona con el asunto de la gobernabilidad del Estado en sentido amplio (el gobierno de los jueces). Con lo que se aborda el problema teórico la creación judicial del derecho²⁶.

Otro concepto determinante en el marco de teoría constitucional es concepto de constitución, que permita esclarecer la forma en que esta es aplicada por el juez desde la óptica en como él la ve, es decir, si trata una concepción formal, material o mixta, dado a que eso depende de la forma en que la aplica en los asuntos que resuelve²⁷. Finalmente, otro constructo relevante sería el del Estado del Derecho que marca de algún modo una línea de análisis al fijar ciertos límites teóricos al problema de indagación y a los objetivos propuestos.

Solo tomando estos ejemplos, se puede evidenciar que el abordaje de estos constructos permitirá dar respuesta a la pregunta de investigación y a la comprobación de la hipótesis, pues proporcionarán un aparato teórico que permitirá avanzar en la construcción de conceptos, en el análisis de la problemática fáctica y del problema teórico, permitiendo generar conceptualizaciones propias de la investigación en el desarrollo sus objetivos, dando cuenta por ejemplo de si el tribunal constitucional interpreta o crea el derecho constitucional; en el caso de que lo cree mostrar, por ejemplo, que se comporta como un poder constituyente que incide en la gobernabilidad del Estado; que la tesis de la división de las funciones del poder es tan solo un mito del Estado de Derecho o que el Derecho no está en las fuentes formales positivas, sino en la interpretación desplegada en las sentencias de los jueces.

²⁴ Troper Michael, *Una Teoría Realista de la Interpretación en Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2008, p. 37-62.

²⁵ Suarez-Parra José Luis, *El juez constitucional: legislador positivo* en *Revista Principia Iuris*, Bogotá, 2016, p. 181.

²⁶ Bulygin Eugenio, *Creación judicial del Derecho en Problemas lógicos en la Teoría y práctica del Derecho*, México, Fontamara, 2011, 75-94.

²⁷ Nuñez Torres Michael, *La constitución mixta como alternativa a las contradicciones de la Teoría Constitucional en Justicia Constitucional: Problemática en torno a la crisis del concepto de constitución*, Perú, Universidad Privada de Ica, 2015, p. 15-18.

El enfoque y el modelo en esta investigación

Como puede observarse en este punto esta investigación está determinada por el paradigma del Realismo jurídico, el cual orienta un tipo de ciencia jurídica realista que se presenta como ontológicamente empirista, como metodológicamente analítica y neutral valorativamente. Esto por las siguientes razones:

i) Empirista porque que sus objetos de investigación no son ni las disposiciones normativas del derecho positivo, ni el sentimiento que se tenga sobre la obligatoriedad del ordenamiento jurídico (validez), como por ejemplo sostendría un modelo de ciencia jurídica normativista como el kelseniano, sino que su investigación versa sobre objetos del mundo sensible como es el caso de las decisiones judiciales.

ii) Analítica porque observa que el lenguaje jurídico es ambiguo e indeterminado, por ese motivo constata que no hay respuestas correctas en el derecho, sino respuestas posibles que pueden tener justificaciones válidas que incluso pueden llegar a ser incompatibles, es decir, que por razones de defectos del sistema o por zonas de oscuridad en el ordenamiento, los intérpretes judiciales actúen realizando operaciones de derrotabilidad, creación de lagunas y antinomias que los llevan a realizar actos de construcción normativa, cuestión que mostraría que las decisiones judiciales no están tan solo basadas en el ordenamiento jurídico, sino en otros tipos de razones extrajurídicas que determinan la resolución de un caso²⁸.

iii) La neutralidad valorativa se explica porque el investigador jurídico analítico solo describe la realidad (lingüística) que observa. Solo muestra que tipo de discurso se plasma en la decisión judicial, que tipos de técnicas interpretativas o argumentativas son utilizadas por los jueces, que tipo de ideologías tienen los jueces o bajo qué tipo de doctrinas categorías dogmático-conceptuales construyen los argumentos para justificar sus decisiones. Lo anterior con el fin de dar cuenta que hacen los jueces cuando deciden los asuntos a su cargo, por ejemplo, si realizan actos interpretativos o actos de construcción jurídica, es decir, si solo aplican normas literales o crean normas nuevas que introducen cambios en el ordenamiento jurídico. Aspectos que

²⁸ Nuñez Vaquero Álvaro, *Ciencia jurídica en Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 614.

permiten observar si los factores jurídicos (fuentes formales) o extrajurídicas determinan la decisión judicial²⁹. Así las cosas, la neutralidad valorativa debe entenderse como aquella actitud descriptiva que no propone algún tipo de solución, que no toma partido recomendado algún tipo de ideología o alguna forma de argumentación en relación con el discurso que analiza, ya que aplica el siguiente principio: una descripción sigue siendo una descripción, aunque se haga sobre una valoración³⁰.

Enfoque

Ahora bien, detallando la perspectiva paradigmática que orienta esta investigación doctoral: el Realismo Jurídico genovés³¹, el cual se constituye una alternativa teórica a otros tipos de realismos como el norteamericano³², el escandinavo³³, el francés³⁴ y el sueco³⁵, con los que comparte algunos puntos teóricos, pero de los cuales se diferencia en la forma que se concibe el conocimiento jurídico y, específicamente, en el campo de la teoría de la interpretación jurídica. En este punto esta mirada hace posible un dialogo con otro enfoque que se está contenido también en el paradigma realista, el cual hace referencia a la teoría constitucional, pues dentro del realismo jurídico, los genoveses también han teorizado sobre temas como el concepto de constitución, el poder constituyente, división de las funciones del poder público, el Estado de Derecho y, desde luego, sobre interpretación constitucional y de los tribunales constitucionales en ese contexto.

Este tipo de enfoque se concreta en dos marcos de teóricos de referencia que dialogan entre sí. Por un lado, es determinante la teoría de la interpretación y por otro la teoría constitucional. En este dialogo se cruzan conceptos importantes como

²⁹ Aguiló Regla Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 21-36.

³⁰ Hart H.L.A, *Postscriptum*, en *La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin*, Bogtá, Siglo del hombre editores, 2005, p. 98.

³¹ Ferrer Beltrán Jordi y B. Ratti, *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 11-14.

³² Leiter Braian, *El realismo jurídico estadounidense en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, volumen 1, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, 243-245.

³³ Villoro Toranzo Miguel, *El realismo jurídico escandinavo en Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Núm. 19, México D.F,1989, p. 73-80.

³⁴ Cabrera Torres Jennifer, *Interpretar y valorar*, Girona, Universidad de Girona, 2017, p. 6-7.

³⁵ Castignone Silvana, *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 52-32.

constitucionalismo e interpretación constitucional, los cuales se conectan en un contexto concreto como el Estado de Derecho³⁶, ya que éste se desarrollan las actuaciones del tribunal constitucional, permitiendo observar sus decisiones en el marco de una democracia liberal³⁷, por lo que se torna también importante tender puentes hacia este concepto de democracia, pues en éste en cierta medida se sostiene la conexión con la gobernabilidad. Así, pues, poder constituyente y democracia dialogan con el análisis descriptivo que versa sobre el discurso del tribunal constitucional cuando este decide y motiva sus sentencias creando normas constitucionales que introducen cambios al sistema jurídico, el cual modifica de alguna forma la lógica de la gobernanza del Estado de Derecho.

Modelo

Teniendo en cuenta lo anterior se podría decir que en el caso de esta investigación doctoral se ha concretado un modelo teórico jurídico realista, en el cual se condensan como un constructo que coordina la teoría de la interpretación, la teoría constitucional y la teoría de la democracia, a través de las cuales se pretende observar el discurso de la Corte Constitucional colombiana para determinar, si está creando normas constitucionales que introducen cambios al sistema jurídico, si se comporta como un poder constituyente o un poder constituido y si ese tipo comportamiento tiene alguna consecuencia para la democracia³⁸.

En consecuencia, teniendo en cuenta los objetivos y la hipótesis esta investigación se piensa a luz de un modelo teórico que integre: i) teoría de la interpretación, que en cuanto al análisis de los fallos de la Corte Constitucional determinará si este tribunal aplica la Constitución o crea normas de rango constitucional. A su vez, ii) teoría constitucional, que permitirá observar en el marco del Estado de Derecho si la Corte se comporta como un poder constituyente o constituido, influyendo en la gobernanza del Estado colombiano. Y iii) Si esto tiene algún impacto en la democracia liberal, aspecto que resulta importante para tender un puente entre el Derecho Constitucional

³⁶ Villar Borda Luis, *Estado de Derecho y Estado Social de Derecho en Revista Derecho del Estado*, Bogotá, No 20, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 76-78.

³⁷ Velasco Gómez Ambrosio, *Democracia liberal y Democracia republicana en Araucaria* No. 1, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM, 1999, p. 73-77.

³⁸ Torres Muro Ignacio, *Uso y abuso de la justicia constitucional en Revista española de Derecho Constitucional*, Núm. 90, Madrid, 2010, p. 376.

y la Gobernabilidad; situación que, bien vista la pregunta de investigación, está manifestado en ella y en su problema teórico que no es otro que la creación judicial de normas jurídicas en el contexto del Estado de Derecho.

Hipótesis: jerarquización de las variables y teorías en esta investigación

Hipótesis y variable

En el discurso de la metodología de la investigación científica se ha entendido por parte de algunos teóricos que la *hipótesis* es un tipo especial de enunciado con el que se responde conjeturalmente a la pregunta que formula el problema de investigación. Éste enunciado tiene la característica de relacionar dos o más variables con las que el investigador trabajará en su proceso de construcción del conocimiento, mostrando por ejemplo diferentes causas y efectos que son observados por el estudioso³⁹.

Ahora bien, se ha entendido por algunos metodólogos que *variable* es un tipo de atributo, característica o propiedad de alguna persona, situación o cosa que puede llegar a ser medido o conceptualizado y que, como se aprecia en su nominación, es cambiante según circunstancias de espacio, tiempo y lugar⁴⁰.

En este orden de ideas podría afirmarse que las variables están contenidas en la hipótesis. Por tanto, la relación entre éstas y aquella se estructura a modo de continente y contenido, es decir, los elementos constitutivos de una hipótesis no son otra cosa que las variables con las que el investigador trabajará. Las variables, entonces, estructuran la hipótesis y, visto en forma congruente, en un proyecto de investigación científico, éstas también estarán contenidas en la formulación del problema de investigación, en el objetivo general, en los objetivos específicos y en el

³⁹ Buendía L; Colas, P. Hernández F, *Métodos de investigación en Psicopedagogía*, Madrid, MacGraw-Hill, 2001, p. 38

⁴⁰ Fernández Concha Rafael, *Tipos de variables de investigación*, p. 1. Consultado en: <http://repositorio.udea.edu.pe/bitstream/handle/123456789/35/VARIABLES%20DE%20INVESTIGACION%3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

marco teórico. Sin embargo, como ya se ha dicho líneas arriba, en este ensayo solo se tomará como ejemplo de relación con las variables, el enunciado hipotético.

Variables independientes y dependientes

Por variable independiente se ha entendido como algún atributo, característica o propiedad de alguna persona, situación o cosa que sirve para explicar, determinar o condicionar la cualidad o cantidad de alguna otra persona, situación o cosa. Podría decirse que una variable independiente funcionaría en la forma lógica de modus ponens: si p entonces q , el cual traducido a la simbolización se expresaría de la siguiente forma: $p \rightarrow q$. Donde p operaría como la variable independiente respecto de q . Por tanto, ésta conlleva a afirmaciones condicionales, ya que es la variable que el investigador escoge y que tiene un efecto sobre las variables dependientes⁴¹.

De otro lado por variable dependiente se ha entendido como algún atributo, característica o propiedad de alguna persona, situación o cosa que ha sido explicado, determinado, causado o condicionado en alguna otra persona, situación o cosa en virtud de la condicionante contenida en la variable independiente, es decir, como su nombre lo señala, el comportamiento de esta variable depende de la variable independiente que el investigador haya tenido en cuenta para efectuar su análisis o experimento. Por lo que se puede afirmar que es una propiedad o características que se modifica a través del uso de la variable independiente. La variable dependiente es, pues, esa característica o propiedad observada, en la que se pretende ver que efecto produce la variable independiente escogida⁴².

Variable mediadora

Esta se ha entendido como un tipo de variable independiente, pero que tiene una importancia secundaria en la investigación, respecto de la variable dependiente que se ha elegido como principal. La variable mediadora es también escogida por el investigador con la finalidad de observar si hay una relación de afectación entre la

⁴¹ Salmon Wesley C., *Lógica*, México, Colofón, 1995, p. 33.

⁴² Gómez Bastar Sergio, *Metodología de la investigación*, Estado de México, Red Tercer Milenio, 2012, p. 33

variable independiente principal y las variables dependientes. También este tipo de variable es seleccionada para observar de qué manera influye en las variables dependientes⁴³.

Jerarquización y aplicación: teorías y variables

La anterior exposición conceptual tiene como finalidad una jerarquización de las teorías de referencia a manera de variables dependientes e independientes y, en el mismo sentido, aplicar las teorías relativas a la variable mediadora. Recuérdese que la hipótesis que se plantea en este trabajo doctoral es la siguiente:

La Corte Constitucional colombiana ha aplicado técnicas de construcción de normas (constitucionales) implícitas en la sentencia C – 836 de 2001, constituyéndose en un “legislador” positivo, en el caso de la disposición normativa 230, en el contexto del Estado de Derecho, situación que le ha permitido introducir un cambio sustancial al sistema jurídico colombiano: precedente judicial obligatorio, siendo que la disposición citada reglamenta que “la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”.

Pues bien, en lo relacionado con el marco teórico de referencia, en esta hipótesis se pueden observar las siguientes variables:

- 1) Aplicación de técnicas de construcción de normas implícitas.
- 2) Constituirse en “legislador” positivo.
- 3) Contexto del Estado de Derecho.

En relación con la primera variable se trata de la independiente y principal de la investigación. Esta variable se relaciona con la teoría escéptica de la interpretación jurídica la cual, como enfoque paradigmático del realismo jurídico genovés, plantea la distinción entre disposición y norma. Disposición como un tipo de enunciado contenido en una fuente formal y norma como el significado detectado, previsto, decidido o

⁴³ Morales P, *Tipos de variables y sus implicaciones en el diseño de una investigación*, Madrid, Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pontificia Comillas, 2012, p. 5.

propuesto por el intérprete. Distinción a través de la cual, se muestra que una disposición puede dar lugar a varias normas que bien puede ser explícitas (en el caso de las normas literales) o implícitas (en el caso de las normas creadas por el intérprete). Lo que permite observar que el intérprete recurre consciente o inconscientemente, en forma ideológica, a técnicas interpretativas que le permiten construir significados, es decir, crear normas a través de actos de construcción jurídica⁴⁴. Así visto, el juez crea Derecho en forma general impersonal y abstracta. Situación que se observa en la actuación de los jueces cuando realizan la “interpretación” de las fuentes formales de Derecho; es ésta la teoría principal de la investigación y, como variable, es la independiente escogida que determina la variable dependiente.

En el caso de la segunda variable se trata de la dependiente. Ésta es la que permite observar el efecto que causa analizar si un juez usa o no técnicas de construcción de normas, dejando claro en forma valorativamente neutral y crítica, que el juez crea normas generales, impersonales y abstractas cuando dice estar “interpretando” las fuentes formales de derecho, es decir, actúa como un “legislador” positivo⁴⁵; esto en el contexto de la investigación doctoral que se desarrolla toma una forma un poco más especializada, ya que las sentencias que se están analizando son las de una Corte Constitucional que dice “interpretar” la Constitución Política, pero en realidad lo que hace es crear normas constitucionales a través de la aplicación ideológica, consciente o inconsciente, de técnicas de construcción de jurídica, lo que muestra que sus actuaciones se parecen más a las de un poder constituyente que a las de un poder constituido. Aquí “legislador” positivo se asemeja a lo que llamaríamos no una Corte Constitucional, sino una Corte Constituyente⁴⁶; por tanto, la teoría del poder constituyente⁴⁷, en el marco de esta investigación, está subordinada a la teoría escéptica de la interpretación.

⁴⁴ Gómez Martínez Diego León, *El Principio de inmediatez en la acción de tutela. Los argumentos de la interpretación*, Medellín, Diké y Universidad Santiago de Cali, 2018, p. 55-76.

⁴⁵ Cárdenas Mejía Juan Pablo, *El “precedente” en el Derecho colombiano: ¿un juez creador de derecho?* en *Justicia y Democracia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017, p.61-63.

⁴⁶ Arboleda Perdomo Juan Manuel, *Corte Constitucional o Corte Constituyente en Controversias Constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p.270.

⁴⁷ Kalyvas Andreas, *Poder constituyente: una breve historia conceptual en Democracia y poder constituyente*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2016, p.27-42.

Respecto de la tercera variable, se trata de la mediadora. Ya que es una variable independiente que también ha sido elegida como principal pero que, como se dijo líneas arriba, tiene una importancia secundaria en la investigación. Con esta variable también se pretende observar qué sucede cuando los jueces crean derecho en un contexto muy específico. En este sentido referirse al Estado de Derecho es hablar de separación de las funciones del poder público, lo que conlleva a plantearse esta situación en el marco de la democracia representativa de tinte liberal⁴⁸. Por lo que esta variable servirá para observar qué papel democrático o no están cumpliendo los jueces al crear derecho, es decir, como influye la teoría democrática en el comportamiento judicial en relación con la gobernanza del Estado de Derecho, situación que también permitirá observar la relación que existen entre los actos de construcción de normas constitucionales y el ejercicio del poder constituyente por parte de un tribunal constitucional.

Estas variables permitirán la contrastabilidad empírica y teórica en la investigación. El aspecto empírico se observará en el discurso de la Corte Constitucional expresado en la sentencia seleccionada. Mientras los aspectos teóricos serán observados en la relación existente entre el marco teórico de referencia y el discurso de la Corte. Lo que a su vez permite un análisis de contraste del referente empírico con el referente teórico.

Ahora bien, en relación con la primera variable la primera variable, la independiente y principal en la investigación. Es importante dejar claro que se trata de una variable cualitativa, atributiva, y explicativa, ya que se refiere a cualidades que son de la naturaleza del fenómeno estudiado y permiten explicarlo⁴⁹. Desde el punto de vista del método de su operacionalización, se procede con la especificación del concepto y la elección de indicadores, pues se hace un análisis integral en el que se observa los factores que comprende y se presta atención a las categorías que se manifiesta en el fenómeno estudiado, permitiendo su análisis⁵⁰. De esta forma la variable se explica a

⁴⁸ Fernández Santillán José, *Filosofía Política de la Democracia*, México, Fontamara, 1994, p. 81-104.

⁴⁹ Nuñez Flores María Isabel, *Las variables: estructura y función en la hipótesis* en revista *Investigación educativa*, Vol. 11, 2007, p 169-172.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 173-176.

través de la teoría escéptica de la interpretación jurídica, la cual como enfoque paradigmático del realismo jurídico genovés.

Respecto de la segunda variable, la dependiente, es también cualitativa y atributiva. Su método de operacionalización será el de la especificación del concepto y elección de indicadores, ya que permite observar el efecto que causa analizar si un tribunal usa o no técnicas de construcción de normas, dejando claro en forma valorativamente neutral y crítica, que el juez crea normas generales, impersonales y abstractas cuando dice estar “interpretando” las fuentes formales de derecho, es decir, actúa como un “legislador” positivo.

Respecto de la tercera variable, la mediadora. Ésta es también cualitativa y atributiva. Su método de operacionalización será el de la especificación del concepto y elección de indicadores, ya que es una variable independiente que también ha sido elegida pero que, tiene una importancia secundaria en la investigación. Con esta variable también se pretende observar qué sucede, en contexto democrático como el Estado de Derecho, cuando los jueces crean derecho.

CAPITULO I

Interpretación y construcción jurídica

1. Consideración previa: planteamiento del problema

Hans Kelsen siempre consideró que el tribunal constitucional debía actuar, en desarrollo de su competencia, como un legislador negativo donde el control de constitucionalidad debería estar concentrado⁵¹. Sostuvo que la existencia del tribunal constitucional garantizaba y reafirmaba el principio de la división del poder público, entendiéndolo como un reparto de funciones entre diferentes órganos que hiciera posible un sistema de pesos y contrapesos, ya que esta división no aislaría a esos órganos, sino que permitiría un control de unos sobre otros. Por tal motivo la división entre los órganos legislativo y judicial (tribunal constitucional), permitiría un control de los actos de legislación respecto de la supremacía de la Constitución y la competencia de dicho tribunal. Lo que, según él, imposibilitaría la concentración de poder en manos de un solo órgano que, de darse, sería un grave peligro para la democracia⁵².

Desde esta óptica de la división de las funciones del poder público, es importante distinguir entre las competencias del órgano legislativo y las del tribunal constitucional. El primero, encargado de hacer la ley y, el segundo, de revisarla y anularla cuando la encontrase inconstitucional. En palabras de Kelsen la distinción entre “la confección y la simple anulación de las leyes”⁵³, implica que el órgano legislativo es libre en la creación de la legislación, mientras el tribunal constitucional no lo es en el acto de anulación pues, según él, la anulación se produce “esencialmente en aplicación de las normas de la constitución”⁵⁴. Lo que equivale a decir que el órgano legislativo fundamentalmente se encuentra atado al procedimiento de expedición legislativa reglado en la Constitución y de manera excepcional al contenido de las leyes que crea, según los valores y principios generales establecidos en la misma. Mientras que la

⁵¹ Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

⁵² *Ibidem*, p. 492.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

actividad del tribunal constitucional está “absolutamente determinada por la Constitución”⁵⁵.

Es por esto último, dice Kelsen, que la actividad del tribunal constitucional es parecida en general a la de cualquier tribunal, es decir, su oficio no es otra cosa que aplicar el derecho y solo de manera débil-excepcional llegar a crearlo, debido a que sus funciones son de naturaleza jurisdiccional. Por ello, su poder de anulación de la ley debe entenderse como legislador negativo y no como legislador positivo, como en efecto es así para el órgano legislativo, o sea, el tribunal constitucional al estar absolutamente determinado por la constitución solo debe aplicarla, por ello no puede crear normas, solo debe declarar la anulación de las leyes en forma pura y simple⁵⁶.

No obstante, esta concepción kelseniana, con la cual se afirma que el tribunal constitucional no está autorizado para actuar como legislador positivo, es decir, según su rol y sus funciones dentro de una República democrática, no debe crear normas jurídicas, puede observarse que algunos tribunales constitucionales vienen precisamente haciendo todo lo contrario. Fungen activamente como legislador positivo creando, con efectos generales, algunas disposiciones normativas y normas generales de carácter constitucional y legal que introducen cambios al sistema normativo. Tales son los casos del Tribunal Constitucional español y el colombiano, entre otros⁵⁷. Todas estas decisiones son tomadas, en el caso colombiano, en juicios de constitucionalidad que se motivan a través de una demanda de inconstitucionalidad que se interpone para acusar una ley que, en todo o en parte, se juzga por el demandante como contraria a la Constitución.

En el caso de la Corte Constitucional colombiana, a través de las denominadas sentencias integradoras, la Corte se ha comportado como legislador positivo. Las sentencias integradoras son una clase de sentencias de constitucionalidad abstracta, las cuales son de tres clases: i) sentencias de constitucionalidad pura y simple; ii) sentencias de constitucionalidad condicionada; y iii) sentencias de constitucionalidad

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Moreno Millán Franklin, *La acción pública de inconstitucionalidad. Efectos temporales de los fallos*, Bogotá, Leyer, 2008, p. 128 – 131.

integradora. Las primeras sentencias, podría pensarse, son las típicas de un legislador negativo a la Kelsen, ya que en éstas solo se decide de dos formas, ante una demanda de inconstitucionalidad: a) la Corte declara la exequibilidad de la ley si resulta ser constitucional, o b) la Corte declara la inexecuibilidad de la ley si resulta ser inconstitucional. En el segundo caso, el de las sentencias de constitucionalidad condicionada, es el típico de un legislador positivo, ya que en este tipo de sentencias la Corte fija el sentido de una disposición legal, haciendo una interpretación conforme a la Constitución, produciendo normas que formula en la parte resolutive, en forma de enunciados interpretativos, que introducen cambios al sistema jurídico⁵⁸.

En el tercer caso, el de sentencias integradoras, también son típicas de un legislador positivo. Estas sentencias, a su vez, son de tres tipos: i) sentencias aditivas, son aquellas que se decide la existencia de una omisión legislativa que se juzga contraria a la Constitución, la cual puede darse por la omisión expresa o implícita del supuesto exigido por la Constitución o porque simplemente la disposición legal no incluye ese supuesto “exigido” constitucionalmente; ii) sentencias sustitutivas, en este tipo de fallos la Corte hace la declaración de inexecuibilidad por inconstitucionalidad de un apartado de la ley que contraría la Constitución y, posteriormente, lo sustituye por otro que se considera constitucionalmente correcto; y iii) sentencias anulativas o de estimación textual parcial, en estas sentencias se declara la inconstitucionalidad de una parte del texto que tiene como consecuencia la transformación de la disposición normativa y de la norma que existía con anterioridad al juicio de constitucionalidad⁵⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo anteriormente dicho vale para la parte resolutive de la sentencia, es necesario decir que en todo juicio de constitucionalidad el tribunal constitucional debe acudir a un proceso interpretativo para constatar si la disposición legal acusada es contraria o no a la Constitución. En esta constatación el tribunal debe interpretar tanto la ley examinada como la Constitución, declarando su interpretación mediante argumentos en la parte motiva de la sentencia. Sin embargo, en muchas ocasiones los tribunales, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana, no realizan en realidad un acto interpretativo en sentido estricto, sino que realizan

⁵⁸ *Ibidem*, p. 132.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 133 – 139.

mediante algunas técnicas de creación normativa, actos de construcción jurídica, creando algunas veces valores, principios o reglas que elevan luego a rango constitucional. Otras veces crean ciertos tipos de lagunas⁶⁰, para luego crear normas no expresas o implícitas, con el fin de colmarlas o para decidir el significado de ciertos principios generales o fundamentales. También, en algunas oportunidades, se crean jerarquías axiológicas entre normas, se ponderan principios o se da solución a cierto tipo de antinomias⁶¹, creando algunas veces normas implícitas y en algunos casos disposiciones normativas que se “adicionan” a los textos normativos de la constitución mediante argumentos de la interpretación que usan con ese fin creativo; siendo inclusive aplicables todas estas situaciones a las sentencias de constitucionalidad pura y simple, en su parte motiva. Con lo que se hace difícil concebir que el control de constitucionalidad sea tan solo un mero acto de aplicación de la Constitución, en el cual el tribunal constitucional actúe tan solo como un legislador negativo.

Ahora bien, como referente empírico del anterior planteamiento teórico, se pueden observar las sentencias C – 131 de 1993, C – 037 de 1996, C – 836 de 2001, C – 335 de 2008, C – 621 de 2015, mediante las cuales la Corte Constitucional colombiana ha introducido cambios al sistema jurídico, bajo la idea de estar interpretando en estricto sentido y aplicando la Constitución política. En dichos fallos, la Corte introduce al Derecho colombiano un sistema de precedente obligatorio que según ella deviene del artículo 13 de la Constitución que regula el derecho a la igualdad⁶², en el sentido de que tal disposición impone que los jueces traten de manera similar casos similares,

⁶⁰ Alchurrón Carlos E. y Bulygin Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p 50.

⁶¹ Guastini Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 49.

⁶² Constitución Política de Colombia, artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

esto a pesar de que el artículo 230 de la Constitución consagra que la “*jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial*”⁶³.

En este orden de ideas, es importante decir que la Corte ha realizado un acto de construcción jurídica produciendo normas de carácter constitucional en forma discrecional, incluso por fuera del marco lingüístico de la disposición normativa anteriormente citada, lo que podría significar que siendo un órgano constituido estaría actuando, al parecer, de la misma forma que un poder constituyente, es decir, creando normas de rango constitucional que inciden en la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado, pues podría decirse que la propia Corte se auto concede poderes discrecionales, al punto de permitirse generar cambios sustanciales al orden jurídico, por ejemplo ingresando un sistema de precedente judicial obligatorio, en contexto como el colombiano que ha sido tradicionalmente de *civil law*⁶⁴.

Así las cosas, en lo anterior puede verse que esta investigación se ocupará de un fenómeno que es tratado como de interpretación de la Constitución, a través del cual se podrá evidenciar que la Corte Constitucional ha utilizado técnicas interpretativas y argumentativas, mediante las cuales ha sostenido argumentos de la interpretación creadores de normas constitucionales, con los que han introducido un cambio importante y evidente en el Derecho colombiano. Del cual hasta ahora no se conoce el discurso de la Corte en términos de las técnicas creativas utilizadas. En razón de ello es justamente lo que este trabajo aportará a nuestra cultura jurídica, motivo por el cual es pertinente primero ocuparse del aparato teórico que iluminará el análisis del discurso de la guardiana de la Constitución.

⁶³ Constitución Política de Colombia, artículo 230. “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”.

⁶⁴ López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 3-28. En el mismo sentido López Medina Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 448-461.

2. Sobre la teoría de la interpretación jurídica

Desde el punto de vista teórico esta investigación se adscribe al Realismo Jurídico en su enfoque Genovés⁶⁵, en las versiones de Giovanni Tarello⁶⁶ y Riccardo Guastini⁶⁷. Teniendo en cuenta esto, es importante resaltar que no se tomará en la totalidad de este corpus teórico, sino que se tendrá como marco de referencia la teoría escéptica de la interpretación⁶⁸ y la teoría de la argumentación sostenida por los dos autores mencionados y por Mauro Barberis⁶⁹. También se tendrán, en lo pertinente, en cuenta la tesis de la Derrotabilidad de las normas expuesta por Pierluigi Chiassoni⁷⁰.

3. Metateoría de la interpretación

Para efectos de la perspectiva de análisis, se hará una breve descripción sobre la teoría de la interpretación jurídica, según Guastini, en lo relacionado con lo que se ha entendido por el vocablo *interpretación*. Esto conlleva, naturalmente, al planteamiento de varias preguntas, por ejemplo: ¿Qué se entiende por interpretación? ¿Qué se entiende por interpretar? ¿Cómo se interpreta? ¿Qué técnicas se usan para interpretar?

Esas preguntas han sido respondidas desde diferentes enfoques de la teoría de la interpretación, como por ejemplo el *formalismo interpretativo*, según el cual todas las disposiciones normativas poseen un solo significado, sin ignorar que haya controversias sobre varios significados posibles, pero afirmando que solo un

⁶⁵ Ferrer Beltrán Jordi y Giovanni Batista Ratti (editores), *El Realismo Jurídico Genovés*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

⁶⁶ Tarello Giovanni, *La interpretación de la Ley*, trad. de Diego Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2013.

⁶⁷ Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

⁶⁸ “[La] teoría escéptica de la interpretación que se remonta al “realismo jurídico” americano de la primera mitad del siglo XX, que también está implícita en la “doctrina pura” del derecho (de Hans Kelsen), y que hoy es sostenida por una parte minoritaria de la doctrina (la escuela genovesa). [Es una teoría que] siendo consciente de la multiplicidad de técnicas interpretativas y del rol jugado por las construcciones dogmáticas de los juristas, toma en serio la equivocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, lo que tiene por consecuencia que, antes de la interpretación, no existe algún sentido “objetivo” de los textos normativo”. Guastini Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de Diego Moreno Cruz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 99.

⁶⁹ Barberis Mauro, *Introducción al estudio del Derecho*, Lima, Palestra, 2015, p. 221-227.

⁷⁰ Chiassoni Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 267.

significado es correcto; por ello el formalismo interpretativo es una verdadera teoría normativa de la interpretación y no una teoría cognitiva⁷¹. Para esta teoría todos los casos deberían ser fáciles ya que siempre deben tener solo una respuesta correcta⁷². De hecho, Barberis afirma que “ningún formalista serio podría sostener que todas las disposiciones *tengan* un único sentido y que todos los casos *sean* claros, sino solo que todas las disposiciones *deban* tener un único sentido y todos los casos *puedan* convertirse en claros”⁷³

Desde otro enfoque, la teoría mixta, la cual es intermedia entre el formalismo y el escepticismo, se sostiene que las disposiciones en algunas ocasiones poseen un solo significado y otras veces poseen más de uno, esto según si el caso es fácil o difícil. Por caso fácil, se ha entendido como aquellas situaciones fácticas que recaen claramente por dentro o por fuera del “núcleo de certeza de los términos y las disposiciones”⁷⁴. A contrario, por casos difíciles se ha entendido cierto tipo de situaciones que no recaen ni por dentro ni por fuera de ese núcleo terminológico de las disposiciones, por tal motivo, de esos enunciados normativos se predica que tienen en su terminología una textura abierta que los torna de cierta forma oscuros lingüísticamente⁷⁵. Por ello, en los casos fáciles el juez solo se limita a conocer el significado que tienen los enunciados normativos que regulan el caso, pero en los casos difíciles el juez está obligado a interpretar y por ende puede decidir discrecionalmente el significado de los enunciados normativos⁷⁶.

Por su parte, la teoría escéptica de la interpretación sostiene que las disposiciones normativas siempre tienen más de un sentido, por ello la atribución de significado al texto normativo se realiza siempre en forma discrecional por parte del intérprete y, en

⁷¹ Sin embargo, Guastini, al contrario de Barberis, asegura que la teoría formalista de la interpretación es una verdadera teoría cognitiva, ya que esta teoría “que se remonta a las doctrinas jurídicas del Iluminismo, la interpretación es un acto de conocimiento que consiste en descubrir el “verdadero” significado objetivo de los textos normativos”. Guastini Riccardo, op. cit., p. 96.

⁷² Barberis Mauro, op. cit., p. 200-201.

⁷³ *Ibidem*, página 201.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, página 203-204.

⁷⁶ Guastini Riccardo, *El escepticismo ante las reglas replanteado*, trad. de Federico José Arena, en *Discusiones XI*, Nº 11, 2012, p. 42-44. En el mismo sentido Canale Damiano, *Teorías de la interpretación y del significado*, trad. de Federico José Arena, en *Discusiones XI*, Nº 11, 2012, p. 136.

ese orden de ideas, todos los casos siempre pueden plantearse como difíciles. Barberis sostiene que es posible distinguir dos tipos de escepticismo interpretativo. Un tipo de escepticismo radical, según el cual las disposiciones normativas no tienen ningún significado objetivo antes de la interpretación y, por este motivo, la norma es producto de la interpretación, con lo que se afirma que ésta no es creada por el legislador, sino por el juez o en general por el intérprete. De otro lado, existe también un escepticismo moderado que afirma que las disposiciones normativas sí tendrían sentido antes de la interpretación, pero reconoce a su vez que siempre tendrían más de un sentido. Por esto, este tipo de escepticismo dice que toda disposición fija un marco de significados dentro del cual el intérprete elegiría la norma que aplicaría al caso. Razón por la cual la norma jurídica, según este enfoque, es creada tanto por el legislador quien fija un marco lingüístico de sentido a través de las disposiciones, como por el juez o el intérprete que produce normas dentro o a partir de ese marco⁷⁷.

Por último, entre los realistas genoveses, Barberis ha sostenido una tesis original sobre la interpretación, la cual podría denominarse una teoría intermedia, entre la mixta y la escéptica, en la que se sostiene una combinación entre ambas, una distinción fuerte entre reglas y principios, lo que implica una metaética pluralista que prefiere la ponderación como método de aplicación y una concepción neo-keleseniana de la democracia constitucional⁷⁸. No obstante, para los fines analíticos de este trabajo solo iluminará el escepticismo radical de Guastini que proporciona los elementos de análisis de una teoría de la interpretación en abstracto, que permite observar dogmáticamente el objeto de estudio, es decir, si entrar en el campo de la aplicación o de la interpretación en concreto.

4. La ambigüedad del concepto interpretación

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, detengámonos en el escepticismo radical de Guastini. Él plantea que el discurso de los juristas respecto al vocablo *interpretación* es bastante ambiguo, al menos en cuatro aspectos centrales que refieren a diferentes enfoques de este término. Por ejemplo, algunas veces los

⁷⁷ Barberis Mauro, op. cit., p. 205-206.

⁷⁸ Barberis Mauro, *Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía*, en *Diritto & Questione Pubbliche*, D&Q, No. 11, 2011, p. 557.

juristas hablan de interpretación refiriéndose a ella como i) una actividad, como un proceso o como un producto o resultado. En otras ocasiones han dicho que la interpretación es ii) atribución de significado a un texto normativo, pero también han señalado que la interpretación es la calificación jurídica de un caso concreto. Según Guastini, también se ha dicho que la interpretación es visto como iii) un acto de conocimiento, otras como un acto de voluntad y en algunos casos como un acto creativo. Otros, según él, ven la interpretación como iv) un acto de atribución de significado a un texto y otros como acto de construcción jurídica⁷⁹. Veamos cada una de ellas.

En primer lugar, se hace referencia al término interpretación como actividad – producto, es decir, si se le entiende como *actividad*, indudablemente, la *interpretación* se está concibiendo como sinónimo de *interpretar*, aquí la interpretación no es más que un fenómeno de tipo mental mediante el cual se asigna significado a un documento. Pero cuando la interpretación es vista como *producto* la cuestión cambia, porque con el vocablo interpretar no se hace referencia al fenómeno de haber interpretado, sino más bien al resultado del acto interpretativo; algo importante en esta distinción es que la interpretación como actividad solo refiere a un fenómeno mental, pero cuando se habla del producto de la interpretación no solo se refiere al registro de ese fenómeno, sino que se trata de un acto que, incorporado a un documento jurídico, será relevante para la sociedad o la institucionalidad según la posición jerárquica que tenga el intérprete⁸⁰. Por eso se afirma que “el resultado de la actividad interpretativa (la interpretación producto) es un enunciado (un enunciado interpretativo) o una pluralidad de enunciados (esto es, un discurso interpretativo)”⁸¹.

En segundo lugar, cuando nos referimos a la interpretación como atribución de significado a un texto normativo y como la calificación jurídica de un caso concreto, también se hace otra distinción que, según Guastini, consiste en distinguir entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. La interpretación en abstracto es aquella orientada al texto y consiste en detectar o decidir el significado de un enunciado normativo, es decir, la norma contenida en una fuente formal del derecho

⁷⁹ Ibidem, p. 73-81.

⁸⁰ Tarello Giovanni, op. cit., p. 61.

⁸¹ Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 203.

como la Constitución o la Ley, sin relacionar ese significado con un caso concreto. Por otra parte, la interpretación en concreto está orientada a los hechos y esta consiste en un acto de subsunción de unos hechos o caso concreto en el marco de una norma que ha sido previamente detectada o decidida en abstracto por el intérprete⁸².

En tercer lugar, Guastini plantea que el vocablo interpretación se usa para referirse algunas veces a un acto de conocimiento, otras a un acto de voluntad y en ocasiones a un acto de creación, lo que conduce a una triple distinción. En ese sentido hay que decir que la interpretación conocimiento o cognitiva es totalmente descriptiva y asimilable a las definiciones lexicográficas⁸³, pues consiste en “identificar los posibles y diferentes significados de un texto normativo (sobre la base de las reglas del idioma, de las distintas técnicas interpretativas en uso, de las tesis dogmáticas difundidas en doctrina, etc.) sin escoger alguno”⁸⁴. Contrario sensu, la interpretación voluntad o decisoria es necesariamente estipulativa, es equivalente a las definiciones estipulativas⁸⁵ y pertenece al campo de las redefiniciones⁸⁶, ya que consiste en elegir, decidir o proponer uno de los significados posibles de la disposición, que se han determinado en la interpretación cognitiva, descartando los demás⁸⁷.

⁸² Ibidem, p. 74 – 75.

⁸³ “Se llaman “lexicográficas” (o “informativas”) las definiciones que *describen* el modo – o algunos de los modos, si (como sucede a menudo) son más de uno – cómo el vocablo o sintagma definidos son efectivamente usados por alguien: habitualmente, por aquellos que hablan una determinada lengua (son típicas definiciones lexicográficas las contenidas en los diccionarios). Las definiciones lexicográficas, en la medida en que describen los usos (es decir, comportamientos) lingüísticos de alguien, son enunciados empíricos, enunciados descriptivos, y como tales, verdaderos o falsos”. Guastini Riccardo, op. cit., p. 201 – 202.

⁸⁴ Guastini Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de Diego Moreno Cruz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 77.

⁸⁵ “Se denominan “estipulativas” las definiciones que *proponen* usar un determinado vocablo o sintagma de una forma determinada, con preferencia de otras”. Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, gedisa, 1999, p. 202.

⁸⁶ “También pertenecen al género de las definiciones estipulativas las denominadas “redefiniciones”. Para aclarar que es una redefinición es necesario tener presente que todos (casi todos) los vocablos y sintagmas de uso común tienen un significado impreciso: son (a menudo) ambiguos y (siempre) vagos. Pues bien, una redefinición consiste en *precisar* el significado de un vocablo o sintagma, eliminado (al menos en parte) la ambigüedad y la vaguedad que son propias del uso común. Las definiciones estipulativas, las redefiniciones y las estipulaciones en general – al no ser descriptivas – son enunciados no susceptibles de verdad o falsedad”. Guastini Riccardo, op. cit., p. 202.

⁸⁷ Guastini Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de Diego Moreno Cruz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 77.

Además de estos dos tipos de interpretación, Guastini sostiene que los juristas utilizan a veces el vocablo interpretación para referirse a un acto de creación normativa, lo que nos conduce a la denominada interpretación – creación, la cual es profundamente estipulativa, pertenece al campo de las estipulaciones⁸⁸ y, por tal motivo, siempre se constituye a través de enunciados no susceptibles de verdad o de falsedad. Este tipo de “interpretación” consiste en la atribución de un significado nuevo o inusual a un texto normativo⁸⁹. Este significado será nuevo porque hasta el momento de su atribución no había sido contemplado por ningún intérprete en el campo de la interpretación cognitiva⁹⁰. Por ello la creación de un significado es más asimilable a un acto de legislación que a un acto de interpretación propiamente dicho⁹¹. Por ello ha resaltado Guastini que,

“La interpretación cognitiva es una operación puramente científica, sin algún efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación creativa son operaciones “políticas” (en sentido amplio, de política del derecho), que pueden ser realizadas tanto por un jurista, como por un órgano de aplicación. La única diferencia importante es que sólo la interpretación realizada por un órgano de aplicación es, en sentido kelseniano, “auténtica”, es decir, provista de consecuencias jurídicas (de las que por el contrario, la interpretación ofrecida por los juristas, carece). Es preciso subrayar, sin embargo, que la interpretación creativa, como ha sido aquí definida, es un fenómeno muy raro. En la mayoría de los casos, lo que parece intuitivamente una interpretación “creativa” consiste en extraer del texto normas no expresas (dichas “implícitas”) por medio de argumentos pseudo-lógicos, es decir,

⁸⁸ “Se denominan “estipulaciones” a todas las *decisiones* relativas al significado de un vocablo o sintagma. Realiza una estipulación – o tácitamente la supone – quien decide usar o entender una expresión determinada de un modo determinado”. Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 203.

⁸⁹ “Supongamos que una cierta disposición D sea ambigua, y pueda por lo tanto expresar la norma N1 o la norma N2. Y bien: *a*. La interpretación cognitiva se expresará mediante el enunciado “D significa N1 o N2”; *b*. La interpretación decisoria se expresará mediante el enunciado “D significa N1”, o bien mediante el enunciado “D significa N2”; *c*. La interpretación creativa se expresará mediante el enunciado del tipo “D significa N3” (nótese que, en hipótesis, la norma N3 *no* está entre los significados posibles de la disposición D, que han sido identificados por la de interpretación cognitiva)”. Guastini Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de Diego Moreno Cruz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 78.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, página 206.

mediante razonamientos no deductivos y, por tanto, no estrictos y concluyentes (por ejemplo, mediante el argumento analógico). Dicha operación no es, estrictamente hablando, un acto de “interpretación”: se trata de un verdadero acto de creación normativa, cuyo nombre más apropiado es (quizás) “construcción jurídica”⁹².

Ahora bien, en cuarto lugar, la expresión interpretación es utilizada algunas veces por los juristas cuando atribuyen significado a un texto. En otras ocasiones los juristas también llaman interpretación al acto de construcción jurídica, es decir, al acto de creación normativa mediante el cual crean normas implícitas o inexpresas a partir de un texto normativo, de normas explícitas, de construcciones doctrinales o jurisprudenciales. Es posible que a través de un acto de creación normativa el intérprete cree valores, principios y reglas⁹³. Los actos de construcción jurídica son, por lo regular, propios de los estudios doctrinales (de la dogmática jurídica)⁹⁴, sin embargo, en algunas ocasiones (tal vez en muchas) los jueces también realizan creación de normas implícitas, es decir, también realizan actos de construcción jurídica. En la misma dirección dice Guastini que,

“La actividad de construcción jurídica incluye una vasta serie de operaciones que son características de la doctrina (principalmente de la doctrina, pero, por supuesto, también de la jurisprudencia), de las cuales sería difícil hacer un elenco completo. Se pueden mencionar, a título de ejemplo: las conjeturas acerca de la ratio de una norma o de un entero documento normativo; la creación de jerarquías axiológicas entre normas; la elaboración de normas no expresas (que se pretenden implícitas, como, por ejemplo, los llamados “principios generales” del derecho); la concreción de principios expresos; la ponderación entre principios en conflicto, etc. [...] Entre las múltiples

⁹² Guastini Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010, p. 79.

⁹³ Idem.

⁹⁴ “La dogmática jurídica es un saber que tiene como objeto el estudio del derecho junto a otros saberes que también tienen como objeto material el derecho. Pero la dogmática ocupa un lugar relevante entre estos saberes porque es el específicamente jurídico; es decir cultivado por los juristas y desde una perspectiva determinada: estudia el aspecto normativo del derecho. Por esa razón se le denomina ciencia jurídica en sentido estricto”. Calsamiglia Albert, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 79.

operaciones que se han mencionado, la elaboración de normas no expresas juega un rol realmente especial. Como ha sido observado, la descripción del derecho [...] implica aquella operación a la cual los juristas se refieren con el término vago de “interpretación”, y que fundamentalmente consiste en determinar las consecuencias que pueden ser derivadas de las normas. En la mayor parte de los casos, lo que habíamos llamado interpretación creativa consiste precisamente en esto: en construir – a partir de normas “explicitas”, expresamente formuladas por las autoridades normativas – normas “no expresas” (“implícitas”, pero en un sentido muy amplio, no lógico, de esta palabra): normas, en definitiva, que ninguna autoridad normativa ha formulado”⁹⁵.

Ahora bien, los actos de construcción jurídica se entienden como parte de la actividad interpretativa, la cual el discurso tradicional de los juristas ha expresado en forma general como el acto de descubrir el significado de las normas jurídicas. Pero, en realidad, dicha actividad no recae sobre normas y tampoco se descubre su significado. Esta forma de exponer la cuestión no es más que un defecto en el uso del lenguaje, con el que se quiere hacer creer que la labor del intérprete (del juez concretamente) es la de encontrar el significado correcto de las fuentes formales del Derecho, dejando de lado la posibilidad de decidir, proponer, detectar o prever alguno⁹⁶, promoviendo un formalismo interpretativo que opera ideológica y políticamente contra el creacionismo jurídico (principalmente de los jueces)⁹⁷. Sin embargo, esto es una ilusión, un dogma, del formalismo que no tiene referente empírico claro en la actividad interpretativa, la cual no es descubrimiento, sino de atribución de significado.

Así las cosas, la atribución de significado que hacen los intérpretes a las disposiciones normativas contenidas en las fuentes formales en algunas ocasiones consiste en un acto de voluntad y en otras en un acto de conocimiento. Como acto de voluntad el intérprete puede *decidir* o *proponer* atribuirles algún significado particular a los

⁹⁵ Guastini Riccardo, op. cit., p. 80 – 81.

⁹⁶ Tarello Giovanni, op. cit., p. 80.

⁹⁷ En palabras de Comanducci, el formalismo interpretativo es la “opinión según la cual cada palabra y cada enunciado de los documentos normativos tiene uno y solo uno significado “propio” o “correcto” que el intérprete debe descubrir”. Comanducci Paolo, *Hacia una teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p.62.

documentos normativos. Como acto de conocimiento puede hacer *detección* de significados o puede llegar a *prever* que se dará en algún momento un tipo de significado a alguna disposición contenida en un documento normativo. *Decidir* y *proponer* son actividades volitivas en cuanto el intérprete compromete su voluntad escoge que una de tantas interpretaciones posibles es la que él ve como válida o correcta, justa o legítima. *Detectar* y *prever* son actividades de conocimiento en razón a que no se involucra la voluntad, sino que se realiza un registro descriptivo de interpretaciones hechas por otros con las que se muestra el presente o se avizora el futuro⁹⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior y habiendo descrito brevemente los cuatro posibles usos del vocablo interpretación, es importante decir que, para efecto del análisis aquí propuesto, nos concentraremos en la cuarta concepción de la interpretación, es decir, el que hace referencia a la interpretación – creación o construcción jurídica, razón por la que también prestaremos especial atención al tema de la construcción de normas implícitas o inexpresas. Sin embargo, antes de esto se torna imperativo referirse a otro tema conexo e importante, el cual hace referencia a la distinción entre disposición y norma.

5. Distinción entre disposición jurídica y norma jurídica

Guastini plantea que por el hecho de que los textos normativos sean en cierta forma ambiguos es importante distinguir entre las disposiciones normativas formuladas en las fuentes formales del derecho y las normas⁹⁹. En el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de fuentes formales, por ejemplo, Tratados internacionales, la Constitución Política, la ley, etc. Estas fuentes, desde el punto de vista de la interpretación escéptica de Tarello o de Guastini son solo textos, es decir, enunciados que no poseen ningún “significado objetivo” antes de ser interpretados. Por ello, de

⁹⁸ Por estas razones Tarello afirma que “el vocablo “descubrir”, así como es usado en la expresión “el intérprete descubre el significado de una norma” es del todo impropio, y más aún, daña la claridad, porque oculta – resumiéndolas en una sola palabra – tres actividades diversas que pueden estar todas presentes, o bien pueden no estarlo, en la actividad de la interpretación”. Tarello Giovanni, op. cit., p. 80-81.

⁹⁹ Guastini Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 84.

esos textos se extraen o crean las normas después de la interpretación, en consecuencia, puede afirmarse que la norma es el resultado de la interpretación. La distinción entre disposición y norma es importante, fundamentalmente, por tres principales razones, según las cuales,

i. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan alternativamente dos (o más) normas. ii. Muchos enunciados normativos (tal vez todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican conjuntamente una pluralidad de normas. iii. Además, de acuerdo con el sentido común de los juristas, todo sistema jurídico está repleto de normas “no expresadas”, normas a las cuales no corresponde algún enunciado normativo, puesto que no han sido formuladas por alguna autoridad normativa (muchos “principios generales del derecho” pertenecen a esta categoría)”¹⁰⁰.

Así las cosas, puede decirse que las disposiciones normativas son enunciados que se encuentran contenidos en textos normativos como la Constitución o la Ley, los cuales se formulan con el fin de expresar significados normativos. Esto es relevante ya que en el contexto del Estado de Derecho la producción normativa se hace, por regla generalísima, a través de textos escritos, lo que sin duda genera no pocas controversias en materia de interpretación, como por ejemplo que los intérpretes del sistema jurídico (jueces, administradores, legisladores y doctrinantes) muchas veces sostengan la existencia de dos o más normas (diferentes o contrarias) que están presentes en una misma disposición¹⁰¹.

“De modo que la individualización de una disposición en cuanto disposición implica dos tipos de problemas o niveles de análisis: en primer lugar un nivel puramente sintáctico, porque la disposición es un enunciado, una expresión en un idioma con forma gramaticalmente completa (para identificar algo como un enunciado no es necesario que tenga un significado, sino más bien que sea idóneo para expresar un significado). En segundo lugar un nivel jurídico o

¹⁰⁰ Ibidem, p. 84.

¹⁰¹ Pino Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*, trad. Horacio Sánchez Pulido y otros, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 36.

teórico – jurídico relativo a las condiciones a partir de las cuales identificar la idoneidad de un texto para expresar significados normativos”¹⁰².

De otro lado, las normas a diferencia de las disposiciones, en principio, no son enunciados, son significados. Las normas son los significados de las disposiciones. En este sentido, los enunciados normativos son formas lingüísticas susceptibles de expresar normas¹⁰³. De ahí que se diga que diga que las fuentes formales del derecho, por ejemplo, una Constitución, son solo textos, textos jurídicos, pues las normas jurídicas serán el resultado de la interpretación. No obstante, ese resultado denominado norma jurídica, también podrá ser expresado como un enunciado, en este caso el enunciado tomará el nombre de enunciado interpretativo¹⁰⁴ que, por supuesto, también es susceptible de ser interpretado. En razón de lo anterior es importante tener en cuenta que,

“Desde este punto de vista, la individualización de una norma como significado de una disposición es un problema de tipo semántico, porque hace referencia a las reglas que establecen el significado de palabras y expresiones en un idioma, como por ejemplo las reglas definitorias y las relaciones de sinonimia aceptadas en la comunidad de referencia; estas reglas pueden ser las del lenguaje natural en que son formulados los enunciados a interpretar, o pueden ser dictadas a su vez por el derecho positivo, es decir, por otras disposiciones a su vez sujetas a interpretación, o pueden derivar de criterios sapienciales desarrollados por los mismos interpretes”¹⁰⁵.

Esta distinción entre disposición y norma es lo que le permite a los teóricos escépticos de la interpretación como Tarello o Guastini plantear, entre otras, la idea de la *construcción jurídica* a partir de la denominada *interpretación creativa* que, como ya

¹⁰² Ibidem, p. 37.

¹⁰³ Mendonça Daniel, *Análisis Constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 27.

¹⁰⁴ “Naturalmente, el enunciado que describe (conjetura) un significado puede ser verdadero o falso. Mientras, las propuestas y las decisiones relativas a un significado – propuestas o decisiones interpretativas – no son verdaderas ni falsas. El enunciado que expresa una propuesta o una decisión interpretativa puede ser llamado enunciado interpretativo”. Guastini Riccardo, *Distiguendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, 1999, p. 204 – 205.

¹⁰⁵ Pino Giorgio, op. cit., p. 37 – 38.

se dijo, no es un acto interpretativo en estricto sentido, sino más bien es un acto interpretativo en sentido lato, es decir, un acto que es tratado en el discurso de los juristas como de interpretación pero que en realidad es un acto de legislación intersticial, mediante el cual se crean normas de todo tipo como valores, principios y reglas, por parte de los intérpretes, las cuales terminan siendo usadas a preferencia de las autoridades a manera de interpretación voluntad y se imponen por vía de interpretación auténtica¹⁰⁶. En ese orden de ideas veamos bajo la misma referencia teórica el tema específico de la construcción de normas implícitas.

6. Construcción de normas implícitas

Según Guastini es muy común hoy la postura según la cual los sistemas jurídicos no solo están compuestos de normas expresas, es decir, aquellas normas que están explícitamente contenidas en las fuentes formales de derecho positivo, o sea, aquellas que han sido formuladas y dictadas por las distintas autoridades del sistema pues, además de estas normas, se observa en el discurso de los juristas, que existen otro tipo de normas que algunas veces se encuentran implícitas en las normas explícitas o, en otras ocasiones, normas que no son reconducibles a ningún texto normativo que haya sido dictado por alguna autoridad¹⁰⁷, es decir, las normas inexpressas o implícitas, las cuales son verdaderas creaciones de los intérpretes a través de razonamientos

¹⁰⁶La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general. Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción. Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable. Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 354 – 355.

¹⁰⁷ Guastini Riccardo, op. cit., p. 357.

(argumentos) cuasi-lógicos¹⁰⁸, también conocidos como entimemas¹⁰⁹. Argumentos usados por los intérpretes para resolver problemas paralógicos. Además, estos razonamientos (argumentos), algunas veces, no se construyen con premisas que sean normas expresas sino con teorías o construcciones conceptuales que los intérpretes (teóricos, dogmáticos) han adoptado, en ocasiones, como producto de sus estipulaciones o redefiniciones propias de su cultura jurídica¹¹⁰. Es posible, pues, que un acto de construcción de normas implícitas provenga tanto de la actividad interpretativa de los doctrinantes como de la de los jueces. En este sentido,

“Entiéndase bien, que las normas implícitas sean normas “no dictadas” no significa que sean también normas “no formuladas”. Una norma no formulada simplemente no existe. Una norma implícita adquiere existencia cuando es formulada y, por tanto, cuando deja de ser “implícita”. No obstante, las normas implícitas, a diferencia de las explícitas, son normas formuladas no ya por las autoridades sino por los intérpretes. [Por ello] la expresión “norma implícita” debe ser entendida en sentido suficientemente amplio como para al menos tres clases de normas no expresas: a) las normas que pueden ser inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento y sin la adición de ulteriores premisas; b) las normas pueden ser inferidas de las normas explícitas sólo con la adición de premisas ulteriores: esto es, de premisas que no constituyen a su vez normas explícitas (por ejemplo, definiciones doctrinales de términos usados en la formulación de normas explícitas); c) las normas pueden ser inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento no deductivos y lógicamente inválidos (por ejemplo, entimemas, argumentos analógicos, conjeturas acerca de la ratio legis, etcétera)”¹¹¹.

¹⁰⁸ “Clasificaremos los argumentos cuasilógicos emparentándolos cada vez con razonamientos formales, con los cuales tienen algún parecido, pero siempre subrayando, en un segundo momento, que todo lo que los distingue da lugar a controversia y los hace, por este mismo hecho, no constrictivos”. Perelman Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, trad. de Adolfo León Gómez, Bogotá, norma, 2007, p. 81.

¹⁰⁹ “El entimema, en la acepción en que aquí se usa, es un silogismo retórico, es decir, un razonamiento cuyas premisas son simplemente probables”. Bernabé Alberto, nota número 12 en Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Alianza, 1998, p. 49.

¹¹⁰ Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, trad. de Diego Dei Vecchi, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 136.

¹¹¹ Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, primera edición, Barcelona, Gedisa, 1999, página 358.

Con lo que habría que preguntarse: ¿si esa conjetura permite una interpretación claramente reconducible a lo expresado por la disposición o por el contrario se trata de una interpretación que está en abierta discrepancia con el precepto?, precisamente para observar si lo que el intérprete ha hecho es interpretación en sentido estricto o si por el contrario se trata de un acto de construcción jurídica. Frente a esto es importante saber que,

“Nadie ha dicho que una norma sea directamente reconducible a una precisa disposición. Dado que entre las disposiciones de partida y la norma obtenida como producto de la actividad interpretativa se puede dar una “discrepancia” que, según los casos, puede ser “nula”, “mínima” o “máxima”. La medida de la discrepancia es un problema esencialmente semántico: atañe a las convenciones lingüísticas aceptadas en la comunidad de referencia (por reglas definitorias y relaciones de sinonimia) [...] Por el contrario el origen, la causa de la discrepancia [...] puede consistir tanto en factores semánticos (ambigüedad, imprecisión, oscuridad, vaguedad, etc., del texto interpretativo) cuanto, o bien lógicos (contradicción o incompatibilidad entre un significado adscribible al texto que se interpreta y otros significados adscribibles a otros textos) o bien, por último, pragmáticos o en sentido amplio morales”¹¹².

En este orden de ideas es importante resaltar que no se presenta discrepancia cuando la norma corresponde al significado literal y pacífico del enunciado de partida, se trata en estos de casos de interpretación literal, de normas literales. Hay discrepancia mínima cuando la norma es obtenida haciendo una sutil manipulación del enunciado, esto sucede por ejemplo cuando la interpretación y adecuación se hace observando técnicas interpretativas como la evolutiva, correctiva, restrictiva, extensiva, o cuando la norma se obtiene de la conjunción de dos o más disposiciones. La discrepancia máxima se presenta cuando la disposición de partida es inexistente y de todos modos la norma es obtenida, esto se da por regla general cuando se hace uso de la analogía legis o iuris, o cuando la norma o principio implícito es rehecha a partir de una pluralidad de otras normas; “o cuando una norma es manipulada de modo tal que no

¹¹² Pino Giorgio, op. cit., página 41 – 44.

sea aplicable a hipótesis a las que sería pacíficamente aplicable con base en el significado lingüístico de la respectiva disposición (por ejemplo con la técnica de la disociación). Y finalmente hay una variedad de casos intermedios como, por ejemplo, las normas extraídas de disposiciones que expresan cláusulas generales y principios: en tales casos hay una disposición de partida, pero está formulada de tal manera que es inservible sin una operación de concretización, especificación, etc., por parte del interprete”¹¹³.

Es importante aclarar que la cuestión de la discrepancia no es absoluta, clara y definitiva ya que, desde luego, la discrepancia es algo metafórico y por ende su medición resulta algo imprecisa. Además, téngase en cuenta que el uso de los diferentes métodos de interpretación puede arrojar discrepancias mayores o menores, cosa que, inclusive, puede también suceder usando un mismo método de interpretación, según el “grado” de intención o voluntad que el intérprete imprima en las fuentes formales de derecho analizadas; por ello es indispensable tener en cuenta que “los instrumentos a disposición del jurista para justificar una cierta tesis interpretativa son los “argumentos interpretativos” o “técnicas interpretativas”: la interpretación literal, correctiva, extensiva, de adecuación, evolutiva, el argumento de la intención del legislador, el argumento teleológico o de la *ratio legis*, el argumento sistemático [...], el argumento del legislador racional, el argumento analógico, el argumento *a contrario*, el argumento de la naturaleza de las cosas, el argumento autoritativo, etc.”¹¹⁴. De las técnicas interpretativas o argumentos de la interpretación nos ocuparemos enseguida, para luego cerrar el presente capítulo haciendo referencia a los temas de las lagunas en el derecho y la derrotabilidad de normas jurídicas, en lo estrictamente relacionado con esta investigación.

7. Los argumentos de la interpretación

En la escuela realista de Génova autores como Tarello, Guastini y Barberis han mostrado la forma en que la interpretación se manifiesta a través de argumentos, por ello han planteado lo que a nivel teórico se conoce como *la argumentación de la*

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Ibidem, p. 39 – 40.

interpretación o, dicho de otro modo, la forma de proporcionar razones para justificar una interpretación. Razones que, desde luego, son solo de tipo persuasivo, es decir, no estrictamente lógicas¹¹⁵. Estas razones, son propuestas para atribuir significados a los documentos normativos y tales atribuciones de significado, como afirma Tarello, “se dan en un contexto histórico-cultural caracterizado por reglas y hábitos interpretativos, tal que la adhesión a ellas torna no criticable a la atribución de significado misma”¹¹⁶. Lo que quiere decir que la interpretación de la Constitución o de la Ley, entre otras fuentes formales, está de algún modo determinada por la forma en que en las distintas culturas jurídicas se conciben esas fuentes, los principios, las asunciones dogmáticas, los conceptos jurídicos indeterminados, los métodos y técnicas interpretativas.

Ahora bien, los argumentos de la interpretación han sido clasificados distinguiéndolos como i) argumentos interpretativos, mediante los que se atribuyen normas explícitas a las disposiciones; ii) argumentos integradores, a través de los cuales se crean normas implícitas para integrar lagunas jurídicas¹¹⁷, razón por la que también son considerados como argumentos productores de normas jurídicas¹¹⁸. Además, los argumentos de la interpretación son también distinguidos como iii) argumentos completos, considerando si un solo argumento es suficiente para obtener una interpretación; y iv) como argumentos incompletos, tomando en cuenta si deben ser conjugados con otros argumentos para llegar a una determinada interpretación. No obstante, esta última distinción, Barberis considera que todos los argumentos son incompletos, toda vez que siempre se requiere usar en forma precedente el argumento literal, el único que sería completo, sino fuera porque por motivo de su insuficiencia no es bueno, para efectos persuasivos, usarlo aisladamente¹¹⁹.

Los argumentos de la interpretación han sido censados teniendo en cuenta sus usos en la disciplina jurídica, por tanto, se trata de argumentos específicamente jurídicos. Tarello, por ejemplo, en *La interpretación de la ley*¹²⁰, presentó un análisis descriptivo

¹¹⁵ Barberis Mauro, *Introducción al estudio del Derecho*, Palestra, Lima, 2015, p. 213.

¹¹⁶ Tarello Giovanni, op. cit., p. 309.

¹¹⁷ Barberis op. cit., p. 213-214.

¹¹⁸ Tarello Giovanni, op. cit., p. 317.

¹¹⁹ Barberis Mauro, op. cit., p. 214.

¹²⁰ Tarello Giovanni, op. cit., Capítulo VIII.

y exhaustivo de quince argumentos: “el argumento a contrario; el argumento a simili; el argumento a fortiori; el argumento de la completitud de la disciplina jurídica; el argumento de la coherencia de la disciplina jurídica; el argumento psicológico; el argumento histórico; el argumento apagógico; el argumento teleológico; el argumento económico; el argumento autoritativo; el argumento sistemático; el argumento naturalista; el argumento equitativo y; el argumento de los principios generales.”. Sin embargo, en relación con los límites de esta investigación solo se desarrollarán seis de estos argumentos.

A su turno Guastini¹²¹ y Barberis¹²² han hecho un trabajo similar, presentando también en forma descriptiva algunos de estos argumentos, los cuales no serán presentados en su totalidad en esta investigación, ya que ésta se delimita al análisis del precedente judicial obligatorio, como acto de construcción jurídica, según lo argumentado por la Corte Constitucional colombiana en varias sentencias de constitucionalidad y de tutela, en las que la Corte ha reiterado consistentemente distintos argumentos de la interpretación en relación con el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, el cual reglamenta a la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial. Por esta razón solo se tomarán en cuenta seis argumentos, por ejemplo: el argumento a contrario; el argumento sistemático; el argumento de la disociación; el argumento de la voluntad del constituyente concreto; el argumento de la equitativo y; el argumento de la completitud de la disciplina jurídica. Estos argumentos son los propuestos por la Corte en las sentencias analizadas, por tal motivo serán los únicos que se expondrán descriptivamente a continuación.

7.1. El argumento a contrario

Guastini plantea que el argumento a contrario es propio de la interpretación literal o declarativa¹²³. Esto porque, según Tarello, este argumento es aquel que propone no extender el significado de los términos (vocablos) contenidos en los enunciados normativos a sujetos o situaciones que no están expresa y literalmente incluidos en

¹²¹ Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, 1999, p. 211-235.

¹²² Barberis Mauro, op. cit., p. 213-220.

¹²³ Guastini Riccardo, op. cit., p. 211.

tales enunciados¹²⁴. Lo que quiere decir que el argumento a contrario en la versión tarelliana no se propone en pro de una interpretación restrictiva, sino en favor de una interpretación literal. De modo que se trata de un argumento que privilegia el formalismo interpretativo.

Sin embargo, este argumento según Guastini, tiene una doble validez, la cual está relacionada con los tipos de normas contenidas en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si se trata de normas imperativas, cuando el intérprete argumenta a contrario, su razonamiento lo conducirá a formular una nueva norma de carácter permisivo. Podría decirse que, si algún tipo de conducta o supuesto de hecho no está expresamente prohibido, es porque está implícitamente permitido. De otro modo si la norma es permisiva, argumentar a contrario significará la formulación de nuevas normas imperativas, es decir, que consagre una obligación o una prohibición. Por tal motivo si la conducta o el supuesto de hecho no están expresamente permitidos se podrá concluir que está implícitamente prohibido¹²⁵; en estos dos sentidos puede verse que el argumento a contrario es un argumento productor de nuevas normas¹²⁶.

A título de ejemplo puede pensarse en un enunciado normativo constitucional como el siguiente: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”. Este enunciado podría tener varios significados, por ejemplo:

- a) Que la Constitución dice expresamente que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, lo que permite a los jueces apartarse de los criterios jurisprudenciales de las altas cortes sin dar explicaciones, siguiendo solamente la Constitución y la ley en la decisión;

¹²⁴ Tarello Giovanni, op. cit., p. 313.

¹²⁵ Guastini Riccardo, op. cit., p. 215-216.

¹²⁶ Tarello, sin embargo, manifestaba lo contrario, pues según él “en sus más antiguas aplicaciones, el argumento *a contrario* era una regla sobre la exclusión de producción normativa nueva; ahora en nuestra cultura jurídica, funciona como la regla según la cual: dado un enunciado normativo que predica una cualificación normativa respecto a un término en él incluido que está por un sujeto o clase de sujetos, debe evitarse extender el significado de ese término de modo tal que llegue a comprender a sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en él de conformidad con el primer enunciado”. Tarello Giovanni, op. cit., p. 313.

- b) Que la Constitución dice expresamente que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, pero no prohíbe que los jueces, *prima facie*, deban atenerse a aquella¹²⁷, como tampoco prohíbe que existan criterios que les exijan dar razones suficientes y adecuadas cuando decidan apartarse de la jurisprudencia¹²⁸. Motivo por el cual se puede concluir que falta norma constitucional expresa sobre ese punto.

Así las cosas, en el punto a) puede verse que el argumento a contrario es, claramente, un argumento interpretativo, ya que es utilizado para interpretar literalmente en el enunciado expresado. Mientras que en el punto b) el argumento a contrario es, desde luego, un argumento productivo, pues es utilizado por un lado para crear una laguna jurídica y, por otro lado, para crear una nueva norma con la que se colmará dicha laguna.

7.2. El argumento sistemático

Barberis plantea que el argumento sistemático se sostiene a partir de una “familia” de argumentos que tiene como objetivo obtener normas compatibles o que no generen antinomias o contradicciones en el ordenamiento jurídico. Como argumentos sistemáticos se destacan diversas operaciones interpretativas hechas por los intérpretes. Por ejemplo (en forma enunciativa), *el argumento topográfico* que se refiere a la interpretación que debe dársele a un enunciado normativo según su ubicación dentro del “sistema del código”¹²⁹, el cual para los fines de esta investigación no se da.

¹²⁷ En relación con este primer argumento cabe destacar una sentencia temprana de la Corte Constitucional donde esta manifestó: “Si bien la jurisprudencia es no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse”. Corte Constitucional, sentencia T 260 de 1995 M.P José Gregorio Hernández Galindo.

¹²⁸ En otra Sentencia este alto tribunal también sostiene que “las sentencias sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”. Corte Constitucional, sentencia T -123 de 1995 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁹ Tarello Giovanni, op. cit., p. 337.

También es visto como argumento sistemático, el argumento dogmático-conceptual, según el cual la interpretación debe hacerse conforme a “al conjunto orgánico de los conceptos del derecho”, es decir, a las definiciones doctrinales, dogmáticas o jurisprudenciales, tenidas en cuenta como un sistema de conceptos, en conjunto con los principios del ordenamiento¹³⁰. Otro argumento sistemático, anota Barberis, es *el argumento de la coherencia*, que apunta a que la interpretación no debe producir antinomias o contradicciones¹³¹. Ambos tienen relevancia en este trabajo.

Ahora bien, como ejemplo se insiste en el enunciado normativo constitucional: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”. Este enunciado según una interpretación sistemática podría significar:

Que si bien la Constitución dice que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial es imperativo entender que los casos similares deben fallarse de forma similar, razón suficiente para aceptar que la jurisprudencia tenga un fuerza obligatoria o vinculante en forma general, impersonal y abstracta, ya que de esto no ser así generaría una contradicción con el derecho a la igualdad (argumento de la coherencia) y, de otro lado, se convertiría en un factor de inseguridad jurídica (argumento dogmático-conceptual) en las relaciones jurídicas de los particulares y en las actuaciones del Estado¹³².

Este argumento es productor de normas, pues como se puede ver a partir de su exposición se deriva la norma según la cual la jurisprudencia se hace vinculante para los jueces, como precedente (norma general, impersonal y abstracta), no a partir de

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 338.

¹³¹ Barberis Mauro, *op. cit.*, p. 220.

¹³² En relación con este argumento la Corte ha sostenido que “reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundaría en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”. Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto.

la disposición expresa que la reglamenta, sino a partir de un discurso que se sostiene por un parte en el ideal de no contradicción del sistema jurídico y por otra en concepto dogmático como la seguridad jurídica, lo que permite mostrar que el sentido que se le da a la disposición es una construcción del “intérprete” basadas en condiciones negativas implícitas de aplicación.

7.3. El argumento de la disociación

Según Guastini este es un típico argumento de la interpretación restrictiva debido a que mediante su uso se restringe, como primera medida de la operación de un acto creador de normas, el sentido de una disposición contenida en una fuente formal de manera que excluya alguna hipótesis fáctica que, según una interpretación literal, estaría regulado por esa disposición¹³³.

La técnica para realizar tal operación es el argumento de la disociación, el cual se expresa haciendo distinción de términos conceptuales contenidos en las disposiciones que a su vez se subdividen en clases terminológicas para, como ya se indicó, excluir una de ellas de la regulación y con ello restringir la aplicación del enunciado normativo que se considera literalmente regulada en éste. Esto con la intención de trasladar la hipótesis fáctica a una disposición diferente a la que se le aplica la disociación, tal vez porque esto resulte más satisfactorio para el intérprete en términos de su ideología o de sus posturas sobre lo justo, llegando argumentar incluso, a través del dogma de la coherencia, que una lectura contraria sería absurda por contradictoria¹³⁴.

Así las cosas, pensemos de nuevo en el enunciado normativo constitucional: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”

Una interpretación literal plantearía que por el vocablo *jurisprudencia* se entiende las sentencias dictadas por un tribunal sobre un mismo punto derecho con argumentación más o menos uniformes. Los jueces están principalmente sometidos al imperio de la

¹³³ Guastini Riccardo, op. cit., p. 223.

¹³⁴ Ibidem, p. 224.

ley y en forma auxiliar a la fuente jurisprudencial. No obstante, un intérprete no literal – la interpretación restrictiva no hace culto a literalidad – podría plantear que como el vocablo *jurisprudencia* se refiere a: sentencias dictadas por los jueces, es imperativo distinguir las partes de una sentencia, la cual está dividida en Hechos, *Motivaciones* y Resuelve. Lo anterior para manifestar que requiere una atención especial la parte de la *Motivaciones* ya que allí se encuentran contenidos los argumentos sustentan el fallo.

En dicha parte es posible ubicar los fundamentos que le dan la fuerza jurídica al fallo y que lo hacen por ello obligatorio, en forma de norma general, impersonal y abstracta, para casos futuros en el sistema de fuentes, es decir, lo constituye precedente obligatorio. Entonces, ubicados los fundamentos del fallo es posible distinguir dos ejes conceptuales presentes en la motivación, esto es la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. El primer concepto se refiere al conjunto de argumentos que están ligados de manera íntima a la parte resolutive, sin los cuales ésta no tendría ningún significado jurídico, ya que le dan pleno sustento y por tanto resultan tan obligatorios como ésta, pues han fijado el sentido, en abstracto y concreto, de las disposiciones normativas contenidas en las fuentes formales que gobiernan el caso. El segundo concepto hace referencia a un conjunto de argumentos auxiliares que los jueces usan para dar mayor ilustración a sus posturas, pero que no incidan de forma directa en la resolución. Dicho de otro modo, tales argumentos no guardan relación estrecha con lo decidido y, por ese motivo, podrían no estar presentes y la sentencia tendría el mismo resultado, por tanto, esos argumentos no son obligatorios para casos futuros, siendo precisamente a estos que hace referencia el enunciado normativo en cuestión al expresar “la jurisprudencia es criterio *auxiliar* de la actividad judicial”¹³⁵.

¹³⁵ Frente a este argumento la Corte ha dicho que “para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Solo estos últimos resultan obligatorios, mientras que los *obiter dicta*, aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución”. Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7.4. El argumento de la voluntad del constituyente

Este argumento se puede presentar en dos variantes. En su primera variante es conocido como psicológico, es un tipo de argumento interpretativo que se expone se para atribuir significado a los enunciados normativos contenidos en las fuentes formales de derecho apelando a la voluntad de quien redactó la disposición, por ejemplo del constituyente concreto o, dicho de otro modo, del constituyente histórico, lo que se justifica a partir de la ideología de la división de las funciones del poder público y, desde el punto de vista metodológico, se realiza consultando los trabajos preparatorios o las actas de una constituyente¹³⁶.

Este argumento siempre ha sido visto como problemático en la medida que se piense que el derecho no es de formación voluntarista sino orgánica o funcional. También es muy discutible que se puede hablar de una voluntad colegiada puesto que, si la voluntad es un estado mental, resulta muy polémico afirmar que existan estados mentales colegiados. No obstante, en gracia de discusión, si se aceptásemos que esto fuere posible, es prudente tomar en cuenta que en las discusiones de la formación de una fuente formal de derecho participan distintitos intereses y voluntades individuales que no discuten sobre la norma como significado, sino más bien sobre una estructura o formula que da lugar a la construcción de un enunciado normativo que fijará un marco susceptible de ser interpretado en formas diversas, generando con ello una especie de delegación de poder normador que queda en cabeza de los intérpretes¹³⁷.

Ahora bien, la segunda variante del argumento que, inclusive, es expresada para desacreditar el argumento anterior, ya que se dice que éste además de tener los defectos que se señalaron, solo termina teniendo en cuenta la “subjetividad” de quienes promulgaron la Constitución, cosa que no permite observar la finalidad “objetiva” de la misma, prefiere metodológicamente no consultar los trabajos preparatorios o las actas del constituyente, sino más bien consultar la voluntad “objetiva” manifestada en el texto constitucional, siendo entonces un argumento creador de normas, pues lo que busca el intérprete es apartarse de la voluntad del

¹³⁶ Tarello Giovanni, op. cit., p. 327-329.

¹³⁷ Barberis Mauro, op. cit., p. 215-216.

constituyente histórico, para sustituirla por la suya, presentándola como voluntad “propia” de la Constitución¹³⁸.

En relación con este argumento se puede decir que si existe un enunciado normativo constitucional que expresa que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”. Se podría entender que si el término imperio de la ley contenido en el enunciado no se refiere a la ley en sentido formal (expedida por el congreso) y sí, en cambio, a la ley en sentido material (todo el ordenamiento jurídico), lo que incluye la Constitución y la interpretación que de ésta hacen las altas cortes, teniendo en cuenta la finalidad del constituyente de darle prevalencia a las normas constitucionales y, por tanto, a las interpretaciones que apliquen directamente sus contenidos, debe tener como consecuencia la obligatoriedad de la jurisprudencia en la que se fijen esos contenidos¹³⁹.

7.5. El argumento equitativo

En relación con este argumento lo primero que hay que decir es que no se puede confundir con el uso de la equidad como fuente de derecho. Como segundo punto hay que saber que cuando se hace uso de este argumento no se toman decisiones en equidad, sino en derecho. Por tanto, este argumento es usado por los intérpretes para fundamentar o proponer la atribución significados variopintos a las disposiciones contenidas en las fuentes formales del derecho que, por regla general, se tienen como significados aceptados en una cultura jurídica concreta, es decir, tipos de interpretaciones tolerables referentes a la “buena” aplicación del derecho en una

¹³⁸ Sobre este punto Guastini ha dicho que “naturalmente, apelar a la voluntad de la ley, como algo distinto de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que una forma de eludir, dejar de lado o sabotear la política del derecho perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política del derecho del intérprete”. Guastini Riccardo, op. cit., p. 218-219.

¹³⁹ En una de las sentencias más importantes en la construcción de la norma del precedente obligatorio la Corte sostuvo que “una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, debe darse la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse a la aplicación del conjunto constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual conforma la totalidad del ordenamiento jurídico, resaltando la intención del constituyente de darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales (artículo 4 superior) y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos”. Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001 M.P Rodrigo Escobar Gil.

sociedad, las cuales evitarían otras interpretaciones que son vistas como caminos de aplicación “inequitativos”. Este argumento puede entenderse como interpretativo, en el sentido que es usado para fundamentar o proponer atribuciones de significados posibles a ciertos enunciados normativos, siempre y cuando sean aceptados como argumentos de corrección que apunten al equilibrio de los intereses¹⁴⁰.

Así las cosas, pensemos en un enunciado normativo constitucional que expresa que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”.

Por ejemplo, queriéndose construir un significado de ésta disposición se plantearía que, la expresión “imperio de la ley” en ella contenida, debe ser comprendida en el sentido del respeto al derecho (principio) a la igualdad, teniendo esto como consecuencia que una “interpretación correcta” del citado enunciado normativo impondría que la jurisprudencia (precedente) fuere obligatoria toda vez que al estar los jueces sometidos al imperio de la ley deberían entonces desarrollar el mandato de la igualdad, tratando en forma semejante los casos semejantes¹⁴¹.

7.6. El argumento de la completitud de la disciplina jurídica

Este argumento, para Tarello, está basado en el dogma de la plenitud hermética del Derecho, el cual consiste en creer que el sistema o el ordenamiento jurídicos es completo y, por ello, carente de lagunas. Este argumento es siempre auxiliar y subsidiario, ya que siempre los intérpretes (desde luego también los jueces) suelen presentarlo conspirando con otros argumentos a la hora de decidir un problema de

¹⁴⁰ Tarello Giovanni, op. cit., p. 341.

¹⁴¹ En relación con este argumento ha dicho la Corte que “la expresión “imperio de la ley” a la cual están sometidos los jueces, de conformidad con el artículo 230 C.P se debe entender bajo la égida de dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato por parte de las autoridades”. Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil. Luego en un fallo posterior la Corte completó su atribución de significado al decir que “una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede en términos reducidos como la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores, y objetivos, *incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento*”. Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva (Cursivas fuera del texto original).

aplicación del derecho. Este argumento, pues, no suele usarse solo para la construcción o decisión de sentido de una disposición jurídica, toda vez que por sí solo es insuficiente para tales menesteres¹⁴².

El argumento puede ser entendido como aquel que fija una interpretación mediante la cual, no siendo posible hallar una norma que se aplique a una situación, sujeto o comportamiento dado, para adscribirle una determinada cualificación normativa, se concluye, a pesar de ello, que existe verdaderamente una norma aplicable y que, por tanto, incluye o excluye a esa situación, sujeto o comportamiento, de la regulación del sistema u ordenamiento jurídico; en tanto argumento de la interpretación puede notarse que éste puede conducir al interprete a considerar que el derecho regula o excluye una determinada situación, sujeto o comportamiento de la disciplina jurídica, lo que lo lleva a decidir ciertos significados de las disposiciones de las fuentes formales que se dispone a aplicar¹⁴³.

Por ejemplo, frente a un enunciado normativo constitucional que expresa que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”. Un intérprete, una Corte, podría decir que bajo el entendido de que el ordenamiento está compuesto por normas que constituyen un sistema completo en el que no hay lagunas, es entendible que el sistema se componga de fuentes formales principales y auxiliares que constituyen la plenitud del ordenamiento jurídico, el cual es entendido como ley en sentido material, es decir, *todo* el ordenamiento jurídico, siendo así como debe entenderse el vocablo ley expresado en la disposición citada¹⁴⁴.

¹⁴² Tarello Giovanni, op. cit., p. 322.

¹⁴³ Tarello Giovanni, op. cit., p. 322 – 322.

¹⁴⁴ En relación con este argumento la Corte Constitucional ha dicho que “Por otra parte el ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto de normas que constituyen un "sistema". Es por ello que propiamente no se puede hablar de lagunas de derecho, pues entre las fuentes formales principales -la ley en sentido material- y las fuentes formales auxiliares -las demás-, se establece lo que Cossio denominaba la "plenitud hermética del derecho", en virtud de la cual aquello que no esté prohibido está permitido pero, en todo caso, todas las situaciones jurídicas están previstas por el sistema que conforma el ordenamiento jurídico. Corte Constitucional, Sentencia 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

8. Antinomias

El término antinomia es usado en la teoría del derecho para denotar cierto fenómeno relacionado con el problema de la coherencia del sistema jurídico, el cual sería visto como “coherente” si está desprovisto de antinomias¹⁴⁵, es decir, si no resultan contradicciones de las normas que hacen parte del mismo. Una antinomia es, según lo anterior, una contradicción entre normas¹⁴⁶. Entre las antinomias pueden reconocerse, no exhaustivamente, varias clases: i) antinomias en abstracto y en concreto¹⁴⁷; y, ii) antinomias totales-totales, totales-parciales y parciales-parciales¹⁴⁸.

Entonces, por antinomias en abstracto ha de entenderse, el fenómeno según el cual, dos normas otorgan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho que son abstractos y que son analizados en abstracto por el intérprete. Lo que supone que la antinomia es “identificada” por éste, tan solo haciendo un análisis de los textos de las disposiciones, sin relacionar el asunto con un caso concreto. De otro lado, por antinomias en concreto se ha entender cuando dos normas jurídicas señalan consecuencias jurídicas incompatibles a un supuesto de hecho que, además de ser concreto, es valorado por el intérprete en concreto, es decir, que para ese mismo supuesto hecho la norma, según el intérprete, presentan soluciones contradictorias. Por tanto, ese tipo de antinomia ya no es “identifica” solo a partir del texto de las disposiciones, sino en el momento de la *aplicación en concreto* de las normas, explícitas o implícitas, que se extraigan de aquellas¹⁴⁹. Resumiendo, en palabras de Guastini: “Las antinomias en abstracto dependen, por así decirlo, de la estructura conceptual del discurso legislativo, mientras que las antinomias en concreto dependen de la estructura del mundo”¹⁵⁰.

Ahora bien, por antinomias totales-totales se ha entendido cuando es el caso que, según el intérprete, dos normas jurídicas otorgan consecuencias contradictorias a los

¹⁴⁵ Barberis Mauro, Introducción al estudio del Derecho, Lima, Palestra, 2015, pág. 175.

¹⁴⁶ Guastini Riccardo, Filosofía del diritto positivo. Lezioni, Bologna, G.Giappichelli editore, 2017, pág. 143.

¹⁴⁷ Guastini Riccardo, Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico, en El realismo jurídico genovés, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 109.

¹⁴⁸ Barberis Mauro, Introducción al estudio del Derecho, Lima, Palestra, 2015, pág. 177.

¹⁴⁹ Guastini Riccardo, Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico, en El realismo jurídico genovés, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 109 – 110.

¹⁵⁰ Ibidem.

mismos supuesto de hecho. Por su parte las antinomias totales-parciales cuando una de las normas regula un subcaso del caso que la otra norma regula en abstracto¹⁵¹. Las de este tipo también han sido denominadas antinomias parciales unilaterales, precisamente porque en estos casos lo que se predica es que, la clase de supuestos de hecho regulados por una norma, están contenidos en la clase de supuestos de hecho que otra norma regula en forma incompatible con ésta¹⁵². De otro lado, por antinomias parciales-parciales (también llamadas eventuales) habrá de entenderse por estas cuando se da el caso que, según el intérprete, los casos regulados por las normas coinciden, pero solo eventualmente¹⁵³. Las de este tipo también son conocidas como antinomias parciales bilaterales, por el motivo que, de ser el caso, según el intérprete, algunos supuestos de hecho reglados por una norma sean incompatibles con algunos de los supuestos de hecho regulados por otra norma.

En relación con todo lo anterior, en materia de antinomias, habría que hacer las siguientes precisiones. Las antinomias no “se presentan” ente disposiciones, sino entre normas. Por tanto, aquellas son producto de la interpretación, es decir, las antinomias se siguen de la interpretación. Sin embargo, no son un fenómeno pre-interpretativo y tampoco dan paso a constituir problemas interpretativos, sino más bien a situaciones de invalidez o de inaplicación de normas. Las antinomias, pues, “se presentan” cuando ya la interpretación ha sido efectuada¹⁵⁴. Además, las antinomias pueden ser evitadas por medio de la interpretación o creadas por ésta¹⁵⁵. Por tales motivos es importante decir que las antinomias no son una propiedad del sistema jurídico, no hacen parte integrante del mismo, son más bien fenómenos que emanan de la voluntad interpretativa de quienes interpretan y aplican las normas de ese sistema de acuerdo con ciertas técnicas aceptadas en su cultura jurídica, que usualmente están en coincidencia con posturas ideológicas de política del derecho.

¹⁵¹ Barberis Mauro, *Introducción al estudio del Derecho*, Lima, Palestra, 2015, pág. 178.

¹⁵² Guastini Riccardo, *Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico*, en *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 110.

¹⁵³ Barberis Mauro, *Introducción al estudio del Derecho*, Lima, Palestra, 2015, pág. 178.

¹⁵⁴ Guastini Riccardo, *Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico*, en *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 111-112

¹⁵⁵ Guastini Riccardo, *Antinomias y Lagunas* en *Revista Jurídica – Anuario*, Ciudad de México, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pág. 437.

Ahora bien, lo anterior depende de la concepción que sobre las normas tenga el intérprete. Las normas pueden ser entendidas como enunciados que califican deónticamente un comportamiento, en cuanto a que: *Si p está prohibido, permitido o es obligatorio hacer q*. En otro sentido, las normas pueden ser entendidas como enunciados sintácticamente condicionales, es decir, que generan una conexión de una consecuencia jurídica a una circunstancia o a combinaciones de circunstancias, en cuanto que: *Si se da el supuesto de hecho p entonces se produce la consecuencia jurídica q*. De acuerdo con esto, un intérprete podría plantear que en un sistema jurídico concreto se da una antinomia si un comportamiento está calificado deónticamente en forma incompatible por dos normas del sistema. O también podría decir que la antinomia resulta si para un mismo supuesto de hecho dos normas del sistema prevén consecuencias jurídicas incompatibles. Sea, pues, una o la otra postura, el intérprete concluiría que la antinomia resultaría de soluciones incompatibles que dan las dos normas al mismo caso¹⁵⁶.

Así las cosas, como se ha dicho, el intérprete puede crear las antinomias. Éste también puede *prevenirlas y resolverlas*. Entre las técnicas para *prevenir* antinomias se suele recurrir a la interpretación adecuadora y a la interpretación restrictiva¹⁵⁷. De otro lado, las técnicas para *resolverlas* están han sido expresadas en varios criterios muy conocidos como: “lex specialis derogat legi generali” o criterio de especialidad¹⁵⁸; “lex posterior derogat legi priori” o criterio cronológico¹⁵⁹; “lex superior derogat legi inferiori” o criterio jerárquico¹⁶⁰. No obstante, es de aclarar que

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ En cuanto al criterio de especialidad se ha dicho que este establece que, “en caso de antinomia total – parcial, la regla especial, es decir, la menos abstracta, exceptúa la general (más abstracta). A diferencia de los casos de anulación y derogación, aquí no se da la expulsión del sistema jurídico de una de las dos reglas antinómicas; ambas siguen perteneciendo al sistema, pero la regla especial se aplica y la general se inaplica. Piénsese en todos los casos en que una norma exceptúa otra norma, y, por tanto, supone la inaplicación de la precedente”. Barberis Mauro, Introducción al estudio del Derecho, Lima, Palestra, 2015, pág. 180.

¹⁵⁹ En relación con el criterio cronológico se ha dicho que establece que, “en caso de antinomia entre dos reglas colocadas al mismo nivel jerárquico (dos leyes ordinarias, dos reglamentos), la sucesiva *deroga* a la precedente. [...] las leyes son derogadas por leyes posteriores por declaración expresa del legislador (derogación expresa), por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y las precedentes (derogación tácita), o porque la nueva ley regula toda la materia ya regulada por la ley anterior (derogación por nueva reglamentación de la materia). A diferencia de la anulación, la derogación tiene efecto *ex nunc*; las reglas derogadas no pertenecen más al sistema jurídico, pero siguen siendo *aplicables* a los casos verificados antes de la derogación: se trata de un tercer caso además de la remisión y la recepción”. Ibidem, págs. 179 – 180.

¹⁶⁰ Respecto del criterio jerárquico se ha dicho que establece que, “en caso de antinomia entre normas situadas en niveles jerárquicos *distintos* (Constitución y ley ordinaria, ley ordinaria y reglamento...), la norma superior

estos criterios no serán desarrollados en el presente estudio, toda vez que no se presentan en el referente empírico objeto de estudio: las sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Cosa si sucede con las técnicas de prevención de antinomias, la cuales pasamos a desarrollar a continuación.

Pues bien, como se acaba de mencionar, las técnicas para prevenir antinomias que se verán aquí son dos: i) la interpretación adecuadora y; ii) la interpretación restrictiva. En ese orden de ideas, se denomina interpretación adecuadora al acto interpretativo que *adecua el sentido* de una disposición a una norma o principio de rango superior que se ha identificado previamente, con el fin de evitar contradicciones o conflictos con éste. De otro lado, por interpretación restrictiva se ha entendido como el acto interpretativo mediante el cual se excluye un supuesto de hecho del campo de aplicación de una norma que, de ser interpretada en modo diverso, terminaría por reglamentar ese fáctico hipotético “generando” la contradicción¹⁶¹. Como se ve en ambos casos, son técnicas de las que dispone el intérprete para evitar la antinomia entre dos normas del sistema jurídico, todo pues depende su voluntad interpretativa y de su forma de ver el mundo.

Finalmente, veamos un breve ejemplo donde se manifiestan algunos de los puntos anteriores. Pensemos en dos disposiciones normativas contenidas en la Constitución A y B.

La disposición normativa constitucional A al reglamentar el derecho fundamental a la igualdad dice: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica”.

hace invalida la norma inferior *ex tunc* (desde entonces), desde su promulgación, y no solo *ex nunc* (desde ahora), como en el caso de la derogación. En los Estados constitucionales, por ejemplo, la antinomia entre una norma constitucional y una norma legislativa ordinaria puede justificar la anulación de la segunda por la Corte Constitucional: anulación que determina precisamente su aplicabilidad *ex nunc*”. Ibidem, págs. 178 – 179.

¹⁶¹ Guastini Riccardo, Antinomias y Lagunas en Revista Jurídica – Anuario, Ciudad de México, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, págs. 438-439.

La disposición normativa constitucional B al reglamentar algunas fuentes del derecho dice: 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*.

Pues bien, podría decirse frente a la disposición A, a su texto, que las autoridades estatales deberán tratar en forma igualitaria a todas las personas (enunciado deónticamente condicional), lo que desde luego incluye a los jueces. Respecto a la disposición B, en relación con los jueces y las fuentes del derecho podría plantearse que principalmente están atados al “derecho codificado” (entendiendo así el vocablo “ley”) y que la jurisprudencia, como criterio auxiliar, es secundaria y subsidiaria con relación al “derecho codificado” y, por tal motivo, los jueces podrían apartarse de sus propias decisiones y de las de los jueces superiores sin dar explicación alguna (enunciado sintácticamente condicional).

Entendido así el sentido de las dos disposiciones, es decir, comprendidas de ese modo las normas que se pueden extraer ellas, podría plantearse la posible existencia de una contradicción normativa (antinomia). Pues por un lado la norma de la disposición A obliga a las autoridades al trato igualitario y, por otro, la norma B permite que los jueces puedan apartarse de las decisiones precedentes, tomando decisiones disímiles ante casos similares o muy similares, pudiendo esto llegar a violentar el deber de trato igualitario y, con ello, el derecho fundamental de igualdad. Se trataría, entonces, de una antinomia abstracta (no hace referencia a casos concretos) de tipo parcial unilateral, pues hay una norma A que ordena el trato igualitario a las personas en general por parte de todas las autoridades; mientras que hay otra norma B que permite a los jueces (quienes serían una subclase del término autoridades) apartarse de la jurisprudencia (siendo éste la clase de supuesto de hecho regulada por la norma B, que estaría contenida en la clase de supuestos de hechos contenidos en la norma A, la cual lo regula en forma incompatible con ésta) y, por tanto, fallar en forma disímil casos similares sin dar explicaciones, lo que sería no permitido en relación a la norma A que ordena trato igualitario.

Supongamos que ante esta posible contradicción un tribunal constitucional decida, evitar la antinomia entre normas constitucionales (y por ende no aplicar alguno de los

criterios para resolver antinomias), prefiriendo aplicar la técnica de la interpretación adecuada. Con la cual se adapta el significado de la disposición B a la norma de la disposición A, en razón a que la norma A es de rango superior (se trata de un derecho fundamental) a la B (que es una norma que podríamos llamar orgánica-funcional estatal). Siendo lo anterior un acto interpretativo adecuador de sentido que termina produciendo una norma nueva, así: *siendo que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, los jueces pueden apartarse del precedente, pero bajo la condición de que lo justifiquen en forma suficiente y adecuada, so pena de infringir el derecho a la igualdad*¹⁶².

9. Lagunas

Conviene ahora prestar atención a una expresión que se utiliza en el discurso jurídico, con la que usualmente se presenta el ordenamiento jurídico como incompleto o defectuoso, nos referimos al término “laguna”¹⁶³, el cual tiene relevancia para los objetivos de este análisis, toda vez que cuando un intérprete – un tribunal – usa argumentos como los que se acaban de exponer sostiene la idea, explícita o implícita, que indica que la fuente formal interpretada – Constitución – le resulta lagunosa, es decir, el uso de técnicas interpretativas y argumentativas mediante las que se expresan los actos de construcción jurídica, evidencian que el intérprete ha creado la laguna, para luego construir la norma que la colmará.

Al referirse al tema de las lagunas *en* o *del* derecho, se ha expresado la “existencia” de tres fenómenos distintos, lo cuales han sido conceptualizados como: i) lagunas

¹⁶² Frente a esta situación, no del todo hipotética, la Corte Constitucional expresó: “Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13)”. Corte Constitucional, sentencia C – 123 de 1995, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶³ En relación con el concepto de laguna se ha dicho que se entiende como “una variable dependiente del modo de concebir las normas jurídicas. Para quienes conciben las normas jurídicas como calificaciones deónticas del comportamiento (El comportamiento x es obligatorio, el comportamiento z está permitido, etc.), las lagunas se presentan como comportamientos no calificados. Para quienes en cambio conciben las normas como enunciados que conectan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, las lagunas se presentan como supuestos de hechos para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna”. Guastini Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 139.

normativas¹⁶⁴; ii) lagunas técnicas¹⁶⁵ y; ii) lagunas axiológicas; dicho sea de paso que no se discutirá aquí si tales “lagunas” realmente existen, ya que bien sabido es que en teoría jurídica hay posiciones como la kelseniana que han negado su existencia, planteando la idea de que el ordenamiento jurídico es completo y, por tanto, se trata de ficciones¹⁶⁶. Ese no es el sentido con el que se aborda este punto en nuestro análisis, pues con éstas conceptualizaciones se mostrará la forma como se ha constituido el discurso de un intérprete concreto que ha llegado a construir normas constitucionales, por ello la aproximación a este tema es estrictamente metodológica.

Ahora bien, es necesario aclarar que para los efectos del análisis que nos hemos propuesto no es necesario fijar lo que se ha teorizado para los fenómenos de lagunas normativas y lagunas técnicas, debido a que éstos no se dan en el referente empírico que se observa en este estudio, ya que lo que se presenta, como se podrá observar en el segundo capítulo, es el fenómeno de la laguna axiológica y su relación con el derecho-principio de igualdad. Por este motivo solo se ha hecho una breve referencia a los dos primeros tipos de lagunas, para más adelante concentrarnos en el tercero, el cual se constituye en parte determinante del discurso judicial objeto de análisis.

Debido a lo anterior es importante resaltar que en este estudio se entenderá el concepto de *norma jurídica* como el resultado de la interpretación, es decir, norma como sentido de las disposiciones contenidas en las fuentes formales de derecho¹⁶⁷. También se entenderá que esas “entidades” constituyentes de sentido son enunciados que enlazan hechos hipotéticos a ciertas consecuencias jurídicas, por tal motivo las lagunas se comprenderán como aquellas manifestaciones del discurso jurídico, fundamentalmente de los intérpretes, que indican que éstas “se presentan” cuando se identifican ciertos hechos hipotéticos para las cuales el ordenamiento no dispone

¹⁶⁴ La laguna normativa puede entenderse como la falta de una norma específica dentro una particularidad regulada, es decir, puede pasar “que el legislador regule una serie de supuestos de hecho, pero omita regular una o más de una de sus posibles combinaciones”. Guastini Riccardo, op. cit., p. 140.

¹⁶⁵ La laguna técnica puede entenderse como la falta de una norma “cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma”. Guastini Riccardo, op. cit., p. 145.

¹⁶⁶ Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, editorial universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 172. Sobre este mismo punto donde se sostiene la idea de lagunas como ficciones confróntese también Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 254 – 258.

¹⁶⁷ Guastini Riccardo, *filosofía del diritto positivo, lezioni*, Torino, g. giapelli editore, 2017, páginas 23 - 26.

ninguna consecuencia jurídica¹⁶⁸, mirada que muestra el conocido “espacio jurídico vacío” que rompe con el dogma de la plenitud del derecho¹⁶⁹, abriendo la discusión sobre la discrecionalidad en la actividad interpretativa¹⁷⁰.

Ahora bien, antes de entrar a definir el tipo fenomenológico de laguna que importa para el fin analítico de este estudio, es necesario decir que comúnmente el tema de las lagunas se plantea como un problema de interpretación, siendo este modo de plantear la cuestión bastante impreciso en relación con lo que se puede captar de la actividad interpretativa, por ejemplo, la desplegada por los jueces. Frente a este punto, se puede afirmar solo con intención metodológica, que el fenómeno de las lagunas es pos interpretativo, es decir, la laguna “aparece” después de la interpretación de las disposiciones de las fuentes formales, donde las decisiones interpretativas al mismo tiempo pueden producir las lagunas, prevenirlas o colmarlas, lo que dependerá de la voluntad del interprete¹⁷¹.

Así las cosas, para finalizar este acápite se hará referencia específicamente al concepto de “laguna axiológica”, comprendiendo que este tipo fenomenológico de laguna se ha entendido como la falta de una norma “justa” o “correcta”, según las

¹⁶⁸ Guastini Riccardo, op. cit., p. 139.

¹⁶⁹ Bobbio Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005, p. 211-220.

¹⁷⁰ Es importante decir que discrecionalidad no se ha entendido, por lo menos conceptualmente hablando, como sinónimo de arbitrariedad, Hart por ejemplo sostiene que “hay un tipo de elección que no deberíamos considerar como ejercicio de discrecionalidad, por ejemplo, los casos en los que, al elegir, simplemente nos dejamos llevar por nuestros deseos o caprichos personales inmediatos. ¿Tomarás un Martini o un jerez? Eliges un Martini y yo pregunto por qué; tu respuesta es: «Porque me gusta más, eso es todo». Creo que aquí sería absurdo hablar de discrecionalidad; quien elige no asume ningún principio como justificación de su elección: no está tratando de hacer algo que considere sabio, fundamentado o que aplique un principio que merezca reconocimiento racional, ni tampoco incita a ningún tipo de crítica. Por supuesto, podríamos rechazar su elección de muchas formas; podríamos decir: «Deberías haber ejercido algún tipo de discrecionalidad y no haberte limitado a elegir lo que más te apetecía beber». Esto supondría rechazar o celebrar su elección por referencia a criterios de prudencia. La elección del bebedor podría parecerse en algo a un ejercicio de discrecionalidad si, en respuesta a la pregunta «¿Por qué un Martini?», respondiera: «He aprendido por experiencia que me encuentro mejor cuando bebo un Martini que cuando bebo un jerez, no hablo tanto», etc. En ese caso, la elección se hace por referencia a algún principio general que la justifica, lo que de alguna forma permite considerarla fundamentada o sabia, a pesar de que el alcance de dicho principio se limite a la conducta individual de su propia vida y no pretenda tener ningún carácter general más allá”. [Así, las cosas para él] “la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquéllas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente” Hart Herbert, *Discrecionalidad*, en Revista Doxa No. 37, Alicante, 2014, p. 90-92.

¹⁷¹ Guastini Riccardo, op. cit., p. 143-145.

preferencias ético-políticas del intérprete. Podría decirse que, en puridad, no es que falte una norma en el ordenamiento jurídico, lo que sucede es que la norma existente le resulta inconveniente al intérprete, quien a través de un juicio de valor (ideológico) formula una norma nueva conforme con sus sentimientos políticos de justicia o acorde con otra norma positiva que es axiológicamente superior, pero que respalda sus preferencias, las cuales sustenta jurídicamente a través de argumentos de la interpretación como la disociación y el argumento a contrario, haciendo uso del principio de igualdad¹⁷².

Ahora bien, pensemos por ejemplo en un enunciado normativo constitucional que expresa que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”.

Frente a esta disposición un intérprete que construya una laguna axiológica sostendría a través de un argumento a contrario, como el que ya tuvimos la oportunidad de ver líneas arriba. En tal sentido partiendo de que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial y, entendiendo por ello, *prima facie*, que los jueces pueden apartarse de las decisiones precedentes sin dar explicación. Este intérprete podría decir que en virtud del derecho-principio de igualdad, que obliga a las autoridades a tener un trato igualitario con las personas, los jueces estarían obligados a fallar de manera semejante los casos semejantes, para garantizar el mandato de trato igualitario y, por tanto, si deciden apartarse del precedente deberían justificarlo en forma suficiente y adecuada. En ese orden de ideas faltaría una norma (constitucional) que fije por un lado expresamente que el precedente judicial es obligatorio y, por otro, los criterios normativos según los cuales los jueces deban presentar sus argumentos al momento

¹⁷² Guastini Riccardo, Interpretar y argumentar, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, páginas 146-147. Podría decirse que en “general, se llama “laguna axiológica”, no a la ausencia de una norma sin ninguna otra especificación, sino a la ausencia de una norma que – según las preferencias ético-políticas (es decir axiológicas) del intérprete – *debería existir*. En particular, aquí se habla de normas que deberían existir porque las requiere el principio de igualdad. Ocurre que un supuesto de hecho sí se encuentre regulado por una norma (por lo cual, en efecto, la laguna no subsiste), pero que esa reglamentación no resulte conforme a lo que el principio de igualdad requiere”. Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 511.

de separarse de las directrices interpretativas fijadas en decisiones judiciales precedentes propias y de sus superiores¹⁷³.

Una vez construida la laguna el intérprete pasaría a colmarla con una “familia” de argumentos que, en este caso, conspirarían con el argumento de la disociación. Por ejemplo, argumentos como el de la equidad y el sistemático, serían precisamente las técnicas de construcción normativa a través de las cuales se apelaría al principio de igualdad, entendido éste como axiológicamente superior a la disposición interpretada, según el cual el *precedente* resultaría obligatorio debido al mandato de igualdad de trato. El principio de igualdad es, pues, visto de esta forma como una fuente de lagunas axiológicas¹⁷⁴, ya que lo que hace el intérprete auténtico – digamos un tribunal – es añadir una norma que el ordenamiento no tenía adscribiéndola al principio de igualdad¹⁷⁵, pero derrotando la que el ordenamiento si tiene.

10. Derrotabilidad de normas jurídicas

El término *derrotabilidad* de normas de normas jurídicas¹⁷⁶ es entendido, desde un punto de vista descriptivo y metodológico, como aquel fenómeno según el cual las

¹⁷³ En relación con este punto téngase en cuenta a título de ejemplo que “La Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia es su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por el mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. En consecuencia un juez puede apartarse del precedente vertical y horizontal [si] expone razones suficientes y válidas a luz del ordenamiento jurídico los supuestos fácticos del nuevo caso que justifiquen el cambio jurisprudencial” Corte Constitucional, sentencia T-102 de 2014, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁷⁴ Guastini Riccardo, op. cit., p. 511- 514.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 514.

¹⁷⁶ En materia de derrotabilidad en el Derecho es necesario saber que, “Los antecedentes relativamente lejanos, del uso de esta noción por parte de la teoría del derecho se remontan a algunos escritos de Hart [The Ascription of Responsibility and Rights], donde se sostenía que los conceptos jurídicos tienen carácter sui generis – que hace que no sean susceptibles de definición per genus et differentiam y requieran un método de elucidación especial – se manifiesta en una imposibilidad de establecer una lista de condiciones necesarias y suficientes para su aplicación”. Bayón Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y Positivismo jurídico, en revista Isonomía No. 13, Madrid, 2000, p. 90 – 91. No obstante este dato central e histórico en esta materia es importante aclarar que en la filosofía del derecho hay un elenco más o menos amplio de usos lingüísticos de *derrotabilidad*, por ejemplo, Chiassoni en *Desencantos para abogados realistas* ha presentado varios de estos usos. Se habla, entonces, de hechos derrotables, creencias derrotables, conceptos derrotables, disposiciones derrotables, interpretaciones derrotables, razonamientos derrotables, negocios derrotables, posiciones subjetivas derrotables, demandas derrotables, conclusiones derrotables y, normas derrotables. Si comprendo bien, todos estos usos para Chiassoni no son del todo claros a excepción del uso *derrotabilidad de normas*, pues no es apropiado hablar de derrotabilidad en los demás casos. Situación por la que esta investigación solo toma

consecuencias de las normas (vistas como condicionales) contienen excepciones que se plantean como condiciones negativas de su aplicación¹⁷⁷, mediante las cuales un intérprete – un tribunal, por ejemplo – “deroga” otras consecuencias que normalmente, aunque no exclusivamente, se extraen a través de una interpretación literal. Una norma es, entonces, derrotable si las consecuencias positivas que regula están sometidas o pueden someterse a condiciones negativas de aplicación¹⁷⁸.

Así las cosas, es necesario distinguir entre normas explícita derrotables y normas implícitamente derrotables. El primer tipo de normas son aquellas que contienen expresamente en su formulación normativa ciertas condiciones negativas aplicación, la cuales son expresadas a través del uso del método de interpretación literal. El segundo tipo de normas son aquellas que reglamentan ciertas consecuencias jurídicas que se obtienen de excepciones inexpresas que no pueden observarse *prima facie* por anticipado como una condición suficiente de su aplicación a un caso concreto, sino que son obtenidas por el intérprete de otras normas del mismo sistema jurídico, usando otros métodos de interpretación diferentes al literal¹⁷⁹.

Es claro que en el discurso de la teoría del derecho se ha dicho que existe una relación íntima entre la derrotabilidad de normas la construcción de lagunas y que ambos fenómenos pueden ser observables, por ejemplo, en decisiones judiciales en las que se realizan actos de construcción jurídica. Hablando metafóricamente puede decirse que lagunas y derrotabilidad son “dos caras de la misma moneda”¹⁸⁰. Es importante aclarar que es tan solo una metáfora que pretende mostrar que estos fenómenos se presentan en la actividad interpretativa y que uno va de la mano del otro. Por ejemplo, el intérprete que se enfrenta a un problema jurídico y a la aplicación de las normas

en cuenta la derrotabilidad de normas. Quien quiera considerar lo que aquí se afirma deberá remitirse al libro citado en las páginas 270 a 302.

¹⁷⁷ Chiassoni Pierluigi, op. cit., p. 304.

¹⁷⁸ Chiassoni Pierluigi, op. cit., p. 327.

¹⁷⁹ Guastini Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 328.

¹⁸⁰ Esta idea es sostenida en su conjunto por Guastini en *Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación*. No obstante, Chiassoni ha advertido en *La derrotabilidad en el derecho* que es solo una forma simplificada de mostrar la relación, por lo que se impone una lectura desmetaforizada del fenómeno. Así, pues, quien quiera adentrarse en el laberinto de ese debate deberá cruzar el valle que lo lleva de *Nuevos estudios sobre la interpretación a Desencantos para abogados realistas*.

que regulan el caso puede hacer múltiples operaciones hermenéuticas mediante las cuales realice actos de construcción jurídica, conduciendo su pensamiento de la siguiente forma: analiza unos hechos, observa las disposiciones normativas del sistema (fuentes formales), decide significados de las mismas, derrota consecuencias normativas, crea una laguna y, finalmente formula una norma (nueva, general) para colmarla. Luego – en el caso de un tribunal – profiere sentencia.

Así las cosas, hay que agregar algunas consideraciones genéricas del campo de la derrotabilidad, para señalar que se trata de un asunto central en la teoría de las normas jurídicas, razón por la cual importa en el evento de una elucidación derrotabilística el tipo de normas que se tienen en el foco de una investigación de este enfoque, por ello es relevante tener en cuenta que tratándose de derrotabilidad de normas hay que prestar atención a distintos aspectos lógicos, interpretativos y aplicativos de éstas que serán clave para aclarar cómo es que una norma resulta derrotable¹⁸¹. Sobre este punto volveremos en el siguiente capítulo, en el que se abordará el fenómeno en concreto.

En este orden ideas, en relación con el aspecto lógico, vale reflexionar sobre si las normas pertenecen al campo de la lógica ordinaria o si por el contrario moran en un lugar lógico distinto y muy especial, que algunos han denominado como *lógica derrotable o específicamente jurídica*¹⁸². Kelsen, por ejemplo, rechazaba expresamente la relación de la lógica tradicional bivalente de verdadero y falso con las normas¹⁸³. Barberis ha dicho en este punto que de aplicarse la lógica ordinaria a las normas, éstas quedarían gobernadas por el refuerzo del antecedente, por tanto de tratarse de un enunciado normativo hipotético *si p entonces q*, siempre tendría la misma consecuencia aunque se le adicionaran ciertas condiciones implícitas en

¹⁸¹ Barberis Mauro, op. cit., p. 126.

¹⁸² Ibidem, p. 127.

¹⁸³ Por ejemplo, en Derecho y Lógica, cuando Kelsen se refirió a este asunto dijo que “La aplicación de principios lógicos, en especial del principio de no-contradicción y de la regla de inferencia, a normas en general y en especial a normas jurídicas, no es de ninguna tan evidente como lo suponen los juristas. Pues ambos principios lógicos son según su esencia – o por lo menos directamente – sólo aplicables a enunciados en tanto que sean actos de pensamiento y puedan ser verdaderos o falsos. Es evidente que no es la lógica, sino la ciencia material, la que determina si un enunciado es verdadero o falso. Ambos principios lógicos, el de no-contradicción y el de inferencia, tan solo determinan bajo qué condiciones un enunciado – como sentido de un acto de pensamiento – puede ser verdadero y bajo qué condiciones tiene que ser falso. Sin embargo, las normas estatuyen un deber ser y el deber ser es un correlato del querer; ellas son el sentido de un acto de voluntad y como tales no son ni verdaderas ni falsas”. Kelsen Hans, Derecho y Lógica, México, ediciones Coyoacán, 2012, p. 9 – 10.

relación con las previstas inicialmente, es decir, en *si p entonces q*, la consecuencia *q*, siempre sería la misma a pesar de que el enunciado tuviese premisas adicionales, como si *s y d y g*, pues por el refuerzo del antecedente, *entonces q*, sería válida en todos los casos, lo que haría las normas inderrotables¹⁸⁴.

De otro lado, al tratar la derrotabilidad como asunto interpretativo, ya sea como atribución de significado a una disposición o de argumentos interpretativos, las normas siempre podrían ser derrotadas siguiendo una lógica derrotabilística, donde el intérprete haciendo uso de diferentes métodos de interpretación como el sistemático, el literal, el teleológico o el analógico, etc., pudiese llegar a considerar que la regla admite ciertas condiciones negativas de aplicación que conducen a excepciones implícitas según las cuales la misma puede ser derrotada, bajo un esquema regla-excepción¹⁸⁵, creando así normas implícitas que, según el intérprete auténtico, “son” el derecho objetivo vigente en una materia y caso concretos, siendo esta una especie de derrotabilidad ontológica avalorativa la cual, dicho sea de paso, constituye en el discurso estándar sobre este asunto.

No obstante, es posible hablar sobre un tipo de derrotabilidad que podríamos llamar axiológica, en la cual el intérprete – una Corte, por ejemplo – puede llegar a establecer una norma que no fue creada siguiendo la lógica regla – excepción, sino una de tipo valorativo que establece una regla general. Es tipo de derrotabilidad se da por ejemplo a partir de la aplicación de normas de derechos fundamentales y encuentra una justificación en la teorización que distingue entre derrotabilidad interna de las normas que afecta su identidad, su consistencia interna y la posibilidad de obtener ciertas conclusiones de ellas y, de otro lado, la derrotabilidad de la conclusión normativa pragmática, la cual se refiere a la capacidad basada en razones sustantivas, bajo la exigencia de la consideración de todas las cosas, para llegar a una conclusión determinada¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Barberis Mauro, op. cit., p. 126 - 127.

¹⁸⁵ Barberis Mauro, op. cit., p. 128.

¹⁸⁶ Rodríguez Santander Roger Rafael, Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid (tesis doctoral), 2015, p. 19.

En razón de lo anterior se ha llegado a considerar a los derechos fundamentales como causa de la derrotabilidad de las normas constitucionales e infraconstitucionales, ya que estos constituirán aquellas razones sustantivas que conllevarían a conclusiones determinadas, según la voluntad de los intérpretes auténticos, es decir, según sus compromisos ideológicos, sus sentimientos de justicia o sus convicciones morales, las cuales se fundamentan en la superioridad jerárquica que ostentan este tipo de derechos al estar regulados en la Constitución, es decir, entendiendo que estos derechos están respaldados por una regla de clausura respecto a la relevancia de ciertas normas en el sistema de fuentes formales del Derecho¹⁸⁷, contando con que en el caso de la Constitución, ésta irradia todo el ordenamiento jurídico, impactando inclusive las normas que comparten su propia jerarquía¹⁸⁸.

Ahora bien, en relación con la derrotabilidad como problema aplicativo, Barberis afirma que se trata de asunto de subsunción donde se puede proceder de dos formas: i) deduciendo una norma concreta desde una norma abstracta, subsumiendo en caso concreto en el abstracto, con lo que la derrotabilidad toma una cierta apariencia silogística (o lógica); ii) de otro lado este fenómeno podría parecer interpretativo, cuando se procede dándole sentido a una disposición abstracta, lo que tiene como producto una norma de la misma característica, para luego en la interpretación en concreto subsumir en la caso concreto en aquella norma abstracta¹⁸⁹.

Finalmente, es necesario cerrar este asunto diciendo que las fuentes de la derrotabilidad de las normas, en puridad, no se encuentran en definitiva en las normas, sino en la forma en que el intérprete ve el mundo, es decir, en su ideología, en sus

¹⁸⁷ En relación con este punto, puede plantearse en forma razonable la existencia de una cláusula expresa que cierra el aspecto de la relevancia entre normas en el sistema fuentes colombiano, como lo es artículo 5 de la Constitución Política el cual dice: “*El estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*” (énfasis fuera del texto). En razón de lo anterior es importante considerar “que la presencia en el derecho de normas derrotables es contingente (dependiendo de que existan o no reglas de clausura respecto a la relevancia y relaciones de preferencia preestablecidas entre normas). Y también dentro un sistema jurídico puede haber normas derrotables e inderrotables (porque puede haber normas de clausura en relación no con todas, sino sólo con una parte de las normas del sistema; y porque el hecho de que hayan normas cuya relación de preferencia no esté preestablecida en relación con algunas de las demás es compatible con que haya otras cuya relación de preferencia si esté preestablecida en relación con todas las restantes”. Bayón Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y Positivismo jurídico, en revista Isonomía No. 13, Madrid, 2000, p. 109.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 122 – 126.

¹⁸⁹ Barberis Mauro, op. cit., p. 130.

ideales ético-políticos, que están presentes al momento elegir, decidir o modificar los significados de las disposiciones normativas contenidas en las fuentes formales del derecho, vistas como meros textos jurídicos. La derrotabilidad, las técnicas de construcción de normas jurídicas no son otra cosa que la metodología prescriptiva del derecho que usan los intérpretes para implantar ideológicamente lo que les parece más apropiado a la hora de decidir lo que es el derecho objetivo¹⁹⁰.

Así, pues, lo que hemos mostrado hasta aquí no es otra cosa que el marco teórico general que nos permite pensar como, en el campo de la interpretación (en sentido amplio), los jueces crean derecho, es decir, qué técnicas interpretativas y argumentativas utilizan para realizar actos de construcción jurídica cuando “aplican” el derecho positivo, lo que por puesto marca el punto determinante de este estudio, esto es, analizar cómo han sido creadas las normas que rigen el sistema de precedente judicial por parte de la Corte Constitucional colombiana, que es precisamente de lo que nos ocuparemos en el capítulo siguiente, al analizar sus sentencias más relevantes, haciendo un ejercicio de captación de argumentos creadores de normas, así como de las técnicas interpretativas descritas anteriormente; valga insistir en que lo que sigue es fundamental para esta investigación, ya que constituye uno de sus referentes empírico lingüísticos, pues de lo que se trata es de observar cómo la Corte argumenta, aquí y ahora, y no de cómo debería argumentar, constituyéndose así un análisis de jurisprudencia expositiva y no de jurisprudencia censoria¹⁹¹, lo que resulta crucial desde el punto de vista metodológico.

¹⁹⁰ Chiassoni Pierluigi, op. cit., p. 330 – 331.

¹⁹¹ La distinción es entre jurisprudencia expositiva y jurisprudencia censoria (jurisprudencia como sinónimo de Teoría, Dogmática o Doctrina del Derecho) es clásica y determinante en la Teoría Analítica del Derecho. Esta distinción proviene de la postura de Jeremy Bentham sobre el conocimiento jurídico, en ella se entiende “por una parte, la función del “Expositor” (Expositor), quien se ocupa del derecho que es o que ha sido y, por otra, la función del “Censor” (Censor) quien se ocupa, por el contrario, del derecho como debe o debería ser, para estar conforme “al criterio de lo justo y de lo injusto”, de lo moralmente lícito e ilícito”. Chiassoni Pierluigi, *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho. De Bentham a Kelsen*, Lima, Palestra, 2017, pág. 30.

CAPÍTULO II

El precedente judicial como acto de construcción jurídica

*“En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional,
cuando ésta interpreta aquélla,
no puede interponerse ni una hoja de papel”.*

Corte Constitucional, Sentencia C - 113 de 1993

1. Cuestión previa: sobre el estado del arte y aclaración metodológica

El asunto del precedente judicial ha sido estudiado en Colombia en diferentes investigaciones que han dado cuenta de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en esta materia¹⁹². Es importante destacar que algunos de estos estudios se han centrado en mostrar descriptivamente (jurisprudencia expositiva) como es que se han desarrollado las reglas dictadas por la Corte Constitucional y

¹⁹² Como estudios centrales en materia de precedente judicial en Colombia: López Medina, Diego Eduardo, Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana, Bogotá, Legis, 2004. López Medina Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, Bogotá, Legis, 2006. López Medina Diego, Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial, Bogotá, Legis, 2016. Quinche Ramírez Manuel Fernando, El precedente judicial y sus reglas. Con el precedente en el Consejo de Estado y la Corte Interamericana, Bogotá, ediciones Doctrina y Ley, 2016. Deik Acostamadiedo Carolina, El Precedente Contencioso Administrativo. Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018. Bernal Pulido Carlos y Bustamante Thomas (eds.), Fundamentos Filosóficos de la teoría del precedente judicial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. Bernal Pulido Carlos, El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. Bernal Pulido Carlos, Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2018. Pulido Ortiz Fabio Enrique, Jueces y Reglas. La autoridad del precedente judicial, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2018. Mantilla Espinosa Fabricio (Cord.), Controversias constitucionales, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009. Iregui Parra Paola Marcela, Precedente Judicial en el Contencioso Administrativo, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016. Ramelli Alejandro y otros, El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes, Medellín, Universidad de Medellín, 2015. Parra Téllez Frank William, El precedente jurisprudencial en Colombia, Bogotá, Ibáñez, 2016. Hoyos Avilés José David, López Quiróz Alexander y Pérez Manquillo Rafael, La competencia del Corte Constitucional. Una mirada desde el principio de legalidad. Precedente judicial, sentencias aditivas y sustitutivas, putumayo, 2012. Tamayo Jaramillo Javier y Jaramillo Carlos Ignacio, El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia, Universidad Javeriana, Bogotá, 2012. Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (tomo II), Medellín, editorial DIKÉ, 2013. Barrero Berardineli Juan Antonio, Jurisprudencia Constitucional: precedentes judiciales de la humanidad y casos materiales, Bogotá, Ibáñez, 2013. Benavidez José Luis (Comp.), Contribuciones al sistema de precedente judicial y administrativo, Arévalo Guerrero Ismael Hernando, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014. Jurisprudencia. De la interpretación al precedente, Bogotá, Ibáñez, 2018.

cuáles han sido los casos que han motivado este desarrollo, así como su influencia en el sistema de fuentes y en algunos puntos nodales del Derecho. Otros estudios han propuesto qué debería hacer y que no debería hacer la Corte con relación al precedente judicial (jurisprudencia censoria)¹⁹³. Lo que desde luego ha forjado un debate constitucional que se encuentra disperso en el discurso de los juristas, el cual se analizará en el capítulo siguiente, pues a este estudio también le interesa, bajo la lupa crítica de la teoría analítica del Derecho, sobre que debaten esos juristas en relación con la teoría general de las normas.

Lo anterior es importante decirlo, ya que ninguno de esos estudios ha sido realizado bajo la luz del concreto enfoque teórico que ilumina esta investigación analítica descriptiva. Esto no quiere decir que aquellos estudios carezcan de suficiencia, rigor e importancia, todo lo contrario, todos muestran el rico y hermoso jardín hermenéutico

¹⁹³ Grupo en esta cita los estudios más relevantes que proceden de las dos formas y que serán objeto de análisis en el tercer capítulo de este estudio: Pulido Ortiz Fabio Enrique, *Ámbito subjetivo de aplicación de los precedentes judiciales: un estudio en la jurisdicción constitucional, en Colombia* en revista *Opinión jurídica* No. 34, 2017. Bernal Pulido Carlos, *El precedente en Colombia*, en *Revista Derecho del Estado* No. 21, 2018. Contreras Calderón Jorge Andrés, *El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 41, No. 115, 2011. Marín Santoyo Manuel Eduardo, *El precedente en el Derecho Colombiano: la estructuración del concepto y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en revista *Derecho Público Iberoamericano* No. 15, 2019. Sarmiento Juan Pablo, *Hacia la constitucionalización del precedente en Colombia: ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?*, en revista *Opinión jurídica*, 2012. Aranda – Herman, *La Doctrina del Derecho Viviente: repercusiones de un cambio de paradigma del sistema tradicional de fuentes del derecho en ordenamiento jurídico colombiano*, en *Revista de Derecho Principia Iuris* Vol. 15, No. 28, Fas. 28, II, 2017. Echeverri Cuello Carlos Manuel, *La obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas*, en *Revista Vis Iuris*, No. 1, Vol. 1, 2014. Barrera Varela Pedro Javier, *La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes de derecho colombiano*, en revista *Saber, Ciencia y Libertad*, Vol. 19, No.2, 2014. Molineros Hassan Viridiana, *El Precedente Constitucional. Análisis de la sentencia T – 292 de 2006*, en *Revista de Derecho* No. 35, 2011. Olano García Hernán, *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo*, en revista *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, No. 2, 2011. Pulido Ortiz Fabio Enrique, *Poderes normativos de la Corte Constitucional Colombiana*, en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, No. 3, 2018. Gutiérrez Torres Johana Carolina, *El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo colombiano*, en revista *Pensamiento jurídico*, No. 4, 2016. Saavedra Ramírez Laura Cristina y Lozano Guio Luis Carlos, *La vinculatoriedad del precedente y la jurisprudencia como doctrina probable frente a la doctrina del Derecho viviente*, en revista *Teoría y Praxis Investigativa*, Vol. 8, No. 2, 2013. Gómez Martínez Diego León, *Análisis de la interpretación del artículo 230 en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia (2007-2009)*, en revista *Criterio Jurídico*, Vol. 10, No. 2, 2010. Gutiérrez González Helton David, *La interpretación y desarrollo del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. López Vs. Tamayo ¿una discusión dogmática?*, en *Cuadernos de la Maestría en Derecho* No. 3, Universidad Sergio Arboleda. Osorio Gil Ana María, *Lectura del artículo 230 constitucional en el marco del nuevo constitucionalismo*, en *Revista Cultural Unilibre*. Contreras Jordán Pedro Daniel, *Implicaciones de que la Corte Constitucional de Colombia determine que la ratio decidendi de sus fallos de tutela sea vinculante*, en revista *Univ. Estud.* No. 19, 2019. Arboleda Perdomo Juan Manuel, *Corte Constitucional o Corte Constituyente*, en *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009. Cárdenas Mejía Juan Pablo, *El “precedente” en el derecho colombiano ¿un juez creador de derecho?*, en *Justicia y Democracia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017. Porras-López Edinso Gonzalo, *El “precedente judicial”: una figura ajena sistema colombiano de fuentes del derecho*, en *Revista Principia Iuris*, Vol. 13, No. 25, 2015.

de los senderos que se bifurcan en materia de precedente judicial¹⁹⁴. Senderos por los que hemos andado para observar y aprender, pero no para repetir lo dicho tan armoniosamente, sino para abrir un camino propio, con el fin de contribuir a la teoría del precedente judicial, con la guía de sencillos, pero poderosos principios epistemológicos que se usan metodológicamente cuando se hacen investigaciones de filosofía analítica del derecho de un cierto fenómeno, por ejemplo: interpretación o creación de normas jurídicas implícitas (constitucionales).

Estos principios epistemológicos se conocen en la teoría del derecho como: i) principio de ignorancia; ii) el principio de conversión; iii) el principio del respaldo empírico; el principio de clarificación y; el principio de captación. Estos principios son presupuestos metodológicos que se aplican como consecuencia de haber optado por un método analítico y, por tanto, son determinantes a la hora de emprender un camino en el que se entiende que las normas no son “cosas duras” que habitan el mundo de la experiencia sensible, sino tan solo entidades que “existen” por la voluntad de los hombres que tienen el poder o la competencia para establecerlas, para dictarlas, para construirlas¹⁹⁵. Veamos brevemente de que se trata cada uno de estos principios y por qué es importante mencionarlos en este punto.

El principio de ignorancia sugiere no saber muchas cosas de las creemos que sabemos, por ejemplo, no saber nada sobre interpretación jurídica, es decir, no saber sobre métodos de interpretación, sobre ideologías de la interpretación o sobre teorías de la interpretación. Así, pues, este presupuesto metodológico nos invita a dudar de nuestras creencias, de nuestros preconceptos o conceptos, de nuestros prejuicios, lo que supone entonces como una contra para el pensamiento dogmático, sea que este tenga una manifestación expresa o implícita en nuestras reflexiones o en nuestro discurso¹⁹⁶. Por ende, en esta investigación se parte de ese presupuesto: no saber nada (o casi nada) sobre interpretación, sobre precedente judicial y sobre jurisprudencia.

¹⁹⁴ Tomo en préstamo la expresión Jorge Luis Borges de su conocido texto: El jardín de los senderos que se bifurcan.

¹⁹⁵ Chiassoni Pierluigi, El discreto placer del positivismo jurídico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pág. 379 – 384.

¹⁹⁶ Ibidem, pág. 404.

De otro lado, el principio de conversión invita a convertir los problemas o preguntas ontológicas en problemas o preguntas empíricas, es decir, pasar de la pregunta ontológica a la pregunta conceptual del “cómo se ha entendido tal cosa o tal otra”, prefiriendo esta última cuestión¹⁹⁷. Esto quiero decir que, si nos proponemos investigar sobre un fenómeno jurídico, por ejemplo, si el precedente es obligatorio para los jueces o si la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, no debemos preguntarnos si en efecto el precedente es tal cosa o la jurisprudencia es tal otra. Lo adecuado sería preguntarse qué se entiende o cómo se ha entendido el concepto o fenómeno del precedente, como se ha entendido el término jurisprudencia en el discurso interpretativo de la Corte y de los juristas en general, esto es justo lo que hace esta investigación en esta primera parte, precisamente para evitar que su producto sea una invención del investigador; es determinante conocer, pues, el fenómeno y éste se conoce por las palabras que se dicen cuando se habla del mismo, es decir, lo importante es el discurso interpretativo que construye el fenómeno¹⁹⁸.

Por otra parte, el principio de respaldo empírico se refiere a que es forzoso para las investigaciones tener en cuenta la realidad empírica, puesto que los análisis deben recaer sobre “cosas” empíricas que respalden los enunciados y proposiciones que se formulan en ellas¹⁹⁹. Por tanto, en esta investigación se procede con respaldo empírico lingüístico, es decir, lo que se observa en este capítulo es el discurso interpretativo de la Corte Constitucional sobre el precedente, para indagar en él qué tipo de técnicas interpretativas y argumentativas son utilizadas por la Corte y sí, en efecto, se crean o no normas constitucionales, con las que se establece un sistema de precedente judicial obligatorio.

Ahora bien, el principio de clarificación se refiere a que la investigación debe tener como objetivo la aclaración conceptual del discurso sobre el que recae la indagación, es decir, el discurso objeto deberá ser clarificado en algún sentido determinado por el metadiscurso que lo analiza²⁰⁰. En el caso de esta investigación, el discurso de la Corte Constitucional será sometido a clarificación hermenéutico-conceptual, en el sentido de hacer una depuración de las técnicas interpretativas y argumentativas que

¹⁹⁷ Ibidem, pág. 407 – 408.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ Ibidem, págs. 406 – 407.

²⁰⁰ Ibidem, pág. 384 – 386.

se encuentran en su discurso, con el fin de hacerlo más explicativo, lo que a su vez sirve para mostrar el acto de construcción jurídica que constituye el fenómeno normativo denominado “precedente judicial obligatorio”.

En cuanto al principio de captación, este sugiere que en la medida que el discurso (conceptual) va siendo aclarado, el investigador procederá a capturar y a sistematizar las articulaciones conceptuales del discurso en las que captará los aspectos más importantes del fenómeno que dicho discurso expresa²⁰¹; en el caso de esta investigación así se procederá al momento de captar las técnicas interpretativas y argumentativas que están presentes en el discurso de la Corte Constitucional, que se refieren a la construcción de la(s) norma(s) que constituyen el sistema denominado “precedente judicial obligatorio”.

Esta aclaración metodológica es importante en este breve acápite previo que da cuenta del estado de la cuestión, toda vez que en los estudios citados no se ha procedido de esta manera, por lo que, dicho sea de paso, este es uno de los aspectos en los que esta investigación aporta a la discusión general en materia de precedente judicial. En este sentido lo que sigue es precisamente un análisis que da cuenta de cómo el discurso de la Corte Constitucional expresa algunas técnicas de interpretación y argumentación en las que se observa que el “precedente judicial obligatorio” ha sido entendido como un fenómeno normativo que, según la Corte, tiene pleno arraigo en la Constitución Política de 1991.

2. El discurso interpretativo de la Corte Constitucional del “Precedente judicial obligatorio”: análisis con un microscopio teórico analítico del derecho

El siguiente análisis se ha realizado partiendo de las principales sentencias de constitucionalidad (C), de tutela (T) y de unificación (SU) de la Corte Constitucional colombiana dictadas entre los años 1992 a 2020 en materia de precedente judicial²⁰².

²⁰¹ Ibidem, pág. 386 – 390.

²⁰² Para la selección de las sentencias se ha seguido el método análisis dinámico del precedente judicial propuesto por Diego López Medina, el cual se realiza en tres pasos fundamentales: i) el punto arquimédico de apoyo; ii) la ingeniería reversa y; iii) la telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia. El primer paso se procede a la búsqueda de la sentencia arquimédica, es decir la más actual sobre el tema. Se le llama así a esta sentencia en virtud del filósofo Arquímedes que decía: dame un punto de apoyo y moveré el mundo. En el segundo paso se procede a hacer una revisión de los nichos citacionales de esa sentencia, así como de todas las sentencias que se

De un universo preseleccionado de ochenta y tres sentencias, este estudio se ha delimitado al análisis de diecisiete fallos, los cuales son el producto de esa selección²⁰³, en los que, como ya se ha dicho, se detectarán las técnicas interpretativas y argumentativas usadas en el discurso de la Corte para llegar a la construcción de las normas constitucionales implícitas que han contribuido a gestar un sistema de precedentes en Colombia, es decir, se mostrará cómo la guardiana de la constitución realiza actos de construcción jurídica a través de estas técnicas. En fin, en lo que sigue tendremos una aplicación concreta de las descripciones teóricas del capítulo primero.

2.1. La cláusula Angarita: hacia el acto de construcción jurídica

Desde sus inicios, en el año 1992, la Corte Constitucional empezó una batalla por el control de las fuentes del derecho en Colombia²⁰⁴, los magistrados de aquella Corte tenían bien claro el papel político que querían jugar en el nuevo Estado Social de Derecho consagrado por la Constitución Política de 1991²⁰⁵. Querían que la Corte fuese vista como la máxima autoridad de toda la rama judicial y, por tanto, que la parte motiva de sus sentencias tuviesen un valor normativo general, es decir, que sus interpretaciones mediante las cuales se fijaban el contenido de las disposiciones constitucionales fuesen vistas como verdaderas normas jurídicas.

No obstante, para lograr lo anterior, la Corte tenía claro que debía enfrentarse a disposiciones constitucionales como la contenida en el artículo 230 de la Constitución, la cual dice,

deriven de ella y las que se deriven de las que resultan de las otras, reconstruyendo con retrovisor la línea de decisión del punto específico. Lo que conduce al tercer paso en el cual se conforma una telaraña de citas, en la cual se seleccionan los puntos nodales o sentencias más importantes dentro del tema que se está investigando, llegando así una selección decantada de las sentencias que son realmente importantes para efectos del análisis. López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, pág. 167 – 177.

²⁰³ A continuación, se citan las sentencias de la Corte Constitucional colombiana seleccionadas por año. Sentencias: T – 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. T – 414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. T – 494 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. C – 104 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C – 113 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía. C – 131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C – 486 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. C – 083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T – 123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. C – 037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. C – 447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T – 175 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T – 321 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SU – 047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. T – 625 de 2000, M.P. (E) Martha Victoria SÁCHICA Méndez. C – 836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. SU – 1300 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰⁴ López Medina Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, págs. 29 – 35.

²⁰⁵ López Medina Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, págs. 417-459.

“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”.

El problema interpretativo aquí era qué entender por “ley” y qué entender por “jurisprudencia auxiliar”. Sin embargo, en esta primera etapa de la construcción jurídica la Corte no se refirió a esos vocablos, ya que en esta materia solo se limitó a señalar que era “innegable el valor pedagógico e incluso “normativo- general” de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional”²⁰⁶. Podría decirse que, sencillamente, en estos fallos no se asumió la discusión sobre la disposición y se prefirió formular lo que se conoce como la cláusula Angarita²⁰⁷.

Esta cláusula aparecía en las sentencias de la Corte donde el magistrado ponente había sido *Ciro Angarita Barón*²⁰⁸. Se trataba de sentencias de tutela²⁰⁹ donde se resolvían asuntos de protección de derechos fundamentales²¹⁰. Eran sentencias tempranas en relación con la existencia de la Corte y aún no había un debate nacional abierto respecto a cómo considerar sus interpretaciones. No se planteaba aún la idea de la existencia de un sistema de precedente judicial obligatorio, pues se estaba apenas gestando esa posibilidad. Por ello no se abordó esa discusión, pero en la cláusula Angarita se avizoró el futuro hermenéutico de aquello que sería el caso. La cláusula que aparecía en la parte resolutive de las sentencias era esta:

²⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencias T – 406 de 1992, M.P. *Ciro Angarita Barón*.

²⁰⁷ *López Medina Diego Eduardo*, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, pág. 38.

²⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencias T – 406 de 1992, M.P. *Ciro Angarita Barón*. T – 414 de 1992, M.P. *Ciro Angarita Barón*. T – 494 de 1992, M.P. *Ciro Angarita Barón*.

²⁰⁹ Las sentencias de tutela son producto de la acción de tutela reglamentada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. Ésta es entendida como una “acción jurídica procesal de rango constitucional y de carácter judicial, instituida para la defensa de los derechos fundamentales cuando sea que estos resulten amenazados o vulnerados la acción u omisión de cualquier autoridad pública [o por los particulares]. Esta acción podrá instaurarse por cualquier persona, en momento, lugar y ante cualquier juez, siempre que no exista otro medio de defensa judicial que sea eficaz, excepto cuando concurren situaciones que le puedan configurar al accionante un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela podrá ejercerse como mecanismo transitorio”. *Gómez Martínez Diego León*, *El Principio de Inmediatez en la Acción de Tutela. Los argumentos de la interpretación*, Santiago de Cali, Diké y Universidad Santiago de Cali, 2018, pág. 31.

²¹⁰ Es importante aclarar que no se hará referencia a los hechos materiales del caso que se debatieron en las sentencias de tutela citadas, por ser esto innecesario debido al nivel de abstracción del análisis al que está sujeta esta investigación, ya que el objetivo es mostrar cómo la Corte Constitucional ha realizado un acto de construcción jurídica que ella llama “precedente judicial obligatorio” en relación con la interpretación (en sentido amplio) de disposiciones constitucionales y sus correspondientes normas constitucionales creadas. (nota del autor)

“En todos aquellos casos similares [...] la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá **CARACTER OBLIGATORIO** para las autoridades, en los términos del artículo 23 del decreto 2067 de 1991”. (mayúsculas en negrilla del texto original).

En los fallos donde apareció la cláusula Angarita la Corte asumió una posición débil pero estratégica respecto del “precedente judicial obligatorio” y al artículo 230 constitucional. Era débil porque aún no sentaba las bases hermenéuticas de comprensión del texto constitucional en la materia aludida, pero era estratégica porque al no dar la discusión sobre “precedente judicial obligatorio” v.s “jurisprudencia auxiliar” no se enfrentaba a ese “molino de viento” puesto por el constituyente de 1991 y que atormentaba su paso de “quijote” hacia el control del sistema jurídico y sus fuentes. Por ello, prefería mejor incluir en la parte resolutive del fallo esa cláusula donde se refería a: “casos similares”, “doctrina constitucional” y a tales vocablos ataba a las demás autoridades, para casos futuros, a la obligación de seguir su forma de entender la Constitución en sentencias precedentes.

Ahora bien, es importante decir que la Corte no trazaba su estrategia *ex nihilo*, pues como puede apreciarse la cláusula era dictada en los términos de la disposición normativa del artículo 23 del decreto 2067 de 1991. Esa disposición decía originalmente que: “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia”. Con lo que, para la Corte, en este momento histórico, era suficiente para dar por sentado que sus criterios jurisprudenciales eran del todo obligatorios y al mismo tiempo auxiliares, lo que suponía que los jueces podían apartarse de estos dando razones suficientes y adecuadas. Pero la cuestión no era del todo tan clara como parecía ser, pues no era diáfano en ese momento, qué parte era la que constituía “doctrina constitucional”²¹¹

²¹¹ Era también algo llamativo para nuestra cultura jurídica que el término doctrina constitucional tomará de buenas a primeras el rigor de un criterio obligatorio, pues se sabe que ese decreto (2067/91) dictado por ejecutivo de turno, estaba retomando ese término del artículo 8 de la ley 153 de 1887 el cual lo regulaba en la forma de un referente auxiliar en el sistema de fuentes. El artículo dice lo siguiente: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. A pesar de esto el artículo 4 de la misma ley dice: “Los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. Pero a su turno el artículo 17 del Código Civil dispone: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas que fueron pronunciadas. Es por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de

en sus sentencias, así como tampoco era cristalino a que se refería el decreto con aquella relación que parecía contradictoria cuando usaba vocablos como “auxiliar” y “obligatorio” para designar el mismo fenómeno: la obligatoriedad de la doctrina constitucional.

Ahora bien, respecto de estas primeras sentencias en donde aparecía la cláusula Angarita, lo cierto es que no se puede decir nada sobre captación de técnicas interpretativas y argumentativas en relación con el tema “precedente judicial obligatorio” y la interpretación-creación de normas constitucionales implícitas, por las razones anotadas y, además, porque la Corte no se refirió al artículo 230 constitucional, ni interpretó la Constitución en ese sentido, inclusive como se puede notar en la cláusula, solo se hizo referencia a una disposición de rango sub constitucional que se aplicó sin mayor justificación, no obstante las perplejidades lingüísticas y jurídicas señaladas. Pero lo que no puede negarse es el legado que la cláusula dejó para lo que vino después en materia de interpretación constitucional. Por ello, señalar brevemente este primer punto era necesario, pues da un contexto para comprender lo que luego sucedió. La cláusula Angarita es el innegable punto de partida del acto de construcción jurídica de diversas normas constitucionales implícitas en materia de “precedente judicial obligatorio”.

2.2. El comienzo de la construcción jurídica: los primeros argumentos interpretativos

Para el año 1993 la Corte Constitucional ya empezaba a interpretar las disposiciones relevantes de la Constitución en materia de “precedente judicial obligatorio”. Este tribunal comenzaba a mostrar los inicios de su construcción interpretativa y argumentativa. Ya de aquí en adelante contamos con sentencias muy ricas en este contenido, las cuales permiten ser leídas a la luz del referente teórico de esta investigación, pudiéndose captar diferentes técnicas interpretativas y argumentativas en la materia que aquí se estudia.

Los primeros intentos por gestar un producto interpretativo, respecto del artículo 230 de la Constitución Política en relación con la construcción de una serie normas jurídicas de rango constitucional que llegasen decidir el sentido del “precedente

su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”. Por supuesto que conocemos todas las reinterpretaciones que la Corte Constitucional ha hecho sobre estas disposiciones.

judicial obligatorio”, se presentan puntualmente en cuatro sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional²¹². En estas sentencias la Corte empezó a referirse, como lo hiciera hasta nuestros días, en forma constante y más menos clara sobre cómo debía entenderse la disposición piedra angular de nuestro análisis (art. 230 C.P), llegando a sostener varios argumentos interpretativos y creadores de normas, como por ejemplo el argumento de la completitud del sistema jurídico, el argumento sistemático - en sus variantes dogmático conceptual y de la coherencia -, el argumento de la disociación y el argumento finalista. Algunas veces combinándolos con el argumento literalista²¹³; lo interesante del asunto es observar cómo la Corte hace conspirar los argumentos para fines creacionistas.

2.3. Fuentes del Derecho y cosa juzgada constitucional: la jurisprudencia constitucional se desmarca del artículo 230

En la sentencia C – 104 de 1993 la Corte tuvo la primera oportunidad de empezar a fijar el contenido de la Constitución en materia de “precedente judicial obligatorio”. Esta sentencia se dictó como consecuencia de una demanda de constitucionalidad que promovió una ciudadana contra el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989²¹⁴. La ciudadana entendía que este artículo violaba el artículo 230 de la Constitución pues, según ella, tal disposición superior dispone que los jueces en sus providencias están solo sometidos al imperio de la ley, mientras que la jurisprudencia y las otras fuentes del derecho son meros criterios auxiliares de la actividad judicial, por lo que para ella no tenía sentido el recurso de súplica regulado en el artículo demandado, ya que si

²¹² Corte Constitucional, sentencias: C – 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero. C – 113 de 1993, M.P Jorge Arango Mejía. C – 131 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero. C – 486 de 1993, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹³ Recuérdese que por argumento literalista o argumento del “significado propio de las palabras” ha entenderse como “una familia de argumentos que invocan el respeto a la formulación de la norma, concebida como límite de la interpretación: ésta no puede proporcionar cualquier significado. Se trata del argumento interpretativo por antonomasia; cualquier atribución de un sentido a una disposición, en particular si es canónicamente formulada, no puede ignorar la formulación de esta. Aunque necesaria, sin embargo, la interpretación literal nunca es suficiente; limitarse a ella sin pensar en la aplicación, a menudo, puede ser peligroso: por ejemplo, la entrada en el parque no puede estar prohibida a una ambulancia o a un coche de policía solo porque, al pie de la letra, se trata de vehículos”. Barberis Mauro, Introducción al estudio del Derecho, Lima, Palestra, 2015, pág. 214.

²¹⁴ Recuérdese que el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989 decía: Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación. En el evento en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia.

constitucionalmente la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, no sería posible exigir, bajo ese recurso, que las decisiones del Consejo de Estado quedaran sometidas a la jurisprudencia de su sala plena.

Vale decir que la ciudadana accionante partía de una lectura estricta y literalista del artículo 230 de la Constitución, pues ateniéndose al tenor literal de las palabras usadas en la disposición entendía que, a su texto, la palabra ley, era sinónimo de ley formal, es decir, la expedida por el Congreso de la República en virtud del proceso de expedición legislativa y, por jurisprudencia, comprendía decisiones judiciales inferiores a la ley, siendo así auxiliares y secundarias. Motivando con sus apreciaciones que la Corte se pronunciara sobre ese aspecto en sentido interpretativo, pero también mostrando con esto que la indeterminación de las disposiciones contenidas en las fuentes formales del derecho no solo se da por motivos alusivos su texto, sino también por motivos de contexto y de co-texto. Ya que por razones de contexto el sentido del texto normativo puede variar según sus condiciones de aplicación. Mientras que debido al co-texto, esto es, cuando se tienen en cuenta, en pro de la interpretación sistemática, otras disposiciones normativas (constitucionales o legales), inclusive ciertos principios generales del derechos o conceptos dogmáticos, ese sentido puede ser variado²¹⁵; tal como lo hizo la Corte en dicha sentencia.

Así las cosas, la Corte al resolver sobre la constitucionalidad de la disposición decidió su exequibilidad, pues a su juicio nada había de inconstitucional en el artículo del decreto demandado. Para ello “interpretó” la Constitución y sostuvo varios argumentos interpretativos y creadores de normas. El primero de ellos fue un argumento de la completitud de la disciplina jurídica, el cual constituye el primer argumento creador de normas constitucionales usado por la Corte para empezar a abrir el sendero que llegase a constituir la idea normativa del “precedente judicial obligatorio”. En ese sentido, el tribunal constitucional, al referirse al asunto del sistema de fuentes del Derecho sostuvo este argumento, con el cual indicó que,

“Por otra parte el ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto de normas que constituyen un "sistema". Es por ello que propiamente no se puede hablar de lagunas de derecho, pues entre las fuentes formales principales -la ley en sentido material- y las fuentes formales auxiliares -las

²¹⁵ Barberis Mauro, op. cit., p. 214 – 215.

demás-, se establece lo que Cossio denominaba la "plenitud hermética del derecho", en virtud de la cual aquello que no esté prohibido está permitido pero, en todo caso, todas las situaciones jurídicas están previstas por el sistema que conforma el ordenamiento jurídico"²¹⁶.

Nótese que con este argumento la Corte abría camino para una familia de argumentos que llegarían definir el sentido del artículo 230 superior, pero aún no se refería a él en forma directa, situación que desde el punto de vista de los argumentos de la interpretación es entendible, pues éste suele usarse en forma auxiliar y subsidiaria, pues se trata de un argumento incompleto que viene a reforzar la decisión del intérprete en relación a la atribución de significado a concretas disposiciones normativas respecto de situaciones o comportamientos no cualificados expresamente. Por ello el intérprete funda su atribución de significado, en primera instancia en este argumento, para luego, basado en su aceptación, elegir otros argumentos que, a posteriori, son usados por él mismo y que sirven, aparentemente, para incluir o excluir tales situaciones o conductas del ordenamiento jurídico. Aspecto por el cual es claro que este argumento se termina asumiendo, en procesos interpretativos, como "principio" general productivo de normas nuevas²¹⁷.

El hecho de que este sea el primer argumento que usa la Corte en la primera sentencia que abre el camino de la discusión hacia el "precedente judicial obligatorio" es de suyo bien sugerente, pues como se puede observar, tal como sostiene Tarello, es un argumento que prepara el camino para el uso cualquier otro razonamiento con el que la voluntad del intérprete quiera decidir el sentido de una disposición; tal como lo hace la Corte. Además, porque se trata de un argumento que goza de una fuerza persuasiva impresionante debido su alto grado de aceptación en la cultura jurídica moderna, que sostiene ideológicamente el dogma de la completitud del derecho a través de un argumento retórico que opera con fines prácticos²¹⁸ en sistemas jurídicos retóricos, como es el de decidir significado en sede interpretación, ya que en estos sistemas, las normas jurídicas que representan sus disposiciones, son derivaciones de éstas que

²¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

²¹⁷ Tarello Giovanni, La interpretación de la ley, Lima, Palestra, 2013, pág. 323.

²¹⁸ Ibidem, pág. 323 – 324.

se expresan a través de propuestas retóricas de significado que no tienen el carácter de una demostración lógica²¹⁹.

Ahora bien, visto que el argumento de la completitud del sistema jurídico es considerado como productor de nuevas normas o que sirve para tales fines, es momento de continuar con los otros argumentos presentes en la sentencia que estamos analizando. La Corte, pues, continuó con su discurso constructor de nuevas normas constitucionales y, para los efectos de su decisión interpretativa, adujo el argumento sistemático – en su variante dogmático conceptual –. Con este argumento la Corte se refirió al concepto de “*jurisprudencia*”. Con esto era evidente que se enfrentaba al artículo 230 constitucional, sin embargo, aún se negaba a citarlo en su exposición argumentativa, en la cual dijo,

“La jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma uniforme. En el derecho comparado se distinguen dos grandes sistemas en función del papel atribuido a la jurisprudencia como fuente de derecho. De un lado, en el sistema anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, la jurisprudencia es la fuente principal de derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes. Se enfatiza en la noción de “precedente”. La ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, en el sistema latino, más especulativo y abstracto, la ley escrita es la principal fuente de derecho. La jurisprudencia ocupa un lugar secundario. Colombia es heredera de la tradición jurídica latina. El derecho romano en

²¹⁹ Recuérdese enfáticamente que “los sistemas jurídicos retóricos se componen de dos conjuntos de enunciados: disposiciones normativas y normas. En cada momento determinado, las disposiciones constituyen un conjunto finito de enunciados, normalmente establecidos por alguna autoridad ética; piénsese, por ejemplo, en los enunciados que configuran un código moral, religioso jurídico. Las disposiciones normativas son los enunciados primitivos de un sistema jurídico retórico. En contraste las normas son enunciados derivados: son, más bien, consecuencias retóricas de disposiciones normativas. Su derivación de las disposiciones normativas no tiene, en efecto, carácter de demostración (aunque pueda ser presentada o reconstruida en forma de inferencia deductiva), sino que depende, más bien, de formas de razonamiento vueltas a persuadir de su corrección, haciendo apelo a reglas de transformación “evidentemente valiosas”, “aceptables” o “razonables”, que pertenecen directa o indirectamente al reino de la retórica, esto es, al dominio del razonamiento retórico. Un sistema normativo retórico se puede caracterizar, por tanto, como la combinación de un conjunto finito de disposiciones normativas con la totalidad de las normas que representan las consecuencias retóricas de ese conjunto finito de disposiciones”. Chiassoni Pierluigi, El problema del significado jurídico, Ciudad de México, Fontamara, 2019, págs. 56 -57.

materia privada y el derecho francés en materia administrativa siempre han ejercido una gran influencia sobre el ordenamiento normativo nacional. Es por ello entonces que en Colombia la jurisprudencia administrativa tiene en principio una fuerza jurídica secundaria. Ella orienta, auxilia, ayuda y apoya la decisión del juez, el cual se basa esencialmente en la ley; en ningún momento, ella sola, puede servir de fundamento principal o exclusivo para justificar una decisión. Este principio, empero, encuentra una única excepción en la jurisprudencia constitucional²²⁰.

Hay varias cosas que decir analíticamente de este argumento. Obsérvese que, aunque la Corte está lidiando con el asunto de las fuentes del derecho consagradas en el artículo 230 de la Constitución, no se refiere (no cita) la disposición. Prefiriendo sostener el argumento detectado, con el cual hace referencia dogmáticamente a cómo ha sido entendido el término jurisprudencia, haciendo alusión a una distinción clásica, dada en estudios de derecho comparado, que da cuenta del *civil law* y del *common law*²²¹, distinguiendo así la jurisprudencia del precedente y, bajo ese orden de ideas

²²⁰ Corte Constitucional, sentencia C – 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

²²¹ Esta distinción suele ser presentada en la dogmática estándar de los comparatistas como por ejemplo en el libro, ya clásico, de Rene David y Camille Jaufret-Spinosi, donde se sostiene que la existencia de un “criterio para evaluar el papel de jurisprudencia [con el cual se deja claro que] el papel que se le atribuye a las resoluciones judiciales, entre las fuentes del derecho, opone a los derechos de la familia romano-germánica con los de los países del common law. Es con el common law que nos esforzaremos en precisar diferencias las diferencias con los derechos romano-germánicos para concluir que estas diferencias son de detalle”. David Rene y Camille Jaufret-Spinosi, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pág. 97. Puede observarse que esas diferencias de detalle que señalan los autores citados se refieren precisamente, entre otras a que la jurisprudencia sea vista como una fuente auxiliar de derecho en países de tradición civil law, mientras que en países de tradición common law el precedente es visto como una fuente principal de derecho, (nota del autor). Esta idea puede ser rastreada, por ejemplo, en diversos autores (no comparatistas) como: Aguiló Regla Josep, Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Barcelona, Ariel, 2000, págs. 112 – 115. Ross Alf, Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico – dogmáticas, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 154 – 179. Barberis Mauro, Introducción al estudio del Derecho, Lima, Palestra, 2015, págs. 128 – 129. Atienza Manuel, El sentido del Derecho, Barcelona, Ariel, 2018, págs. 237 – 242. Kelsen Hans, Teoría General del Estado y del Derecho, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, págs. 177 – 178. Gómez Martínez Diego León, Acción de Tutela contra Sentencia de Casación. Un análisis crítico, Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, 2010, págs. 42 – 46. Deik Acostamadiedo Carolina, El precedente contencioso administrativo. Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pág. 20 – 26. Cárdenas Mejía Juan Pablo, El precedente en el derecho colombiano: ¿un juez creador de derecho? La perspectiva del derecho civil en Justicia y Democracia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017, págs. 49 – 50. López Medina Diego Eduardo, Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Bogotá, Legis, 2004, pág. 456. García – Berrio Hernández Teresa, La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del Derecho en constante renovación, en revista Foro, Nueva época, número 4, 2006, págs. 149 – 151. Gómora Juárez Sandra, Un análisis conceptual del precedente judicial, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2018. pág. 33. Estas citas de diferentes autores de

señala que, en efecto, Colombia pertenece a un sistema de *civil law* donde la jurisprudencia es un criterio auxiliar para los jueces. En este punto, la Corte sugiere una lectura dogmática conceptual, haciendo uso del argumento sistemático, a través del cual construye normas constitucionales a partir de la disposición constitucional expresa (art. 230 C.P) que regula la materia, pero adicionando ulteriores premisas de conceptos dogmáticos que circulan en la cultura jurídica²²², de los cuales la Corte dispone para el fin pragmático de la decisión de sentido de la Constitución y su evidente construcción jurídica.

Con lo anterior, la Corte propone desde su óptica la no contradicción del sistema jurídico, con lo que puede verse cómo la variante de la coherencia del argumento sistemático conspira con la dogmática-conceptual y, establece una norma constitucional, la cual expresa a todas luces que, al tratarse de un sistema de *civil law*, la jurisprudencia debe entenderse como una fuente auxiliar del sistema jurídico; el alto tribunal parece estar haciendo una interpretación literal del artículo 230. La Corte, pues, formula una norma constitucional a partir de criterios dogmático – conceptuales y, luego, préstese atención a ello, formula una excepción a la norma construida, la cual exceptúa de la auxiliaridad a la jurisprudencia constitucional; en esta etapa temprana de la construcción jurídica de la norma constitucional: “precedente judicial obligatorio”, todavía no se construye una norma general en cuanto a todas las decisiones judiciales de las más altas Cortes, de los Tribunales y de los jueces de instancia²²³, sino que la obligatoriedad del precedente estará reservada para las sentencias de la propia Corte.

Esta excepción es, sin duda, la primera forma, aunque tímida, con que la Corte va a intentar derrotar la norma literal que se expresaría en la disposición contenida en el

varias latitudes del mundo muestran que la distinción entre jurisprudencia (auxiliar) y precedente (obligatorio), en relación con la distinción *civil law* – *common law*, es un asunto dogmático conceptual.

²²² Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 2011, pág. 358.

²²³ Recuérdese que el sistema judicial colombiano reglamentado en la Constitución Política de 1991 consagra la existencia de varias jurisdicciones: la jurisdicción ordinaria, que tiene como máxima autoridad a la Corte Suprema de Justicia (art. 234); la jurisdicción contencioso administrativa, que tiene como máxima autoridad al Consejo de Estado (arts. 236 y 237); la jurisdicción constitucional que tiene como máxima autoridad a la Corte Constitucional (arts. 239 y 241); y la jurisdicción disciplinaria en cabeza de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial de Consejo Superior de la Judicatura (arts. 254, 256 y 257A). En cada jurisdicción hay Tribunales Superiores de Distrito Judicial, excepto en la constitucional y en la disciplinaria que hay Consejos Seccionales en los distritos. En la jurisdicción ordinaria se reparte en sus competencias en materia civil (y agraria), laboral y penal en las que actúan los Tribunales Superiores, los jueces del circuito, municipales, de pequeñas causas y competencia múltiple (nota del autor).

artículo 230 constitucional. Sin embargo, el alto tribunal apostaría toda su voluntad interpretativa a que la jurisprudencia constitucional fuese entendida como obligatoria sin entrar en discordancia con el enunciado normativo: “la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial”. Por ello, según ella, habría una excepción en relación con este último, que constituiría una condición negativa de su aplicación.

En tal sentido, recuérdese que cualquier norma jurídica puede reconstruirse o construirse a la manera de un enunciado condicional, expresado a partir de un antecedente y un consecuente, como que: “*Si J entonces A*”, es decir, “*si jurisprudencia entonces auxiliaridad*”, en donde el antecedente *jurisprudencia* visto como un supuesto de hecho y el consecuente *auxiliaridad* establece un conjunto de consecuencias jurídicas, como es el caso de obligaciones, permisos, prohibiciones, sanciones, validez o invalidez de ciertos actos (como que los jueces pueden o no apartarse de las decisiones judiciales precedentes, cómo pueden hacerlo y qué consecuencias habrá si se apartan sin justificación).

No obstante, visto el sistema jurídico en su conjunto, puede suceder que el intérprete construya excepciones implícitas, como condiciones negativas de aplicación de la norma expresa de una disposición concreta. Ese tipo de circunstancias excepcionales terminan por derrotar la norma expresa en pro de la voluntad interpretativa. Teniendo esto como consecuencia que para la norma derrotada no valga el refuerzo del antecedente y, por ende, que no sea válida una racionalidad tipo *modus ponens*: Si p entonces q. Esto quiere decir, que de: “*Si J entonces A*”, no se seguirá siempre la misma consecuencia, pues el antecedente no es condición suficiente para que se dé el consecuente. La norma derrotada está sujeta a excepciones que no están expresadas ni son finitas, pues son fruto de la voluntad interpretativa²²⁴.

Lo anterior es importante en el sentido de que la norma inferida por la Corte, a través del argumento sistemático – en su variante dogmático conceptual –, es tratada como un tipo norma implícitamente derrotable (art. 230 C.P), pues la consecuencia que reglamenta (auxiliaridad de la jurisprudencia) es sujeta a condiciones negativas implícitas de aplicación que, bien vistas las cosas, no se extraen de la literalidad de su formulación, sino de otras normas que, según la Corte, son aplicables a la

²²⁴Guastini Riccardo, Nuevos estudios sobre la interpretación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, págs. 183 – 184.

situación²²⁵. Por ejemplo, las que podría contener el artículo 243 de la Constitución Política²²⁶, en el cual la Corte dice encontrar la excepción a la norma “inferida” y de la que, según su voluntad interpretativa, se deriva que la jurisprudencia constitucional no es auxiliar, sino que constituye un criterio obligatorio para los jueces. Lo cual dará lugar a un nuevo argumento creador de nuevas normas, el cual pasamos a explicar a continuación.

Como puede observar el lector atento, la Corte ha empezado a hacer una distinción que será importante para el futuro, a la hora de expresar las normas constitucionales construidas que llevaron la formulación del “precedente judicial obligatorio”. La distinción se refiere a la diferenciación entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales (de Colombia), lo que incluye a las demás altas cortes²²⁷. Esta distinción será un argumento recurrente de la Corte para diferenciarse de los demás jueces del país a través de una muy discutida supremacía orgánica, institucional e incluso jerárquica en la rama judicial y, en general, en el Estado; este punto específico lo trataremos en capítulo cuarto de este estudio.

Así, pues, al hablar de esta distinción desde luego aludimos al argumento de la disociación, con el cual la Corte abordará el artículo 243 de la Constitución y, por primera vez, se referirá en forma expresa al artículo 230. El argumento de la disociación es usado por el al tribunal, como un argumento creador de nuevas normas constitucionales, que tendrá una doble utilidad. Por un lado, se construirán las normas implícitas a partir de las disposiciones constitucionales del 243 y del 230 y, por otro, interpretará esta última en forma literal, para derrotarla a favor de la jurisprudencia constitucional, la cual quedará desmarcada para siempre del mismo. El argumento de la Corte es este,

²²⁵Chiassoni Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 328

²²⁶ Recuérdese que el artículo 243 de la Constitución Política de Colombia, dice: “Los fallos que Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

²²⁷ En palabras de la propia Corte: “Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país -en la que se encuentra la del Consejo de Estado-, existen semejanzas y diferencias”. Corte Constitucional, sentencia C – 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

“Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional - art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”²²⁸.

Como puede observarse la Corte disocia el término “jurisprudencia” contenido en el artículo 230 de la Constitución. Distingue la jurisprudencia constitucional de la jurisprudencia de los demás tribunales y jueces. Recuérdese que, como se dijo en el primer capítulo, el argumento de la disociación es un argumento creador de nuevas normas, típico de la interpretación restrictiva, ya que con él se restringe el sentido de una disposición normativa, para excluir la aplicación de su literalidad a un supuesto de hecho que estaría contenido ella, según una posible interpretación literal.

Así las cosas, nótese lo que hace la Corte. Primero se parte del artículo 230, es decir, del enunciado normativo “la jurisprudencia es criterio auxiliar de actividad judicial”. Segundo se realiza el acto de disociación, el cual consiste en tomar un término de la disposición: “jurisprudencia”, para el caso que nos ocupa. Tercero la técnica disociadora procede a subdividir ese término en subclases terminológicas: “*jurisprudencia constitucional* y *jurisprudencia de los demás tribunales y jueces*”, como subclases del término “jurisprudencia”. Cuarto, se procede con la operación de interpretación restrictiva: la “jurisprudencia constitucional” está excluida, según la Corte, como hipótesis fáctica regulada por la literalidad del artículo 230 de la Constitución. Sexto, se traslada intencionalmente la aplicación de ese supuesto de hecho a una disposición diferente: el artículo 243 constitucional, como en efecto es el caso, para lograr el acto de construcción jurídica, que termina por crear la norma constitucional: “la jurisprudencia constitucional es obligatoria para los jueces en sus decisiones futuras”. Obsérvese como a través de la fina técnica de la disociación la Corte desmarca a la jurisprudencia constitucional del artículo 230.

²²⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

2.4. La cosa juzgada constitucional y sus efectos erga omnes

Ahora la Corte va a insistir en la interpretación del artículo 243 de la Constitución Política, para ello propone un argumento teleológico en otra sentencia constitucional²²⁹. Este fallo se profiere como consecuencia de la acción de inconstitucionalidad de tres ciudadanos que demandaron el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991²³⁰. Para ellos el artículo resultaba inconstitucional principalmente por dos razones: i) porque omitía la favorabilidad en materia laboral; ii) porque ese decreto, al ser dictado por el Presidente de República no podía establecer regímenes diferenciales en materia laboral y penal. Frente a estas pretensiones el alto tribunal declara la inexecutablez del artículo acusado, bajo la idea principal que al Presidente de República no le correspondía fijar los efectos de sus fallos, sino única y exclusivamente a ella misma.

Esta sentencia es importante para este estudio, en tanto es una oportunidad para el alto de tribunal de continuar con la construcción jurídica del “precedente judicial obligatorio”, en relación con la disposición contenida en el artículo 243 de la Constitución, en el cual se reglamenta la cosa juzgada constitucional y sus efectos erga omnes. La Corte presenta el siguiente argumento,

“El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que "son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares". Declaración que, en rigor, no quita ni pone rey, por ser redundante. Pues el hacer *tránsito a cosa juzgada*, o el tener “el valor de cosa juzgada constitucional”, no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general. [...] Y la sentencia firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto *erga omnes*, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad”²³¹.

²²⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 113 de 1993, M.P Jorge Arango Mejía.

²³⁰ El artículo 21 del decreto 2061 de 1991 decía: "Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad *en materias penal, policiva y disciplinaria* y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución". (en bastardilla lo demando)

²³¹ Corte Constitucional, sentencia C – 113 de 1993, M.P Jorge Arango Mejía.

Como puede verse, para la Corte es claro que el hecho de que el enunciado normativo contenido en el artículo 243 de la Constitución señale que las sentencias que “dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional” y que por ello sean obligatorias es una declaración ociosa, pues toda sentencia está destinada a hacer tránsito a cosa juzgada y a ser obligatoria. Por tanto, lo que es relevante para la Corte es que sus sentencias provienen de acciones públicas de inconstitucionalidad. El alto tribunal observa que lo determinante es que la cosa juzgada constitucional proviene de este tipo de acciones, las cuales tienen por “naturaleza” la defensa del orden jurídico (de preferencia la Constitución) y por “finalidad” la expulsión del sistema de disposiciones y normas que sean vistas como inconstitucionales, así como la protección de derechos protegidos constitucionalmente²³². Esa “Naturaleza” y esa “finalidad” justifican los efectos erga omnes de ese tipo de fallos, según la Corte.

Por ello sostiene ese argumento finalista. Recuérdese que el argumento teleológico no refiere a la finalidad perseguida por el constituyente, sino a una supuesta la finalidad “objetiva” perseguida por la norma. Por ende, se trata de un argumento creador de nuevas normas en el sentido que, vista la cosa juzgada constitucional, en relación con el tipo de acciones de las que proviene, su finalidad no es otra de ser obligatoria para todas las autoridades y los particulares, es decir, de tener efectos erga omnes. En eso, pues, consiste el asunto, la Corte enfile su voluntad interpretativa bajo el carisma retórico de un argumento finalista que le permite construir una norma constitucional, en virtud de la cual: si cosa juzgada constitucional, en sentido finalista, entonces efectos obligatoriedad para casos futuros.

2.5. Ley formal y material. Cosa juzgada explícita e implícita

Como ya se observó, en un primer momento, la Corte se ha esmerado por desmarcar la jurisprudencia constitucional del artículo 230 en lo que concierne a la auxiliaridad regulada en su inciso segundo. No obstante, la Corte intentará volver este artículo en una importante sentencia de constitucionalidad²³³, pero ahora a su

²³² Moreno Millán Franklin, La acción pública de inconstitucionalidad. Efectos temporales de los fallos, Bogotá, Leyer, 2008, pág. 17.

²³³ Corte Constitucional, sentencia C – 131 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

inciso primero, dejando a un más claro que su intención había sido desmarcarse del inciso segundo. Después de todo, el texto del inciso primero resultaría muy útil para el acto de construcción jurídica del “precedente judicial obligatorio”.

En esta sentencia la Corte decide sobre una demanda de constitucionalidad contra el inciso 2 del artículo 2 y del artículo 23 del decreto 2067 de 1991²³⁴. En la demanda se plantea, en relación con este último artículo, que resulta violatorio de la Constitución, porque transgrede el sistema fuentes del derecho establecido en su artículo 230, el cual consagra la ley (expedida por el legislador) como fuente principal y la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial y, por tanto, no se debió haber incluido el término “obligatorio” en el artículo demandado; además que no se explica cómo lo auxiliar puede ser al mismo tiempo obligatorio, por tratarse de términos antinómicos. Frente a esta postura la Corte declara la inexecutable de dicho término fundada en dos razones: i) el ejecutivo no tiene la facultad para fijar los efectos de los fallos de la Corte y, ii) esa facultad es exclusiva de la Corte, dada su independencia y sus funciones.

En aquella sentencia la Corte sostiene dos argumentos de la disociación, los cuales son productores de nuevas normas constitucionales por las razones ya expresadas²³⁵. Así, pues, el primero de estos argumentos se concentra en el primer inciso del artículo 230 de la Constitución: “los jueces, en sus providencias, solo

²³⁴ Solo se reproducirá el texto del artículo 23 del mencionado decreto, ya que es el que resulta provechoso para el entendimiento del asunto aquí estudiado. Dicho artículo decía lo siguiente: “La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia”. (se subraya el aparte demandado). Recuérdese que este era el artículo que se usaba en la cláusula Angarita para señalar la obligatoriedad de la doctrina constitucional desarrollada en las sentencias de la Corte. Teniendo que lidiar por un lado con la auxiliariad jurisprudencial consagrada en el artículo 230 constitucional y, a su vez, con ambigüedad terminológica del citado artículo 23, pues este consagraba que la doctrina de la Corte debía verse, a la vez, como auxiliar y obligatoria. Como bien se sabe el aparte demandado fue declarado inexecutable, lo que parecía sugerir que el alto tribunal por fin comulgaba con la idea expresada en la literalidad del 230, pero como se ha mostrado, esa “declaratoria de inexecutable contra todas las apariencias, no implica una renuncia total de la Corte a la posibilidad de hacer sus sentencias obligatorias, siguiendo un pequeño artilugio argumentativo que ya había aparecido en su hermana gemela, la C-113/93. El punto requiere una explicación: el fundamento de estas dos sentencias de la Corte es la exigencia de independencia institucional por parte de la Corte. El artículo 23 es parcialmente inexecutable porque, mediante la palabra “obligatoria” el legislador extraordinario (el ejecutivo en este caso) ha fijado el alcance de las sentencias de la Corte, misión que orgánicamente le pertenece exclusivamente a ella misma. [...]” López Medina Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Bogotá, Legis, 2007, (nota a pie de página número 16), pág. 37.

²³⁵ Para no caer en la repetición, en adelante solo se volverá sobre la explicación de argumentos de la interpretación que no se hayan explicado en este capítulo para el fenómeno específico. Por tanto, cuando el argumento ya haya sido elucidado solo se mostrará en su especificidad fenomenológica. (nota del autor)

están sometidos al imperio de la ley”. Vale decir que esta es la primera vez que alto tribunal encuentra en la disposición citada un nicho importante para la justificación de su voluntad interpretativa. Este va a ser un primer argumento disociador sobre el término “ley” de dicho enunciado normativo, el cual luego será refinado en pro del “precedente judicial obligatorio”²³⁶, con lo que desde luego se construirán otras normas constitucionales. La Corte, pues, dice lo siguiente,

“Las fuentes están pues constitucionalmente clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía: - Fuente obligatoria: el "imperio de la ley" (inciso 1°). - Fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (inciso 2°). Ahora bien, por la expresión "imperio de la ley" debe entenderse ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP-”²³⁷.

Como puede apreciarse, el alto tribunal señala que en efecto el artículo 230 constitucional consagra un grupo de fuentes del derecho principales y auxiliares. Con lo que en efecto se parte de su interpretación literal, la cual se concentra en el término “imperio de la ley”, el cual es disociado en dos subclases terminológicas, con las que declara que se debe distinguir entre ley (en sentido) material y ley (en sentido) formal. Por ley material, dice la Corte, deberá entenderse: “norma vinculante de manera general”. Mientras que por ley formal: “la expedida por el órgano legislativo”.

²³⁶ Por ejemplo, en la sentencia C-486 de 1993, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte volvería sobre a recalcar el mismo argumento de la disociación sobre el vocablo “ley” contenido en artículo 230 de la Constitución, volviéndolo a dividir en las mismas subclases terminológicas, es decir, se plantearía de nuevo la idea de distinguir entre ley formal y ley material. Entendiendo de nuevo por ley formal la ley expedida por el Congreso de la República y por ley material todo el ordenamiento jurídico. Por tanto, la norma constitucional construida por la Corte a partir de este argumento sería que el enunciado normativo del inciso primero del 230 constitucional: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, debería ser entendido como que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio del *todo el orden jurídico*”. En ese orden de ideas la Corte diría, en ese fallo, que esta debería entenderse como la plena garantía de la independencia judicial en relación con cualquiera otra institución pública o privada. Esta sentencia empieza a mostrar que la Corte empezaría a amparar “el precedente judicial obligatorio” en el primer inciso del 230 bajo la idea del sometimiento de los jueces a todo el orden jurídico, teniendo como fundamento la independencia judicial. Sin embargo, hasta este momento no será claro en el expreso discurso de la Corte si la jurisprudencia entra o no en el término escogido a través del acto disociador. (comentario del autor)

²³⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 131 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

Nótese el efecto del argumento de la disociación: al disociar el término “ley” la Corte logra traducirlo en “norma vinculante de manera general”. En este punto de su argumentación, el alto tribunal todavía no es claro para que se hace esa traducción de sentido. No obstante, a través de una técnica de interpretación sistemática, señala que ese entendimiento es una consecuencia de observar que el artículo 4 de la Constitución Política consagra la supremacía constitucional, es decir, un argumento sistemático – en su variante de la coherencia – conspiraría en este caso con el de la disociación, pues una postura distinta (como la de la demandante), devendría en una antinomia entre las normas (literales) expresadas en el primer inciso del artículo 230 y en el primer inciso del artículo 4²³⁸. Por ello la Corte prefiere construir la norma constitucional que regula que *los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de las normas vinculantes de manera general*, teniendo a la Constitución como la fuente formal suprema, lo que disuelve la lectura antinómica de la otra postura; en una sentencia posterior la Corte sostendrá que entender el vocablo “ley” de esa forma será determinante para la “obligatoriedad del precedente”, pues según ella ahí se encuentra contenido el precedente judicial²³⁹.

Habiendo dejado planteado el argumento anterior, la Corte vuelve su atención, en la misma sentencia, sobre el artículo 243 de la Constitución para, de nuevo con la técnica de la disociación, crear otra norma constitucional en favor de su objetivo fundamental: “precedente judicial obligatorio”. Con miras a ese horizonte hermenéutico el alto tribunal vuelve sobre el término de la cosa juzgada constitucional contenido en el texto de dicha disposición. Recuérdese que dicho

²³⁸ Recuérdese que el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia consagra: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

²³⁹ En este sentido la Corte Constitucional en C – 539 de 2011 sostuvo que “De otra parte, el artículo 230 constitucional, en relación con el sistema de fuentes colombiano, establece que las autoridades judiciales, están sometidas al “imperio de la ley”, respecto de cuyo concepto la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley [...] Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”.

artículo reglamenta que: “Los fallos que dicte la Corte en ejercicio del Control jurisdiccional hacen tránsito a *cosa juzgada constitucional*” (cursivas fuera del texto). Por ello sobre este enunciado normativo se planteará un problema interpretativo, se preguntará sobre qué parte de sus sentencias hacen tránsito a cosa juzgada, cual parte del fallo tiene fuerza de la cosa juzgada constitucional. Pues bien, he aquí su respuesta, he aquí el argumento,

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corre los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”²⁴⁰.

Préstese atención al uso de la técnica de la disociación y su efecto creativo de nuevas normas. Nótese que la Corte al contestar su propia pregunta empieza por señalar que las sentencias en general hacen tránsito a cosa juzgada en doble vía, pues tanto en la parte resolutive como en la parte motiva se presenta dicho fenómeno. Luego de plantear esto el alto tribunal se concentra en disociar el término “cosa juzgada” en dos subcategorías terminológicas denominadas: i) cosa juzgada explícita y, ii) cosa juzgada implícita. Esto para pasar a indicar que la cosa juzgada explícita está contenida en la parte resolutive de la sentencia, mientras que la cosa juzgada implícita es propia de la parte motiva del fallo que guarda unidad de sentido y fundamenta la parte resolutive. Así queda, pues disociado el término indicado.

²⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C – 131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Así las cosas, la Corte pasa a ocuparse de la cosa juzgada constitucional. En relación con esta señala que las sentencias de constitucionalidad tienen cosa juzgada constitucional explícita en su parte resolutive, en virtud de lo establecido expresamente en el artículo 243 constitucional. Luego manifiesta que las mismas sentencias también tienen cosa juzgada implícita en su parte motiva, la cual *en principio* es un criterio auxiliar o no obligatorio según lo establecido en el artículo 230 superior. Obsérvese que el efecto del acto disociador es tener como consecuencia que la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, la cual ya no solo se desmarca del segundo inciso de la disposición del 230, sino que ahora emprende la fuga hacia otras disposiciones constitucionales, hacia las cuales redirige la cosa juzgada constitucional implícita, como las consagradas en los artículos 241²⁴¹ y 4, restringiendo el sentido del 230, en el sentido de excluir de su aplicación a la jurisprudencia constitucional. Es así como expresamente argumenta la Corte,

“Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es *norma normarum*, de conformidad con el artículo 4° idem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son *erga omnes*, según se desprende del propio artículo 243 constitucional”²⁴².

Ahora bien, es importante resaltar en este punto que el término *cosa juzgada constitucional implícita* es el mismo que el alto tribunal usará después para referirse al concepto de *ratio decidendi* en una de las sentencias más importantes sobre la materia del “precedente judicial obligatorio”²⁴³, es decir, los dos términos podrían calificárseles de sinónimos en el discurso de la Corte, pues los trata en forma idéntica²⁴⁴. Sobre esto

²⁴¹ Recuérdese que el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia reglamenta en su primer inciso: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo [...]”.

²⁴² Corte Constitucional, sentencia C – 131 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

²⁴³ Corte Constitucional, sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

²⁴⁴ Sobre este punto vale una aclaración panorámica: “[...] tiene fuerza obligatoria, además de la parte resolutive, la zona de la parte motiva del fallo que la Sentencia C-131 de 1993 llamara “cosa juzgada implícita”, que se sentencia C-083 de 1995 llamara “doctrina constitucional integradora” y que como se verá más adelante, la Corte comenzará vincular luego al concepto de *ratio decidendi* del fallo”. Quinche Ramírez Manuel Fernando, El precedente judicial y sus reglas. Con el precedente del Consejo de Estado y la Corte Interamericana, Bogotá, ediciones Doctrina y Ley, 2016, pág. 70.

volveremos más adelante. Por ahora solo es relevante mostrar que la norma constitucional construida a través de la técnica de la disociación es que: *la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad que guarden nexo de causalidad o relación con el resuelve deberá ser entendida como obligatoria por parte de las autoridades* o, con otras palabras: *es obligatoria la cosa juzgada constitucional implícita*. Norma que, según la Corte, emana de los artículos 4, 241 y 243 de la Constitución Política.

Finalmente, la Corte sostiene un argumento sistemático – en su variante dogmático conceptual –, mediante el que expresa una técnica de construcción de normas implícitas, según la cual los actos jurídico-constructores se hacen conforme a teorías o conceptos dogmáticos, que los juristas han construido en una determinada cultura jurídica. Préstese atención al siguiente argumento,

“Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación -guardiana de la integridad y supremacía de la Carta-, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior”²⁴⁵.

En este argumento puede observarse que la Corte cierra, en esta sentencia, su acto de construcción jurídica diciendo que su forma de leer la Constitución, en relación cosa juzgada constitucional implícita, es conforme a la *seguridad jurídica*. Se trata, pues, de una referencia a un concepto dogmático, que por demás no queda definido en el fallo²⁴⁶. Nótese que el alto tribunal no reconduce en este caso la norma construida una disposición expresa, tan solo se limita a decir que una interpretación contraria a la que

²⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 131 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

²⁴⁶ En relación con su concepto dogmático, por seguridad jurídica se ha entendido como un concepto de doble vía que cuenta de aspectos formales y materiales de los sistemas jurídicos. Por seguridad jurídica formal se entiende como aquella característica según la cual los derechos se encuentran positivizados en las fuentes formales del derecho de un determinado ordenamiento donde los órganos de aplicación estatal dirimen las controversias sociales jurídicamente. De otro lado por seguridad jurídica material se ha comprendido como aquella propiedad de los ordenamientos que refieren a la eficacia jurídico – social de las normas, es decir, que no basta con que ellas estén consagradas en la constitución a o ley, sino que en efecto se apliquen teniendo en cuenta la supremacía constitucional, lo que implica una eficacia de los derechos fundamentales. Gómez Martínez Diego León, Acción de Tutela contra Sentencia de Casación. Un análisis crítico, Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, 2010, pág. 100 – 101.

ella propone violentaría la seguridad jurídica, es decir, no estaría conforme a ese concepto dogmático. Esto, desde luego, es una clásica forma de justificar, a través de esta técnica, la construcción de normas implícitas²⁴⁷.

2.6. Doctrina constitucional interpretativa y doctrina constitucional integradora

La Corte, como ya a esta altura debe ser claro para el lector, viene construyendo un sistema de normas constitucionales que tienen, como primera medida, el objetivo hermenéutico de constituir el valor obligatorio del precedente constitucional, con lo que, a su vez, reafirma su independencia frente a los demás órganos del Estado, se establece en un lugar institucional altamente privilegiado y se propone el control de las fuentes formales del derecho. Desde esa óptica la Corte sostendrá dos nuevos argumentos que reafirmaran la posición asumida en una sentencia que vendrá a sumar un concepto que hasta el momento no se había desarrollado en su jurisprudencia, desde luego se trata de la acepción: doctrina constitucional²⁴⁸.

En esta sentencia la Corte resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8²⁴⁹ y 13²⁵⁰ de la ley 153 de 1887. Para el ciudadano demandante el artículo acusado era contrario al artículo 230 de la Constitución, principalmente porque éste expresa que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, y consagra como fuentes auxiliares del derecho solamente a la equidad, a la jurisprudencia, a la doctrina y a los principios generales del derecho, mientras que las disposiciones demandadas reglamentan la posibilidad de que el juez acuda a la analogía, a la doctrina constitucional, a las reglas generales del derecho y a la costumbre, las cuales al no estar contenidas en el segundo inciso del 230 constitucional, resultan contrarias a éste. La Corte al resolver la demanda declara exequibilidad de los artículos demandados, pues a su juicio, no contrarían la Constitución.

²⁴⁷ Sobre ese punto puede verse Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 115 – 119. Barberis Mauro, *Introducción al estudio del Derecho*, Lima, Palestra, 2015, pág. 219-220.

²⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz.

²⁴⁹ Recuérdese que el artículo 8 de la ley 153 de 1887 dice: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”

²⁵⁰ Recuérdese que el artículo 13 de la ley 153 de 1887 dice: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”

El alto tribunal da dos argumentos en los que se puede observar el acto de construcción jurídica que se viene mostrando. Primero la Corte recurre a la técnica de construcción de normas implícitas, según la cual el intérprete extrae normas de conceptos dogmáticos. Nuevamente recurre al término *seguridad jurídica*, para derivar la norma implícita de la obligatoriedad de aplicar las interpretaciones que hace la Corte en sus sentencias. Es importante decir que este concepto dogmático no se desarrolla en este fallo, pero se usa para fundamentar su voluntad interpretativa que, a través de este argumento, produce una nueva norma constitucional, según la cual queda establecido que sus interpretaciones deben ser entendidas como obligatorias, situación que se concreta argumentativamente de la siguiente forma,

“Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener "como criterio auxiliar obligatorio" "la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional", mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso *sub judice* no está previsto en la ley. *La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica*²⁵¹. (cursivas fuera del texto)

Nótese que esta técnica de construcción de normas implícitas se expresa a través de un argumento sistemático en su variante dogmático-conceptual. Pues de su lectura se observa que la Corte se esfuerza por realizar una triple distinción. La sentencia distingue entre doctrina constitucional interpretativa, doctrina constitucional integradora y jurisprudencia. Bajo esta distinción la Corte mantiene una interpretación literalista del artículo 230 al decir que la jurisprudencia debe entenderse como un criterio o fuente auxiliar. Pero tratándose de la doctrina constitucional, es decir, de la interpretación y

²⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C – 083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz.

argumentación de las sentencias de la Corte que guarden estrecha relación con la parte resolutive de las mismas y que, por tanto, hacen transido a cosa juzgada implícita, debe entenderse que es obligatoria²⁵². De este modo la doctrina constitucional (integradora) escapa a la auxiliaridad de la letra del 230 constitucional. Veamos por qué.

En esta sentencia se da un fenómeno algo particular. La Corte procede con un argumento de la disociación a dividir en subcategorías terminológicas el concepto de doctrina constitucional. Este término no está contenido en ningún artículo de la Constitución, pero sí está reglado en el artículo 4, 5²⁵³ y 8 de la ley 153 de 1887. Esa ley da a entender que la doctrina constitucional “es norma para interpretar las leyes”. Por su parte el alto tribunal, construye una norma implícita disociando dicho término, contenido en esas tres disposiciones legales, de la siguiente forma,

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley [...] Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley [...] La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica”²⁵⁴.

Como puede verse con el argumento de la disociación se construye, como ya se dijo, dos subcategorías terminológicas del término doctrina constitucional. Por un lado, la Corte se refiere a la doctrina constitucional interpretativa, la cual parecería coincidir con la literalidad del segundo inciso del artículo 230, es decir, que como tal ha de ser entendida como jurisprudencia auxiliar. Por otro lado, el término doctrina constitucional

²⁵² Entiéndase bien la sutileza argumentativa de la Corte: “Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. *Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada*, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.” Corte Constitucional, sentencia C – 083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz.

²⁵³ Recuérdese que el artículo 4 de la ley 153 de 1887 dice: “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. *La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes*”. A su vez el artículo 5 de la misma ley expresa: Dentro de la equidad natural y *la doctrina constitucional*, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes. (Cursivas fuere del texto).

²⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C – 083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz.

integradora, según la Corte, es obligatorio, ya que este es el producto de la aplicación directa de la Constitución, cuando no hay ley aplicable al caso controvertido. Por esto, según ella, la interpretación y argumentación que hace la Corte en aquella doctrina no es nada distinto a la propia Constitución, razón por la cual esa categoría de doctrina constitucional resulta aplicable en forma obligatoria para todos los casos²⁵⁵.

Así las cosas, el fenómeno que resulta particular aquí es que se termina construyendo una norma de rango constitucional: *doctrina constitucional integradora obligatoria*, a partir de la interpretación de normas legales, que bajo la técnica del argumento de la disociación, se termina por dirigir la norma constitucional construida a una disposición constitucional en la que no está centrado el debate hermenéutico, pues como se sabe la discusión se enfoca sobre el artículo 230, pero la Corte termina dirigiendo su producto interpretativo al enunciado normativo contenido el artículo 241 constitucional, en el que se reglamentan las funciones de la Corte y que regula que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”; desde luego que ese es la forma de proceder con la disociación como argumento creador de nuevas normas. Pero lo más curioso e interesante es que esto se logra disociando un término conceptual contenido en una disposición legal, con el cual se obtiene una norma, que luego se redirecciona a dos disposiciones constitucionales (arts. 230 y 241). Para la Corte, pues,

“Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las

²⁵⁵ Es importante decir que la distinción entre doctrina constitucional integradora y doctrina constitucional interpretativa que se logra a partir del argumento de la disociación, fue duramente criticada en el seno de la Corte Constitucional por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Frente al punto López Medina ha observado siguiendo a Cifuentes que “limitar la fuerza de obligatoriedad de la doctrina constitucional a aquellos casos en que no exista derecho aplicable es una autor-restricción innecesaria que la Corte no ha debido prohijar. La doctrina constitucional es obligatoria en un rango mucho mayor de situaciones jurídicas, según dice la aclaración de voto”. Incluso si existe ley aplicable al caso concreto, dicha ley debe interpretarse de conformidad con la Constitución. Así pues, según Cifuentes, la diferencia entre doctrina constitucional *integradora e interpretativa* resulta artificiosa y en todos estos casos las decisiones de la Corte, como intérprete de la Constitución, poseen máxima fuente normativa. López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, pág. 45.

normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)”²⁵⁶.

Es bien notorio lo que hace aquí la Corte. Primero disocia el término doctrina constitucional en dos subcategorías terminológicas: doctrina constitucional interpretativa, doctrina constitucional integradora. Segundo procede a afirmar que la primera es criterio auxiliar y que la segunda es obligatoria. Tercero, en consecuencia, la única distinción entre la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia sería solo de grado, pues ambas serían auxiliares y, por tanto, quedarían contenidas en el segundo inciso del artículo 230 superior. Cuarto, la norma construida: doctrina constitucional integradora es redirigida al enunciado normativo 241 constitucional, el cual expresa que a la Corte se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la constitución. Con lo que, desde luego, se logra el cometido del uso de la técnica de la disociación, restringir el sentido de la auxiliaridad del 230 a la jurisprudencia de los demás jueces y a la doctrina constitucional interpretativa.

2.7. Imperio de la ley y el derecho-principio de igualdad

En el sendero hermenéutico que llevaría al “precedente judicial obligatorio”, la Corte va a empezar a formular, en una sentencia de tutela²⁵⁷, otro argumento interpretativo que conspira con los demás argumentos creadores de normas, el cual será de capital importancia en el acto de construcción que se ha venido mostrando en este estudio. Es precisamente, el argumento equitativo, que el alto tribunal construye apoyado en un argumento sistemático – en su variante de la coherencia –. La Corte procede a leer hermenéuticamente el problema de auxiliaridad de la jurisprudencia consagrada en el artículo 230 constitucional, a través del derecho-principio de igualdad contenido en la disposición normativa del artículo 13 de la Constitución Política²⁵⁸. En ese sentido el argumento sostenido es el siguiente,

²⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz.

²⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C – T 123 de 1995, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. Reitero que para el caso de las sentencias de tutela que se citan en este estudio no es relevante la descripción de los hechos de esos fallos, debido al nivel de abstracción del análisis al que está sujeta esta investigación. (Nota del autor)

²⁵⁸ Recuérdese que el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia dice: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente

“En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (CP arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar. [...] Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera. [...] El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13)”²⁵⁹.

a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

²⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C – T 123 de 1995, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. Pido excusas al lector por esta y otras citas tan largas, pero son indispensables en un análisis de discurso, para no alterar el lenguaje objeto de estudio y evitar que el análisis se convierta en una invención del investigador. (Nota del autor)

Frente a este punto del discurso de la Corte hay varios aspectos significativos para mostrar. Lo primero que hay que decir es que, el argumento equitativo, cumple la función de argumento interpretativo y, desde luego, conspira con los demás argumentos creadores de normas que hemos estudiado, en el sentido que contribuye a la construcción normas constitucionales implícitas que moldean el producto interpretativo denominado “precedente judicial obligatorio”. Este argumento es tal vez uno de los que más posee fuerza persuasoria, en razón a su gran carga emotiva e ideológica, ya que con él la Corte empieza a ligar la idea de la obligatoriedad del precedente judicial a los derechos fundamentales, concretamente al derecho de igualdad. Derechos que como sabe tienen una gran fuerza emotiva en el discurso de la ideología liberal que sostiene la idea del Estado de Derecho, en el marco del constitucionalismo moderno, lo que se identifica con el uso lingüístico de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”²⁶⁰.

Ahora bien, recuérdese que como dicho en el primer capítulo de este estudio, el argumento de la equitativo es usado por los intérpretes para decidir o proponer significados de las disposiciones normativas contenidas en las fuentes formales del derecho. Como ya se ha señalado, una disposición normativa puede tener varios significados, o lo que es lo mismo, es susceptible de expresar una variedad de normas. Pues bien, la voluntad interpretativa de los juristas suele usar este argumento para atribuir ciertos significados a los enunciados normativos; tal como lo hace la Corte. Pero nótese que no se trata de cualquier significado, sino de ciertos significados que se tienen como tolerables en una cultura jurídica determinada que apuntan a una “buena” aplicación del derecho y aun “equilibrio” de los intereses en conflicto. No obstante, no se puede perder vista que este argumento no equivale a aplicar la equidad como fuente de derecho, es decir, a

²⁶⁰Aunque siendo consciente de lo sugestivo e impreciso que puede resultar el concepto de constitucionalización del derecho Guastini nos muestra que la “expresión “constitucionalización del ordenamiento jurídico [...] no puede decirse que tenga un significado unívoco y permanente. Por lo tanto se impone una aclaración preliminar. En ocasiones se habla de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecería de ella con anterioridad. Sin embargo, creo que este concepto de constitucionalización no presenta interés. Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al tiempo del cual, el ordenamiento en cuestión, resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto a la legislación como a la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”. Guastini Riccardo, Estudios de Teoría Constitucional, Ciudad de México, Fontamara, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 153 – 163.

partir de él no se toman decisiones en equidad, sino que se decide en derecho, por cuanto lo que los intérpretes dicen estar aplicando es el derecho positivo.

En este orden de ideas obsérvese lo que hace la Corte. Primero empieza por afirmar que existe una coherencia entre los artículos 13, 228²⁶¹ y 230 constitucionales. Ese, desde luego, es un argumento sistemático en su variante de la coherencia que, dicho de paso, disipa las antinomias que podrían sugerirse entre los enunciados normativos citados. La coherencia, pues, se predica, en el orden de cita de las disposiciones, entre el derecho a la igualdad, la independencia judicial y el imperio de la ley al que están sometidos los jueces. Luego la Corte, manifiesta que si bien los jueces están sometidos al imperio de la ley, son independientes y por ello libres de actuar conforme a sus propios criterios, sin embargo esto no puede entenderse en términos absolutos, si se toma en cuenta que las altas Cortes cumplen un papel de unificación jurisprudencial y, por ende, sería “bueno” que los jueces actuaran de conformidad con esa forma de diseño institucional que, según el alto tribunal, garantiza el derecho a la igualdad; pero teniendo en cuenta eso sí que solo la doctrina constitucional “es” obligatoria.

Nótese que, en este punto, la Corte vuelve sobre el tema de la doctrina constitucional, pero ahora sin disociar el término, solo se limita a afirmar que su jurisprudencia es obligatoria. Frente a esto algunas preguntas: ¿Qué debería entenderse aquí por doctrina constitucional? ¿algunos de los fallos de la Corte (doctrina constitucional integradora)? ¿todos los fallos? La respuesta es bien conocida: la jurisprudencia de la Corte Constitucional es obligatoria²⁶². Pero yendo más al detalle, en términos analíticos, lo que se dice puede entenderse como: *la interpretación (en sentido amplio claro está) que haga la Corte en sus fallos es obligatoria*, lo que desde luego incluye sus actos construcción jurídica o “actos de legislación intersticial”. Con lo que se deja sentada la creación de la jerarquía axiológica entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria de los otros jueces del país. Recuérdese que es muy común que en los actos de

²⁶¹ Recuérdese que el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia dice: “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

²⁶² López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, págs. 46 – 50.

construcción jurídica se proceda a crear jerarquías axiológicas entre las normas jurídicas²⁶³. Tal como la que la Corte ha creado entre el “precedente constitucional obligatorio” y “el precedente ordinario auxiliar” (el de los demás tribunales y jueces), dando un mayor valor jurídico e institucional al primero, en razón a ser ella la que lo profiere como intérprete auténtico de la Constitución.

Finalmente, en este punto de la construcción jurídica la Corte plantea el argumento equitativo, bajo el supuesto de que a pesar que la jurisprudencia (excepto la constitucional), deba ser vista como criterio auxiliar de la actividad judicial es, para el alto tribunal, una exigencia razonable que cuando los jueces deseen apartarse de la jurisprudencia de las altas cortes lo justifiquen en forma suficiente y adecuada, ya que de no hacerlo podrían estar amenazando o violentando en derecho a la igualdad de trato. Nótese que, en efecto, el argumento de la equidad se presenta en el discurso de la Corte, pues si se prestan atención a su lenguaje, se está claramente proponiendo un argumento de corrección que enfrenta con fuerza la auxiliaridad de la jurisprudencia, con un tipo de justificación que cuenta con amplia aceptación en la cultura jurídica, como es la protección de los derechos fundamentales, además de ser un tipo razonamiento que se orienta a una “buena” aplicación del derecho positivo, toda vez que se propone dar trato igualitario a situaciones similares, lo que desde luego busca el equilibrio de los intereses, con lo que, y esto es lo más importante analíticamente hablando, termina por atribuir significado al primer inciso del artículo 230 constitucional, pues si éste sujeta a los jueces al imperio de la ley, siendo que por ley debe entenderse, según se vio, todo el orden jurídico, esto termina por contener el derecho a la igualdad. Por tanto: *Si sujeción al imperio de la ley entonces derecho a la igualdad y, por tanto, precedente judicial obligatorio*. He ahí la decisión de significado que contribuye a la construcción del conjunto de normas constitucionales construidas que le apuestan al “precedente judicial obligatorio”.

²⁶³ No se pierda de vista que la “actividad de construcción jurídica incluye una vasta serie de operaciones que son características de la doctrina (principalmente de la doctrina, pero, por supuesto, también de la jurisprudencia), de las cuales sería difícil hacer un elenco completo. Se pueden mencionar, a título de ejemplo: las conjeturas acerca de la *ratio* de una norma o de un entero documento normativo; la creación de jerarquías axiológicas entre normas; la elaboración de normas no expresas (que se pretenden implícitas, como por ejemplo, los llamados “principio generales” del derecho); la concreción de principios expresos; las ponderación entre principio en conflicto, etc.”. Guastini Riccardo, Nuevos estudios sobre la interpretación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pág. 80.

2.8. Algunos usos interpretativos de las normas constitucionales creadas por la Corte Constitucional

En el año 1996 se expide en Colombia la ley 270, conocida también como ley estatutaria de administración de justicia. Como se sabe en el procedimiento de expedición legislativa de este tipo leyes está contemplado un control de constitucionalidad previo a su sanción presidencial, es decir, el control que recae sobre el proyecto de ley²⁶⁴. Al ser una ley este tipo, desde luego fue analizada por la Corte Constitucional en una sentencia²⁶⁵, donde pueden apreciarse aplicaciones concretas de las normas constitucionales creadas, para decidir sobre la constitucionalidad de su artículo 48 específicamente²⁶⁶.

Como puede apreciarse en la lectura del artículo citado el Congreso intentaba frenar de un solo tajo todo el acto de construcción jurídica de la Corte Constitucional, en relación con la supremacía de su interpretación y con su objetivo programático principal: llegar a constituir el “precedente judicial obligatorio”. Obsérvese que el artículo se concentraba dejar claro que las sentencias de constitucionalidad del alto tribunal solo serían obligatorias y con efectos erga omnes en su parte resolutive. Y, a reglón seguido, se esmeraba por puntualizar que la parte motiva de los fallos constituiría criterio auxiliar de la actividad judicial. Luego, refiriéndose a las sentencias de tutela, señalaría que solo tendrían un efecto interpartes²⁶⁷. No obstante, la Corte respondería a este desafío usando el arsenal de normas constitucionales creadas, que ya hemos mostrado en este

²⁶⁴ Recuérdese que el numeral 8 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia que reglamenta las funciones de la Corte Constitucional, dice que esta institución debe: “Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido materias como por vicios de procedimiento en su formación”.

²⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 037 de 1996, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁶⁶ No se olvide que el artículo 48 de la ley 270 de 1996, al momento de su examen de constitucionalidad, decía: “ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. [Sólo] la interpretación que por vía de autoridad hace [el Congreso de la República] tiene carácter obligatorio general. 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”. Los apartes que se encuentran entre corchetes fueron los que la Corte declaro inexecutable por juzgarlos contrarios a la Constitución.

²⁶⁷ López Medina Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Bogotá, Legis, 2007, págs. 51 – 59.

estudio. Para luego continuar el acto de construcción jurídica formulando nuevas normas constitucionales.

Así las cosas, frente al artículo aprobado por el Congreso la Corte presentaría una argumentación que terminaría en la declaratoria de inexecutable de la palabra “Solo” y de la frase “el Congreso de la República” contenidas en el artículo examinado, el cual en sus otras partes sería declarado executable, pero sujeto a varios condicionamientos que la Corte realizaría a partir del uso de las normas constitucionales creadas²⁶⁸. Por ejemplo, para el caso de la palabra y la frase señaladas diría que del artículo 241 constitucional que establece que su tarea fundamental es la de salvaguardar la supremacía y la integridad de la Constitución, se deriva que es ella la responsable de interpretar con autoridad y fijar el contenido de las disposiciones constitucionales²⁶⁹, argumento que no es otra cosa que la aplicación de la norma constitucional implícita obtenida a través de la técnica de disociar el concepto de doctrina constitucional y haber redirigido el término de doctrina constitucional integradora al artículo citado. Del mismo modo, este argumento es aplicación de otra norma constitucional construida que también es producto de otro acto de disociación, mediante el cual se disocia el concepto cosa juzgada (constitucional). Recuérdese que la Corte al disociar este último concepto redirige el concepto de cosa juzgada (constitucional) implícita al precepto citado. Para ahora solo limitarse a decir que la supremacía de su interpretación deriva de aquella disposición. Pero no es que tal cosa derive de aquel enunciado normativo, sino más bien es una consecuencia retórica de su acto de construcción jurídica, es decir, deriva de las normas constitucionales creadas, pero no, en sentido lógico, de las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, en relación con el resto del artículo, es decir, a los enunciados que se refieren a los efectos de los fallos de la Corte, como a la parte motiva de sus sentencias de constitucionalidad y a sus sentencias de tutela, el alto tribunal reproduce al pie de la letra las sentencias C -131 de 1993 y C – 083 de 1995, que ya se han analizado líneas

²⁶⁸ En este punto es importante recordar que “Usar una norma significa emplearla en una argumentación jurídica: para aplicarla a casos concretos o también para efectuar sobre esta norma varias operaciones interpretativas: por ejemplo, una norma es “usada” cuando de ella son extraídas otras normas, o cuando es empleada para introducir excepciones implícitas en otras normas (derrotabilidad) o cuando es balanceada con otras normas, o cuando es utilizada como parámetro de adecuación para la interpretación de otras normas, etc. Resumiendo, una norma es usada cada vez que está presente en una argumentación”. Pino Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 40.

²⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 037 de 1996, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

arriba, reiterando con ello las normas constitucionales creadas: cosa juzgada constitucional implícita y doctrina constitucional integradora; obtenidas como ya hemos mostrado en este estudio y, desde luego, con los mismos efectos que se acaban de señalar, véase el punto en palabras de la propia Corte,

“En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella. Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución”²⁷⁰.

Luego de esta concreta aplicación de sus propias creaciones normativas, la Corte hará exactamente lo mismo con la norma constitucional construida, a partir del argumento equitativo, formulado en la sentencia T – 123 de 1995, la cual también hemos analizado en líneas anteriores. No se pierda de vista que, en este sentido, el alto tribunal sostiene una lectura sistemática de la independencia judicial y del derecho-principio de igualdad, para eliminar cualquier tipo de antinomia entre las normas contenidas en los enunciados normativos de los artículos 228 y 13 de la Constitución Política. Argumento sistemático, en su variante de la coherencia, que conspira con el argumento equitativo, a través del cual, según una “buena” y “aceptada” forma de aplicación del derecho, los jueces estarían obligados a seguir el precedente o, lo que es lo mismo, a tratar de manera semejante los casos semejantes, pero dado que a las voces los del artículo 230 superior la

²⁷⁰ Ibidem.

jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, la norma construida mediante el argumento equitativo quedará aplicada, para el caso de las sentencias de revisión de tutelas (sentencias T), de la siguiente forma,

“[en] las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”²⁷¹.

Lo anterior es de capital importancia en el análisis de esta sentencia, ya que las aplicaciones de las normas constitucionales construidas por la propia Corte, son usadas para el control de constitucionalidad de las leyes, lo que parece del todo sugerente, pues esto muestra algo muy relevante y es que este control de constitucionalidad, como suele pensarse, no se hace *de* la comparación de las disposiciones constitucionales con las disposiciones de la ley, sino *a partir* de las normas constitucionales explícitas o implícitas que son construidas por la Corte. Por lo que vistas las cosas de esta manera la redacción del artículo 4 de la Constitución colombiana podría terminar siendo engañosa, en el sentido de que la constitucionalidad o no de la ley, no se trata de asunto de incompatibilidad entre ésta y la Constitución, sino más bien entre las normas legales y esas normas constitucionales. Además, en caso de encontrarse esa incompatibilidad no estarían primando las disposiciones constitucionales, como el artículo expresa, sino lo que primaría serían esas normas constitucionales, lo que equivale a decir que lo que prima, según los razonamientos de la Corte que hemos analizado, es el precedente Constitucional, dado que allí es donde se encuentran las normas constitucionales, y no el texto de la Constitución como dice el citado artículo²⁷².

Ahora bien, en aplicación de las normas constitucionales construidas por la propia Corte, de ahora en adelante sería claro para ella que el precedente constitucional

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Si algún lector ha dejado de lado la lectura del primer capítulo de este estudio no podrá, tal vez, comprender lo que se afirma en este párrafo. Pero si el lector ha prestado atención al capítulo primero, recordará la distinción entre disposición y norma, lo que es suficiente para comprender el punto. En cambio, sino ha hecho ese deber, no queda más que remitirlo a esa zona del texto. (comentario del autor)

debería ser seguido por jueces por estar “naturalmente” ordenado por la Constitución. Sin embargo, en virtud del artículo 230 constitucional, ese deber no se entenderá, por ahora, como una sacralización que petrificase el razonamiento de los jueces hasta el punto de llegar a extinguir su autonomía. Sin embargo, al alto tribunal reconocerá la existencia de una tensión entre la seguridad jurídica del sistema jurídico en general y la justicia material del caso concreto, donde los jueces deben tener la capacidad de actualizar las normas aplicables a situaciones nuevas²⁷³. Por ello a lo largo de su jurisprudencia y como consecuencia de las normas constitucionales construidas, como hemos visto hasta aquí, la Corte insistirá en que, si los jueces optan por apartarse del precedente constitucional, en materia de acción de tutela, por ejemplo, deberán justificarlo en forma suficiente y adecuada, para no poner riesgo el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades²⁷⁴.

Lo anterior, según la Corte, se encuentra justificado a luz de la Constitución de 1991. Pues, para ella, resultaría infructuosa la labor de revisar los procesos de tutela que llegase a seleccionar, si a través de las sentencias dictadas como producto de esa función, no pudiese fijar el contenido de las disposiciones constitucionales. Por eso, el alto tribunal entiende que en sus sentencias de revisión de tutela sucede un fenómeno que tiene consecuencias en doble vía: cuando la Corte decide un caso en sede de revisión, sus fallos tienen un aspecto subjetivo y otro objetivo. El primero es el que atañe al asunto revisado con efectos inter-partes. El segundo va más allá, es decir, trasciende a ese asunto, pues se refiere no solo a la resolución de la causa petendi, sino a la doctrina constitucional fijada por la propia Corte²⁷⁵, a través de la cual crea normas constitucionales implícitas.

2.9. El derecho a la igualdad y la auxiliaridad de la jurisprudencia: La Corte Constitucional evita una antinomia

En relación con las disposiciones constitucionales referentes al derecho a la igualdad (art. 13), a la independencia judicial (art. 228) y a la auxiliaridad de la

²⁷³ Corte Constitucional, sentencia C – 447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T – 175 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷⁵ Ibidem.

jurisprudencia (art. 230), como se ha dicho antes, la Corte ha preferido una lectura sistemática – en su variante de la coherencia – con el fin construir normas constitucionales que la vayan dando forma a la pretendida obligatoriedad del precedente judicial. Es claro que el discurso de la Corte, en ese sentido, se ha concentrado en mostrar que no existe contradicción alguna entre la igualdad de trato, la independencia judicial y la auxiliaridad de la jurisprudencia reguladas en los artículos antes citados. Esto, desde luego, para prevenir algún tipo de antinomia, como la que ya hemos ejemplificado en el primer capítulo.

Éste fenómeno se presenta en una sentencia²⁷⁶, de la cual hacemos abstracción de los hechos por las razones que ya hemos aludido antes. En este fallo la Corte presenta una argumentación en la que muestra que su voluntad interpretativa le apuesta a prevenir una antinomia que, bajo otro tipo postura hermenéutica podría plantearse y solucionarse con algunos de los criterios que se estudian con frecuencia en la teoría y dogmática jurídicas, a los que también aludimos en el capítulo anterior. En ese sentido el alto tribunal dirá lo siguiente,

“3.1. En nuestro sistema jurídico, el juez sólo está sometido al imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución). Los *precedentes (providencias adoptadas con anterioridad)*, sólo cumplen una función auxiliar. Es decir, los jueces no estarían obligados a fallar en la misma forma a como lo han hecho en casos anteriores. Sin embargo, el mandato del artículo 13 de la Constitución, según el cual “...*las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades*”, aplicable por igual a los jueces, requiere ser conciliado en este esquema de administrar justicia”²⁷⁷.

Nótese que la Corte partirá esta vez de un supuesto comentario literalista de las dos disposiciones constitucionales (arts. 13 y 230 C.P). Si se observa con atención en esta primera parte de la argumentación se pareciera estar mostrando que, en efecto, hay una contradicción normativa. No obstante, recuérdese que las antinomias no son propiedades intrínsecas de los ordenamientos jurídicos, sino más bien fenómenos que obedecen a la circunstancia hermenéutica, pues dependen de la interpretación, o

²⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T – 321 de 1998, M.P Alfredo Beltrán Sierra.

²⁷⁷ Ibidem.

mejor, son producto de la interpretación²⁷⁸. Por tanto, es de recalcar que, en este punto, cuando la Corte habla de artículos de la Constitución no se está refiriendo a disposiciones sino a normas y, no precisamente, a las normas literales, ya que como el lector habrá de recordar, antes se han construido otras normas constitucionales que ahora el alto tribunal utiliza para continuar su acto de construcción jurídica, a través de las cuales, aquí y ahora, se ha determinado el sentido del texto constitucional, así: “Por tanto, en tratándose de las autoridades judiciales, este precepto [art.230] debe interpretarse así: al juez, individual o colegiado, no le es dado apartarse de sus pronunciamientos (*precedentes*), cuando el asunto a resolver presente características iguales o similares a los que ha fallado con anterioridad (principio de igualdad)”²⁷⁹.

Ahora bien, como ya se advirtió la Corte evita la posible antinomia. Muestra de ello es que, en la sentencia que se está analizando, se hace una pregunta que resulta ser bien sugerente en ese sentido: “¿cómo *conciliar* el mandato del artículo 230 de la Constitución y el principio de igualdad?”²⁸⁰ (cursivas fuera del texto). Nótese que en la pregunta se usa el verbo “conciliar”, lo que muestra que el alto tribunal no quiere entrar en el campo de solución de antinomias, prefiere conciliar o, con otras palabras, sistematizar para prevenir la antinomia. Ya que aceptar expresamente la antinomia y, entrar en ese campo, le significaría aplicar las técnicas de solución y tener que tomar decisiones de aplicación no acordes con su voluntad interpretativa y, tal vez, insatisfactorias para el problema aplicativo que ella misma se plantea. Piénsese, por ejemplo, si aceptase la antinomia y se aplicase el criterio cronológico para solucionarla, según el cual ante éstas dos normas (literales) de igual jerarquía se tendría que: *lex posterior derogat legi priori*. ¿Cuál sería el resultado de su aplicación? Evidentemente uno contrario al que hoy tenemos. Así las cosas, el alto tribunal previene la antinomia y dice,

“3.7. Dentro de este contexto, es claro que el derecho a la igualdad y el principio de autonomía judicial, en donde los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución), encuentran un punto de equilibrio y conciliación, *en el deber que tiene el juez de justificar expresa o tácitamente la modificación de su criterio*. En estos casos, el test de igualdad, en el que se

²⁷⁸ Guastini Riccardo, *Filosofía del diritto positivo*. Lezioni, Torino, 2017, págs. 146 – 147.

²⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T – 321 de 1998, M.P Alfredo Beltrán Sierra.

²⁸⁰ *Ibidem*.

exige que ante un mismo supuesto de hecho (*caso similar sometido al conocimiento de un funcionario*) se aplique la misma razón de derecho (*adoptar la misma decisión que tomó en un caso anterior*), encuentra como elemento diferencial, *la carga que se impone al juez de motivar las razones de su cambio de criterio. [...] al ser la jurisprudencia un criterio auxiliar en la labor del juez (inciso segundo del artículo 230 de la Constitución), le es dado a los juzgadores apartarse de los razonamientos expuestos por el órgano superior, cuando éste justifique y motive expresamente las razones que lo llevan a discrepar de los razonamientos expuestos por su superior*²⁸¹.

Si observa, en el párrafo anterior se muestra expresamente la técnica para previene la antinomia. La Corte realiza una interpretación adecuadora, mediante la cual se adapta el significado del artículo 230 constitucional a la del artículo 13 de la Constitución, el cual es entendido por la Corte como un principio de rango superior, dado a que regula el derecho a la igualdad. De esta forma, al adecuar el sentido de aquella disposición el alto tribunal no solo está previniendo la antinomia, sino que está adjudicando sentido, es decir creando normas constitucionales que le permiten continuar el camino de la construcción jurídica emprendido, volviendo a diferenciar entre el precedente de los jueces y el de las cortes, creando el deber constitucional de argumentar en forma suficiente y adecuada, si el juez desea apartarse de su propio precedente o del de sus superiores. Por tanto, la norma constitucional creada, vía interpretación adecuadora, se refiere precisamente a esto: *En principio el precedente judicial es obligatorio. Sin embargo, siendo que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, los jueces pueden apartarse de ella, pero deberán justificarlo en forma suficiente y adecuada en razón al deber constitucional de trato igualitario.*

2.10. Trato igualitario como argumento estándar y jurisprudencia: ratio decidendi y obiter dicta

Evitada la posible antinomia en la forma como se acaba de mostrar, la Corte se concentrará en adelante en insistir, con el argumento sistemático de la coherencia, que una interpretación “correcta” del artículo 230 constitucional sugiere un estado de no contradicción en relación con el deber de trato igualitario contenida en la disposición del artículo 13 superior. Esa argumentación se volverá estándar y se

²⁸¹ Ibidem.

manifestará en una de las sentencias más importantes en el acto de construcción jurídica²⁸². En este fallo el alto tribunal tendrá la oportunidad de pronunciarse sobre un tema crucial en materia de “precedente judicial obligatorio” ordinario, es decir, sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en particular.

En esta sentencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo el artículo 4 de la ley 169 de 1896²⁸³. Los demandantes que propusieron la inconstitucionalidad del artículo alegaban que resultaba contrario a la Constitución, porque, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los jueces inferiores están en la obligación constitucional de seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, máxime si se tiene en cuenta que su labor, mediante los recursos extraordinario de casación y de súplica, es de unificación jurisprudencial a nivel nacional en los ámbitos de su competencia. Además, agregan los demandantes, que el artículo enjuiciado le otorga a la Corte Suprema la facultad discrecional de apartarse de su jurisprudencia cuando ella juzgue como erróneas sus propias decisiones, cosa que no está permitida por la Constitución, porque riñe con la efectividad de los derechos, con la seguridad jurídica y la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas que la norma suprema consagra al someter la actividad judicial al imperio de la ley, lo que no es otra cosa que el imperio del ordenamiento jurídico basado en la jerarquía gobernada por la Constitución de 1991.

Ante esta postura de los demandantes, la Corte resolvió la petición de inconstitucionalidad del artículo demandado declarando su exequibilidad condicionada, en el entendido de que el mismo será compatible con la Constitución siempre y cuando se comprenda que la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación y los demás jueces que integran la jurisdicción ordinaria cuando han de apartarse de la jurisprudencia dictada por ella deberán exponer en forma clara y razonable los fundamentos jurídicos con los que justifica esa decisión, los cuales no son otros que los reglados por la mismísima Corte Constitucional, cuando exige que dicha justificación deba versar sobre cambios constitucionales y legales, cambios

²⁸² Corte Constitucional, sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

²⁸³ Recuérdese que el artículo 4 de la ley 169 de 1896 dice: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

socio-económicos, y, cambios en la consideración que de los principios aceptados haga contextualmente la dogmática jurídica²⁸⁴; el lector atento podrá haberse dado cuenta que en la demanda aquí relatada, los demandantes no usan las disposiciones de la Constitución para enjuiciar el artículo 4 de la ley 169 de 1896, sino las normas constitucionales construidas por la Corte en materia de obligatoriedad de la jurisprudencia, de hecho su demanda esta principalmente sustentada en la jurisprudencia constitucional.

Para tomar esta decisión, la Corte va a reiterar varios de los argumentos que ya hemos estudiado y mostrado líneas arriba. Sea este el momento para recordarlos brevemente. Por ejemplo, el alto tribunal insistirá en el argumento sistemático – en variantes dogmático conceptual y de la coherencia –, pues volverá sobre las normas constitucionales construidas que ya hemos mostrado, no solo para continuar con su labor creadora, sino para usarlas al realizar el control de constitucionalidad de la ley. En tal sentido la Corte reiterará que se encuentra justificada la obligatoriedad del precedente y la exigencia de razón suficiente si los jueces deciden apartarse del mismo, porque así lo imponen la igualdad de trato, la seguridad jurídica y las, ahora esgrimidas, doctrinas de: i) confianza legítima y ii) separaciones de poderes. Con las que se predica, en el caso de primera, que producto de la doctrina de los actos propios²⁸⁵, debe entenderse que los jueces deben fallar de manera semejantes los casos semejantes, porque en virtud de la buena fe, no pueden desconocer sus propios actos. Mientras que con la segunda la Corte propondrá que la labor creadora del juez no es más que la consecuencia de la colaboración armónica de las ramas del poder que supone aquella doctrina²⁸⁶.

Recuérdese que esta forma interpretativa y argumentativa de proceder refleja el uso de técnicas de construcción jurídica, representadas en argumentos creadores de nuevas normas, es decir, el intérprete promueve actos de “legislación intersticial” decidiendo el sentido a las disposiciones contenidas en las fuentes formales de derecho a partir de ciertos criterios sapienciales como los distintos métodos de

²⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

²⁸⁵ Sobre el punto específico que del Principio de confianza legítima y la doctrina de los actos propios consúltese: Gómez Martínez Diego León y Gómez Jiménez Juan Carlos, El principio de confianza legítima frente a la responsabilidad del Estado en Contribuciones al Derecho Contemporáneo. Constitucionalismo y derechos fundamentales, Medellín, Diké y Universidad Santiago de Cali, 2018, págs. 284 – 290.

²⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

interpretación jurídica, ciertas asunciones dogmáticas, algunas definiciones doctrinales que se encuentran en las disposiciones, ciertas conjeturas sobre la ratio legis de algún documento normativo, particulares sentimientos de justicia o ideologías políticas arraigadas en una cultura jurídica, ciertas normas explícitas, con las desde luego se construyen todo tipo de normas implícitas, todo esto a partir de argumentos no deductivos²⁸⁷.

Ahora bien, en la sentencia que se está analizando, la Corte formuló un nuevo argumento de la interpretación productor de nuevas normas constitucionales. Para proponerlo se cuestionó sobre ¿cómo resultan vinculantes las decisiones judiciales? Al responderse a sí misma propuso un argumento de la disociación que recayó sobre la parte motiva de los fallos judiciales. Indudablemente el alto tribunal estaría con esto decidiendo el significado del segundo inciso del artículo 230 constitucional, para desmarcar una vez más el “precedente judicial obligatorio” del enunciado normativo: “jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial”. Es así, como la Corte entendería que al contener el término “jurisprudencia”, esa disposición se estaría refiriendo a sentencias judiciales, las cuales están compuestas por un pronunciamiento sobre los hechos del caso, una motivación y un resuelve. Respecto al término “motivación” se subdividiría en dos subcategorías terminológicas: la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*, expresándose de la siguiente forma,

“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución”²⁸⁸.

²⁸⁷ Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, pág. 358.

²⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Nótese que la Corte en este argumento disociador procede en primera instancia, como se hace en argumentos de este tipo, a definir las dos subcategorías terminológicas. Afirma, pues, que la *ratio decidendi* es esa parte de la motivación de una sentencia judicial que está ligada en forma directa y necesaria a la decisión del caso, podría decirse que son aquellos apartes de la motivación que le dan fundamento jurídico a la parte resolutive del fallo judicial. De otro lado los *obiter dicta* son esas manifestaciones accidentales que no están relacionadas directamente con la resolución del caso y que podrían no estar en la sentencia, sin que esta se modificara en su significado jurídico²⁸⁹, afirmando con esto que por las razones expresadas la *ratio decidendi* resulta obligatoria y los *obiter dicta* no.

Seguido a la disociación conceptual, que por demás es bien conocida en la teoría sobre el precedente judicial²⁹⁰, la Corte dejará ver el efecto de este tipo de argumento, al decidir que justamente lo que se regula en el enunciado normativo contenido en el inciso segundo del artículo 230 de la Constitución son los *obiter dicta* de las sentencias judiciales y no la *ratio decidendi*. Entiéndase bien cómo funciona, aquí y ahora, esta técnica argumentativa productora de nuevas normas constitucionales. El término “jurisprudencia” contenido en el artículo citado es en efecto traducido al término “sentencia judicial”, para luego hablar de la motivación de estas y reflexionar nada menos que sobre su obligatoriedad. Para eso se extraen de la teoría dos categorías terminológicas que se usan para acometer el acto disociador que termina por decidir el significado del 230 creando una nueva norma constitucional que dice: *cuando dicho artículo expresa “jurisprudencia auxiliar” lo que regula son los “obiter dicta” de los fallos que son, desde luego, auxiliares y no la ratio decidendi, siendo esta última obligatoria, por tanto, los jueces están en el deber de seguirla o justificar su apartamiento de esta.*

²⁸⁹ López Medina Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, págs. 216 – 230.

²⁹⁰ Solo a título de ejemplo cito algunos estudios donde se desarrolla teóricamente esa distinción: Wróbelwski Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Ciudad de México, Fontamara, 2008, pág. 300 – 304. Gómora Juárez Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. 73 – 84. Deik Acostamadiedo Carolina, *El Precedente Contencioso Administrativo, Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, págs. 301 – 305. Chiassoni Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 216 – 221. López Medina Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, págs. 216 – 230. Gómez Martínez Diego León, *Acción de tutela contra sentencia de casación. Un análisis crítico*, Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, 2010, págs. 43 – 46.

Sobre lo anterior hay que decir varias cosas. i) es claro que Corte Constitucional ha desmarcado en varias ocasiones al “precedente judicial obligatorio” del artículo 230 constitucional; ii) que si se observa el término *ratio decidendi* está redirigido a otra disposición constitucional como es el caso del contenido en el artículo 243 constitucional. Recuérdese que lo mismo sucede, como se ha dicho líneas arriba, con la doctrina constitucional integradora y que la disociación sobre el término cosa juzgada constitucional contenida en este último precepto, termina por redundar en la misma situación, es decir, en todo el acto de construcción jurídica sobre este asunto. Así, pues, cuando la Corte usa los términos cosa juzgada (constitucional) implícita doctrina constitucional integradora y *ratio decidendi*, se está refiriendo siempre, *prima facie*, al “precedente judicial (constitucional) obligatorio” y, como puede observarse este alto tribunal se esmera para redirigir todos estos términos a otras disposiciones constitucionales, donde quedan lejos del espacio tormentoso, que para sus fines de interpretación-creación, representa el artículo 230; iii) nótese que para el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia sucede lo mismo: la *ratio decidendi* que también queda por fuera del 230 de la Constitución y, del mismo modo, la Corte Constitucional redirige ese término a dos disposiciones constitucionales explícitas contenidas en el artículo 234 y en numeral 1 del artículo 235, al decir que la obligatoriedad del precedente judicial ordinario se encuentra sustentada en que la Corte Suprema es la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria y en que su papel es el de la unificación de la jurisprudencia cuando actúa como tribunal de casación; al parecer, según la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* nada tiene que ver con el artículo 230 de la Constitución Política.

Ahora bien, en la misma sentencia que se está analizando, la Corte sostuvo adicionalmente un argumento de la interpretación que contribuiría al acto de construcción jurídica que aquí se ha mostrado. El alto tribunal justificaría el “precedente judicial obligatorio” con argumento de la “voluntad” del constituyente. En relación con éste hay que señalar, *prima facie*, que conspira con el argumento disociador con el cual, como ya se expresó, se divide el vocablo “ley” contenido en el artículo 230 de la Constitución en dos subcategorías terminológicas mediante las que se distingue la “ley formal” de la “ley material”, entendiendo que el primer término hace referencia a la ley expedida por el Congreso como producto del proceso de expedición legislativa, mientras que el segundo se refiere, según la Corte, a todo el ordenamiento

jurídico en su conjunto, es decir, a todas las fuentes formales de derecho, lo que incluye el precedente de las altas cortes. Lo anterior se hace para decidir que el sentido del 230 constitucional se define porque esa fue la “intención” del constituyente al consagrar la prevalencia de las normas constitucionales y, con ellas la aplicación directa de sus contenidos. Es así como el alto tribunal manifestó que,

“una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, debe darse la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual conforma la totalidad del ordenamiento jurídico, resaltando la intención del constituyente de darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales (artículo 4 superior) y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos”²⁹¹.

Obsérvese, especialmente, que este argumento puede resultar engañoso, pues con su manifestación se parece estar diciendo que fruto de que el constituyente ha tenido la intención de darle prevalencia a las normas constitucionales, de ello se deriva que el precedente judicial de las altas cortes sea obligatorio en el sentido que éste también prevalece, dado que en él se aplican en forma directa los contenidos de la constitución. Pero lo que sucede aquí es otra cosa: i) como hemos visto en este estudio los actos de construcción de normas constitucionales que hace la Corte no son una “aplicación directa de los contenidos de las normas constitucionales”, sino más bien una decisión de los significados de las disposiciones contenidas en la Constitución; ii) no se trata aquí de la intención de la voluntad del constituyente, sino de la voluntad interpretativa-creativa de la Corte, pues lo que está haciendo es observando la voluntad “objetiva” que, según ella, persigue la norma expresada en el artículo 4 de la Constitución y que tiene la supuesta consecuencia que le asigna. Se trata, pues, de un argumento teleológico (finalista o intencionalista) en el que no se expresa la voluntad del constituyente histórico de “carne hueso”, sino la voluntad del, aquí y ahora, interprete de la Constitución. Por lo que tenemos una vez más un argumento productor de nuevas normas constitucionales implícitas, que para el caso se concretan en que: *el*

²⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001 M.P Rodrigo Escobar Gil.

precedente de las altas cortes resulta obligatorio como consecuencia de la prevalencia de la Constitución y de su aplicación directa por parte de las altas cortes. Recuérdese que bajo esta técnica el intérprete suele apartarse de la voluntad del constituyente histórico, para sustituirla por la suya, presentándola como la voluntad de la Constitución.

2.11. “El precedente como jurisprudencia obligatoria auxiliar”

Antes de hacer referencia a este último argumento, es importante hacer una breve aclaración al lector. Quien haya sido atento a las citas a pie de página ha podido notar que los fallos que se han analizado para mostrar cómo la Corte ha construido normas constitucionales implícitas que apuntan a la creación de un sistema de precedentes obligatorios, se han dictado en entre 1992 al 2001, ya que es precisamente en ese periodo en el que se ha podido constatar evidencia empírica en relación al discurso interpretativo – creativo del alto tribunal, pues todas las sentencias posteriores²⁹², que fueron seleccionadas y revisadas, no presentan creación de nuevas normas constitucionales en materia de “precedente judicial obligatorio”, sino que constituyen aplicaciones concretas de las normas constitucionales ya creadas por la propia Corte y que ésta ha utiliza para realizar el control constitucional tanto en sentencias de

²⁹² Marco Gerardo Monroy Cabra. SU – 120 de 2003, M.P Álvaro Tafur Galvis. T – 462 de 2003, M.P Eduardo Montealegre Lynett. T – 678 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. T – 116 de 2004, M.P Eduardo Montealegre Lynett. T – 698 de 2004, M.P Rodrigo Uprimny Yepes. C – 590 de 2005, M.P Jaime Córdoba Triviño. T – 158 de 2006, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. T – 1023 de 2006, M.P Jaime Córdoba Triviño. T – 049 de 2007, M.P Clara Inés Vargas Hernández. T – 838 de 2007, M.P Clara Inés Vargas Hernández. C – 355 de 2008, M.P Humberto Sierra Porto. T – 766 de 2008, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. T – 109 de 2009, M.P (E) Clara Inés Reales Gutiérrez. T – 693 de 2009, M.P Jorge Iván Palacio Palacio. T – 934 de 2009, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. C – 537 de 2010, M.P Juan Carlos Henao Pérez. SU – 917 de 2010, M.P Jorge Iván Palacio Palacio. T – 105 de 2010, M.P Jorge Iván Palacio Palacio. C – 539 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva. C – 634 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva. C – 816 de 2011, M.P Mauricio González Cuervo. C – 818 de 2011, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. T – 288 de 2011, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. T – 464 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio. T – 794 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio. C – 588 de 2012, M.P Mauricio González Cuervo. T – 790 de 2012, M.P Alexei Julio Estrada. T – 970 de 2012, M.P Alexei Julio Estrada. C – 461 de 2013, M.P Nilson Pinilla Pinilla. T – 267 de 2013, M.P Jorge Iván Palacio Palacio. T – 446 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva. T – 102 de 2014, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. C – 621 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SU – 230 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. T – 309 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SU – 406 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez. C – 674 de 2017, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez. SU – 354 de 2017, M.P (E) Iván Humberto Escruce Mayolo. SU – 611 de 2017, M.P Luis Guillermo Pérez. T – 459 de 2017, M.P Alberto Rojas Ríos. T – 525 del 2017, M.P Antonio José Lizarazo Ocampo. SU – 068 del 2018, M.P Alberto Rojas Ríos. SU – 069 del 2018, M.P José Fernando Reyes Cuartas. SU – 072 del 2018, M.P José Fernando Reyes Cuartas. SU – 113 de 2018, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez. C – 111 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido. C – 252 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido. SU – 140 de 2019, M.P Cristina Pardo Schlensinger. SU – 267 de 2019, M.P Alberto Rojas Ríos. SU – 445 de 2019, M.P Diana Fajardo Rivera. T – 078 de 2019, M.P Antonio José Lizarazo Ocampo. T – 093 de 2019, M.P Alberto Rojas Ríos. T – 109 de 2019, M.P Gloria Estella Ortiz Delgado. T – 019 de 2020, M.P Alberto Rojas Ríos.

constitucionalidad, de unificación y de tutela. Un análisis concreto de estos fallos desbordaría los objetivos de este estudio, motivo por el cual no tiene acaso presentar un análisis en ese sentido.

Ahora bien, no obstante, el orden expositivo seguido, hay un argumento que la Corte sostuvo en sentencias tempranas²⁹³, el cual es pertinente analizar aquí en último lugar, debido a la relación directa que guarda con el tema de las lagunas del derecho, el cual se tratará el siguiente acápite. Se trata, pues, del argumento a contrario, que se ha planteado por el alto tribunal como productor de nuevas normas en el proceso de construcción jurídica que se ha estado mostrando en todo este capítulo. Pues bien, en este punto, la Corte dijo que,

“Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse”²⁹⁴. [en tal sentido] “las sentencias sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”²⁹⁵.

El anterior, bien observado, desde luego constituye un argumento a contrario, pues lo que ha dicho la Corte equivale a sostener que la Constitución expresamente consagra que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, pero no prohíbe que los jueces, *prima facie*, deban atenerse a aquella, como tampoco prohíbe que puedan existir criterios que les exijan dar razones suficientes y adecuadas cuando decidan apartarse de la jurisprudencia propia y de la de sus superiores, ya que, no se pierda vista, la voluntad interpretativa depende aquí de los tipos normas que suelen contener los ordenamientos jurídicos: normas imperativas y normas permisivas. En este caso, como se ha visto, que el artículo 230 constitucional consagre que la “jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial” podría entenderse, a su letra, como que los

²⁹³ Corte Constitucional, sentencias: T 260 de 1995 M.P José Gregorio Hernández Galindo, y, T -123 de 1995 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 260 de 1995 M.P José Gregorio Hernández Galindo.

²⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T -123 de 1995 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

jueces pueden apartarse de las decisiones judiciales precedentes sin dar explicaciones, por tanto, así concebida, se trata de una norma permisiva. Recuérdese que, frente a este tipo de normas, cuando el intérprete argumenta a contrario, su razonamiento lo conducirá a formular una nueva norma imperativa que consagre una obligación que, para el caso que nos ocupa, consiste en que si los jueces deciden apartarse del precedente judicial *deben* justificar en forma suficiente y adecuada, siguiendo incluso las directrices que la misma Corte ha creado para ello y que se han expresado en este estudio en líneas anteriores.

Así las cosas, el argumento a contrario es, aquí y ahora, usado por la Corte como productor de una nueva norma constitucional implícita que indica que: *el precedente judicial es, prima facie, obligatorio por lo que los jueces deben atenerse él, pero debido a su auxiliaridad podrán apartarse del mismo, pero cuando lo hagan deberán justificar en forma suficiente y adecuada los motivos de su disidencia*. De esa manera, este uso y producto del argumento a contrario, viene a mostrar que, según lo dicho por parte del alto tribunal, la Constitución en cierta medida resulta lagunosa en materia de obligatoriedad del precedente, pues, falta una norma constitucional que fije expresamente que el precedente judicial es obligatorio y cuáles son los criterios normativos que exigen a los jueces exponer cuando deciden apartarse del precedente, los cuales estarán como se verá a continuación, determinados por una norma igualadora con la que Corte busca que los casos semejantes se decidan en forma semejante; en resumen, se trata de crear una laguna, para inmediatamente crear una nueva norma con la que se colmará.

3. El principio-derecho a la igualdad como aparato productor de una laguna axiológica y el “precedente judicial obligatorio” como norma-producto para colmarla

Como se dejó expresado en el primer capítulo de este estudio, en materia de lagunas del derecho, solamente se tocará aquí la categoría fenomenológica específica de la laguna axiológica, ya que es el fenómeno que se presenta en las sentencias de la Corte Constitucional analizadas. Como el lector ha podido notar a esta altura del texto el alto tribunal ha aplicado ciertas técnicas de construcción de normas (constitucionales) implícitas, teniendo en cuenta algunos métodos de interpretación

jurídica, normas constitucionales expresas, términos conceptuales doctrinarios usados en ciertas disposiciones constitucionales, asunciones dogmáticas y algunas conjeturas sobre la “voluntad” del constituyente, todo esto para crear lo que podríamos denominar un sistema de normas constitucionales implícitas que vistas en su conjunto conforman lo que la Corte llamaría “precedente judicial obligatorio”.

Así las cosas, puede observarse que para la Corte ha resultado, en cierta parte, insatisfactoria la disposición contenida en el artículo 230 de la Constitución Política y la norma literal que expresaría que al ser la “jurisprudencia criterio auxiliar de la actividad judicial” los jueces podrían apartarse de las decisiones precedentes propias y de las de sus superiores, sin dar explicación. Esto, como se ha visto, ha resultado inaceptable para el alto tribunal, pues una interpretación en ese sentido daría al traste con una norma que resultaría inconstitucional. Por ello, como se ha observado en este estudio, el discurso de la Corte se ha esforzado por construir normas constitucionales que no admiten esa comprensión y, en ese esfuerzo, se ha podido notar implícitamente que a la Constitución le estaría faltando una norma que, a su juicio, debería existir de acuerdo con sus preferencias subjetivas ético-políticas²⁹⁶. La Constitución, pues, le ha resultado lagunosa en sentido axiológico a la Corte en materia de “precedente judicial obligatorio”, razón por la cual se aduce que dicha norma debería existir al ser una exigencia del derecho-principio de igualdad. En relación con este punto la Corte ha dicho que el juez debe,

“[...] hacer efectivo el derecho a la igualdad, [...] al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por el mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. En consecuencia un juez puede apartarse del precedente vertical y horizontal si (i) en su providencia hace referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto caso análogos [...]; y (ii) expone razones suficientes y válidas a luz del ordenamiento jurídico los supuestos fácticos del nuevo caso que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro

²⁹⁶ Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 511.

sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia)”²⁹⁷.

Ahora bien, recuérdese que el un fenómeno de la laguna axiológica no es intrínseco a la Constitución, sino más bien es producto de la voluntad interpretativa. No se pierda de vista, también, que cuando el intérprete clama por una laguna axiológica, no es que en realidad le falte una norma al ordenamiento jurídico, pues de hecho sí la tiene, lo que sucede es que falta norma que debería existir según su ideología política y ética. Esto es, tal cual, lo que sucede en el caso que nos ocupa, no es que la “jurisprudencia” no este regulada en alguna norma, en efecto sí lo está, lo que sucede es que esa norma le ha resultado insatisfactoria a la Corte, porque según ella, es contraria al principio-derecho de igualdad. De tal modo, el alto tribunal ha creado una laguna axiológica, para en forma inmediata crear la norma que llena esa laguna. Dicha norma no es otra que: *el precedente es, prima facie, obligatorio, pero si los jueces desean apartarse de él pueden hacerlo, pero en tal caso deberán justificar, en forma suficiente y adecuada porque se apartan de su propio precedente y del de sus superiores*. De esta manera la Corte ha agregado al ordenamiento vigente una norma apócrifa que, aunque inexpressa, “debe” ser tenida como válida ya que, se trata de “interpretación” auténtica de la constitución²⁹⁸.

4. La derrota de la consecuencia pragmática de aplicación de la norma literal del artículo 230 constitucional

Considerando todo lo que se ha dicho hasta este punto, creo que ya el lector debe haber notado que, aquí y ahora, en el discurso interpretativo-creativo de la Corte, la norma literal que se aducía frente al artículo 230 de la Constitución con la que se indicaba que, al ser la jurisprudencia criterio auxiliar de la actividad judicial, los jueces podían apartarse de las decisiones precedentes sin dar explicación alguna, “es”, según el discurso de la Corte, sencillamente inexistente, no pertenece al sistema jurídico colombiano, ya que no es un producto de una interpretación auténtico y

²⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T – 102 de 2014, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁹⁸ Guastini Riccardo, Otras distinciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 514.

dominante²⁹⁹ y, si alguna vez lo fue, debe entonces tenerse por una norma inválida teniendo en cuenta que, desde luego, se trata de un tipo de invalidez sistémica por haber quedado derrotada como consecuencia de la norma constitucional creada para colmar la laguna axiológica construida³⁰⁰. Esta norma literal, herida de muerte por la interpretación derrotabilística, hoy tan solo agoniza en la mente y en los estudios de algunos doctrinantes que proponen esa postura interpretativa³⁰¹.

Ahora bien, el tipo de fenómeno de la derrotabilidad normativa que se observa en este punto del discurso de la Corte es el denominado como de derrotabilidad axiológica, el cual se da cuando ciertas normas de derecho fundamental son usadas por los intérpretes para llegar a una conclusión normativa pragmática que justifican a través de razones sustantivas que, desde luego, son gobernadas por una voluntad interpretativa y que están comprometidas con ciertas ideologías morales y algunos sentimientos de justicia que encuentran sustento en lo que se conoce como normas de clausura que normalmente se extraen de los textos constitucionales que establecen, por ejemplo que: “El estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los de los derechos inalienables de la persona humana”, como es el caso del artículo 5 de la Constitución colombiana. Es, justamente, mediante este tipo de enunciados normativos que se constituyen ciertas normas mediante las cuales, se

²⁹⁹ En relación con esta afirmación seguimos a Guastini en el sentido que “La existencia de una norma-significado, o norma en sentido estricto, depende no sólo de actos lingüísticos de formulación, sino también de actos lingüísticos de significado, o sea, de interpretación. Es fácil constatar, sin embargo, que casi todos los enunciados normativos que se encuentran en las fuentes del derecho no tienen un significado unívoco y preciso, ya que están sujetos a controversias interpretativas. Esto es como decir que, en la mayor parte de los casos, la interpretación puede extraer – y de hecho extrae – de un determinado enunciado normativo más significados alternativos. (Me refiero a controversias que tienen por objeto el sentido del enunciado normativo; paso por alto aquellas que tienen por objeto la referencia de los predicados empleados en la formulación). Y aquí nace el problema. Por ejemplo, si el enunciado normativo E puede ser, y de hecho es, interpretado como si expresara alternativamente la norma N1 o, por el contrario, la norma N2, ¿cuál de estas dos normas podemos decir que pertenece al sistema normativo? Ni una, ni la otra, claramente. Al menos hasta que una de las dos interpretaciones alternativas prevalezca y se consolide en doctrina y (sobre todo) en jurisprudencia. Lo que generalmente sucede, ya que ninguna controversia interpretativa es eterna e irresoluble. Cuando, y solo cuando, una de las dos interpretaciones alternativas se convierta en la interpretación dominante – cuando una de las dos normas, y no la otra, sea generalmente aplicada por los jueces – se podrá decir que esta norma, y no la otra, pertenece al (existe en el) sistema jurídico”. Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 315 – 316.

³⁰⁰ Respecto del criterio de la validez sistemática debe tenerse en cuenta que “Una norma – por lo general, una norma explícita simple – es hiper inclusiva si, en virtud de una cierta expresión (término descriptivo) contenida en su formulación, conecta una consecuencia jurídica también a una clase de situaciones que, a la luz de criterios de validez sistémica, debería ser regulada de modo diverso”. Chiassoni Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 323.

³⁰¹ Tamayo Jaramillo Javier, *Manual de Hermenéutica Jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial*, Medellín, Diké, 2013, págs. 137 -152.

justifica la derrota de otras normas del ordenamiento jurídico, que incluso siendo explícitas o implícitamente constitucionales son derrotadas, a juicio de los intérpretes, por estas normas de cierre, constituyendo así no una derrotabilidad de la consistencia interna de las normas, sino una derrotabilidad de su consecuencia pragmática de aplicación, que para el caso del que nos ocupa este estudio, no es más que una hipotética norma literal del artículo 230 constitucional, según la cual “*los jueces no deben dar justificación alguna al apartarse de las decisiones judiciales precedentes*” siendo ésta una norma que ha sido vista por la Corte como implícitamente derrotable, ya que como se ha podido notar en el discurso del alto tribunal, estaría sujeta a implícitas condiciones negativas de aplicación que no son obtenidas de su formulación textual, sino de otras normas del ordenamiento jurídico, como es caso de la norma de trato igualitario (art. 13 C.P) que se extrae del derecho a la igualdad y que la Corte ha juzgado como también aplicable a la cuestión del “precedente judicial obligatorio”³⁰².

Para cerrar este capítulo es importante decir que hasta aquí hemos mostrado cómo la norma constitucional del “precedente judicial obligatorio” resulta de un acto de construcción jurídica de la Corte Constitucional colombiana. Este “acto de legislación intersticial” ha generado un importante debate en la dogmática jurídica constitucional que ha terminado por plantearse, en forma descriptiva o estipulativa, en el discurso de los juristas bajo las ideas culturales e ideológicas del *civil law* y del *common law*³⁰³. No obstante, este debate no se ha dado desde la teoría general de las normas, es decir, no se ha visto con esa lupa analítica qué tipo norma ha formulado la Corte cuando regula el “precedente judicial obligatorio”, por ello en el capítulo siguiente este estudio se ocupará de este asunto a través de ese determinado enfoque, partiendo de un concepto de *stare decisis*.

³⁰² Chiassoni Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pág. 328.

³⁰³ Gutiérrez González Helton David, *La interpretación y desarrollo del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia en Cuadernos de la Maestría en No. 3*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, sección alumni, págs. 371-429.

CAPÍTULO III

El “precedente judicial obligatorio” y teoría general de las normas

1. Aclaración previa: distinción de los conceptos de *stare decisis* y *ratio decidendi*

Para comenzar este capítulo es necesario hacer una aclaración en relación con la distinción conceptual entre el *stare decisis* y la *ratio decidendi*, ya que tanto en el primero como en el segundo capítulo de este texto, se ha mostrado cómo la Corte Constitucional ha creado la norma constitucional implícita denominada: “precedente judicial obligatorio”. Norma que, como tendremos oportunidad de señalar más adelante, no puede entenderse como una norma prescriptiva o de obligación, sino como una norma no prescriptiva, una norma de competencia, que se podría denominar: definitorio-constitutiva, la cual se constituye en lo que conceptualmente se conoce como *stare decisis*. Con esto, a su vez, se está diciendo que la norma: “precedente judicial obligatorio” es el *stare decisis* del ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, el *stare decisis* es entendido como una norma que se presenta como “obligatoria” para los jueces, fijándoles el “deber” de decidir en forma similar los casos que sean semejantes. Es importante anticipar que esta norma es entendida como de obligación bajo la idea que, de incumplirse, habrá de aplicarse alguna sanción al juez que ha sido dispuesta por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo que tenemos es un tipo de norma que considera como relevante las razones argumentativas de sentencias precedentes, las cuales se han de tener en cuenta en sentencias posteriores, para predicar de éstas su validez como normas individuales y como actos jurisdiccionales³⁰⁴.

De otro lado, por *ratio decidendi* se ha entendido como aquella norma o conjunto de normas que han sido expresadas o usadas por un juez para decidir un caso concreto,

³⁰⁴ Nuñez Vaquero Álvaro, Precedente en materia de hechos en Revista de Derecho, Valdivia, Volumen XXXI, No1, 2018, pág. 54.

es decir, se trata de la norma que se presenta como la premisa mayor de la decisión en una sentencia judicial; no obstante la *ratio* también puede ser constituida por los hechos del caso; o por las consideraciones totales de la decisión del caso que se aplica como precedente; o por la premisa normativa del silogismo judicial en conjunto con todas las razones de justificación que determinan la decisión de un caso concreto. En fin, por *ratio decidendi* se entiende como aquella norma formulada o usada por un juez para justificar interna o externamente una decisión judicial, a la cual la norma del *stare decisis* califica como relevante en un ordenamiento jurídico³⁰⁵.

La anterior distinción es relevante en el contexto de esta investigación, ya que: i) muestra la diferencia existente entre la norma del *stare decisis* y la norma de la *ratio decidendi* con relación al concepto de precedente judicial, el cual puede entenderse como “cualquier decisión de carácter jurisdiccional que expresa al menos una norma a la que se le dota de algún valor normativo para casos diferentes a aquel en cuyo contexto fue dictada”³⁰⁶; ii) en ese sentido se muestra con claridad que el precedente es una propiedad que tienen las sentencias judiciales en la medida en que haya otra norma (la del *stare decisis*) que la califique como tal; iii) por tanto, la existencia y validez de las *rationes decidendi* tiene como condición necesaria y suficiente la existencia y validez de la norma del *stare decisis*; iv) la norma del *stare decisis* no es el precedente judicial, sino la norma que posibilita su existencia y validez; v) por último, esta distinción es clave porque permite comprender que la norma construida por la Corte Constitucional es, como tal, un *stare decisis*, que posibilita la existencia y otorga a validez a las *rationes decidendi* de los demás jueces, tribunales y cortes de la república. Es, por tanto, a esa norma a la que se refiere este texto, asunto que no se puede perder de vista y que redundará en la comprensión del análisis que a continuación se presenta.

³⁰⁵ Nuñez Vaquero Álvaro, op. cit., págs. 55-57.

³⁰⁶ Nuñez Vaquero Álvaro, op. cit., pág. 57.

2. La reconstrucción de la norma implícita: “precedente judicial obligatorio”, el *stare decisis* colombiano

Según como ha quedado claro en el capítulo anterior, la norma del “precedente judicial obligatorio” es un acto de construcción jurídica de la Corte Constitucional colombiana. Se trata, pues, de una norma construida por la Corte a través de conjunto de argumentos creadores de normas. En este sentido puede entonces decirse que, según lo argumentado por el alto tribunal, ese “acto de legislación intersticial”, termina por crear una norma constitucional implícita a través de un conjunto de normas de constitucionales explícitas, concepciones teóricas y asunciones dogmáticas que la Corte toma como punto de partida para su construcción. El “precedente judicial obligatorio” es un producto interpretativo y como tal es una norma (o un conjunto de normas) que se puede reconstruir de la siguiente forma.

Partiendo específicamente de las sentencias T – 123 de 1995, C – 037 de 1996 y C – 836 de 2001, las cuales ya se han analizado anteriormente, se puede hacer una reconstrucción, según la Corte, de la norma denominada por ésta: “precedente judicial obligatorio”, la cual se ha dejado enunciada en líneas arriba. En este sentido la alta corporación ha dicho que, *prima facie*, “el precedente judicial es *obligatorio*”, es decir, que todos los jueces de la república, incluidas las demás altas cortes, “están *obligados* a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores”³⁰⁷. Sin embargo, este “deber” no es definitivo, pues la propia Corte Constitucional manifiesta que los jueces *pueden* apartarse del precedente vertical y horizontal y, en tal acto, “*deberán* justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”³⁰⁸.

Según lo anterior, para apartarse del precedente los jueces *deberán* cumplir dos cargas para justificar en forma suficiente y adecuada por qué deciden apartarse del precedente. En primer lugar, *deberán* cumplir una carga de transparencia, que se cumple citando y mostrando el precedente existente del cual han decidido apartarse. En segundo lugar, *deberán* cumplir una carga de argumentación, la cual se cumple

³⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C – 836 de 2001, Rodrigo Escobar Gil.

³⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C – 836 de 2001, Rodrigo Escobar Gil.

dando razones de justificación que han motivado la escisión del precedente. Estas razones pueden estar motivadas en: a) reformas legislativas, b) cambios sociales, económicos o políticos que hagan injusto o incorrecto la aplicación del precedente, y c) la consideración por parte del altas Cortes que el precedente resulta erróneo en relación con los valores, principios, derechos y fines que fundamentan el ordenamiento jurídico³⁰⁹.

En consecuencia, una reconstrucción específica de la norma de “precedente judicial obligatorio” construida por la Corte, podría verse de la siguiente manera: El precedente judicial es *obligatorio*, sin embargo, los jueces *pueden* apartarse éste, en tal caso *deberán* argumentar de manera suficiente y adecuada por qué han decidido no seguirlo.

Nótese que la Corte usa, en la formulación de la norma implícita que establece el *stare decisis*, tres expresiones: “obligatorio”, “pueden” y “deberán”, las cuales se han usado también en la reconstrucción específica de la norma. Como se sabe, estas palabras son caracteres normativos o calificadores deónticos que permiten establecer si una determinada conducta es, para el caso que nos ocupa, obligatoria o permitida³¹⁰. Dicho de otra forma, tales expresiones sirven para establecer o para descartar si la norma creada es de obligación o se trata de una norma permisiva, situación que tiene relevancia analítica a la hora de mostrar si, en realidad, se trata de una norma definitorio-constitutiva, es decir, si lo que la Corte ha creado es más bien una norma de competencia que impacta en forma directa la validez del acto jurídico denominado sentencia judicial. Sobre este punto se volverá más adelante.

Vistas las cosas de este modo se ha concluido que la norma que permite la existencia y validez del precedente judicial es una norma de obligación, es decir, que el *stare decisis* establece una obligación que ata a todos los jueces a seguir las *rationes decidendi* de sentencias que hayan expresado o usado normas en casos anteriores y análogos a los casos que se deciden posteriormente a éstos. Bajo esta concepción

³⁰⁹ López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, segunda edición, Bogotá, Legis, 2007, págs. 92-93.

³¹⁰ Guastini Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 199, págs. 116 – 120. Alchurrón Carlos E. y Bulygin Eugenio, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, segunda edición, Buenos Aires, Astrea, 2013, pág. 19.

de teoría de las normas se ha dicho que del “análisis de la sentencia C – 836/2001 se sigue que en Colombia existe un sistema de relativo y no absoluto de jurisprudencia. Los precedentes ciertamente son vinculantes, pero no obligan de manera omnímoda (como sería el caso en un sistema absoluto), sino de manera relativa”³¹¹. Lo que deja claro que a partir del lenguaje utilizado por la Corte se ha dicho que la norma que establece el *stare decisis* es propia de la tipología de las llamadas normas de obligación, la cual establece, debido a la posibilidad que tienen los jueces de apartarse del precedente, una especie de obligación relativa.

Esta forma de ver la norma creada por la Corte denominada “precedente judicial obligatorio”, como norma de obligación, no es del todo precisa si el punto es analizado a través de la teoría general de las normas, a través de la cual se puede dar cuenta de una conceptualización no unitaria de normas de obligación, normas de permisivas y normas de competencia, lo que permite analizar si en efecto la norma construida por el alto tribunal se puede clasificar y caracterizarse en alguno de esos tipos de normas y que consecuencias, de verdad o falsedad, tendría esto al momento de expresar ciertos enunciados sobre dicha norma, es decir, lo que se quiere mostrar con el análisis siguiente es: de qué manera se puede entender la “naturaleza” de esta norma constitucional implícita si se le analiza a través de la teoría de las normas; asunto a través del cual se hará claridad para saber a qué hacemos referencia cuando nos referimos a la norma del “precedente judicial obligatorio”.

3. Sobre normas de obligación y la norma del “precedente judicial obligatorio”

Como se ha visto, la norma creada por la Corte Constitucional, denominada “precedente judicial obligatorio”, ha sido entendida como una norma de obligación, partiendo de una concepción punitiva del concepto de obligación que ha llevado a asegurar que estamos ante una obligación relativa debido a la posibilidad de una sanción penal que recaería sobre el juez, por posiblemente incurrir en el delito de prevaricato por acción, si éste llegase a apartarse del precedente judicial sin justificar de manera suficiente y adecuada, cumpliendo con las cargas de transparencia y

³¹¹ López Medina Diego Eduardo, op. cit., pág. 92.

argumentación fijadas como excepciones que relativizan el “deber” que, prima facie, ata la conducta del juzgador a las *rationes decidendi* expresadas en sentencias anteriores y análogas al caso actual, que ha decidido él mismo u otros jueces de mayor jerarquía funcional³¹².

No obstante, la concepción punitiva no es la única que está dispuesta en la teoría de las normas jurídicas para calificar si una norma puede entenderse como de obligación o, dicho de otra forma, si los enunciados que se expresen en ese sentido sobre una determinada norma son verdaderos o falsos. Razón por la cual es analítica y teóricamente adecuado proceder a un escrutinio que permita mostrar porque no resulta concluyente entender el “precedente judicial obligatorio”, tal cual ha sido creado por la Corte, como una norma de obligación, a pesar del calificador deóntico de “obligatorio” que aparece en su formulación por parte del alto tribunal.

Así las cosas, es bien conocido que en la teoría general de las normas existen varias concepciones sobre la *obligación jurídica* que han mostrado que dicho concepto se estructura según ciertos estados psicológicos, a partir de la posibilidad de castigos, por la previsión de alguna sanción normativa, por la aceptación de ciertas reglas sociales o por razones de tipo moral³¹³. Todos estos enfoques forman un concepto no unitario de la obligación jurídica que permiten dar cuenta de qué manera una norma puede llegar catalogarse como de obligación y, a su vez, si los enunciados que se expresan sobre esta tendrían algún valor de verdad o falsedad, razón por la cual a continuación analizaremos el “precedente judicial obligatorio” para determinar si se puede calificar como una norma de obligación.

³¹² López Medina Diego Eduardo, *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Bogotá, Legis, 2016, págs. 83 – 97.

³¹³ Mendonça Daniel, *Las claves del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pág. 65.

3.1. La concepción psicológica

Los autores más relevantes de esta concepción, sin lugar a duda, serían Axel Hägerström³¹⁴, Karl Olivecrona³¹⁵ y Alf Ross³¹⁶. Estas posturas suelen caracterizar los enunciados normativos de y sobre obligaciones como si tratara de expresiones o proposiciones que versan sobre estados psicológicos de una persona o de una comunidad, es decir, aquí los derechos y las obligaciones operan como entidades ideales que, como tal, solo existen en la mente humana. De este modo, se predica que el deber es tan solo un motivo para el comportamiento legal, mediante el cual se actúa no por miedo a algún tipo de sanción jurídica, sino por un respeto totalmente desinteresado hacia el derecho³¹⁷. Visto de este modo, el deber vendría a ser producto de una realidad imaginaria, es decir, un tipo de sentimiento que conlleva a la realización de determinadas acciones, lo que supone un sentido de deber a través del cual se experimenta un impulso de cumplir o realizar un acción con total independencia de las elecciones o valoraciones que la acompañen; sin embargo también podría decirse que si el impulso proviene no del desinterés sino del temor a algún tipo de sanción, entonces no sería el sentido del deber el que moldea la conducta humana, sino más bien algún tipo de cálculo o prudencia que opera a la hora de actuar³¹⁸.

Ahora bien, concebir, bajo este enfoque, la norma del “precedente judicial obligatorio” construida por la Corte Constitucional, como una norma de obligación no es satisfactorio, ya que la consecuencia de adoptar esta postura nos llevaría forzosamente a aceptar la equivalencia del estado de ánimo de quien recibe un mandato y de quien experimente un sentido del deber, pues desde aquí se estaría afirmando que la causa del sentimiento de constricción es igual en ambas cosas, lo que no es aceptable. Pues una cosa es cumplir un mandato y otra muy distinta experimentar el sentido de un deber. Quien responde con el cumplimiento ante un mandato no lo hace porque quien lo profirió haya despertado en él el *deseo* de realizar

³¹⁴ Castignone Silvana, La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia, trad. Pablo Moreno Cruz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 37 – 62.

³¹⁵ Olivecrona Karl, El derecho como hecho, Bogotá, Temis, 2018. Olivecrona Karl, Lenguaje jurídica y realidad, México, Fontamara, 1991, págs. 48 – 58.

³¹⁶ Ross Alf, Sobre el derecho y la justicia, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

³¹⁷ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 65.

³¹⁸ Castignone Silvana, op. cit., págs. 40 – 41.

una determinada acción, sino que actúa en cumplimiento de una orden independientemente del deseo que tenga en cuanto a la realización de la acción³¹⁹.

De otro lado, quien actúa experimentando un sentido de deber, lo hace movido por sus propias convicciones y no en acatamiento de una orden externa; no obstante, es posible que el *mandato* y el *sentido del deber* puedan de alguna forma coincidir al punto de encontrar algunas semejanzas, sin embargo, existe una diferencia muy fuerte entre uno y otro que impide que sean del todo asimilables, la cual está en la reacción psicológica que se asume, ya que al mandato en su forma expresiva: “debes hacer esto” se responde “haré esto”, lo que hace que no se pueda asumir la obligación como una característica objetiva de la acción, quedando la sensación de que se experimenta el deber como una cualidad empírica³²⁰; además, esta concepción bajo la idea de que la obligación equivale a sentimientos de presión o ciertos impulsos que experimenta el obligado, termina por confundir dos expresiones distinguibles: “verse a obligado a” y “tener la obligación de”, dado que la primera se refiere a ciertas creencias o motivos que dirigen la acción humana, mientras que la segunda se refiere a la existencia de normas válidas que constituyen el origen de la acción impuesta³²¹.

Entonces si asume aquí que la norma del “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación se tendría que aceptar que el deber de seguir el precedente solo existe en la mente de los jueces, teniendo esto como consecuencia que si algunos de ellos, ante la norma creada por la Corte, se sienten obligados bastaría eso para que la obligación exista. Pero si otros jueces no se sienten obligados y deciden no seguir el precedente, porque en efecto no tienen un sentimiento de constricción hacia éste, entonces, tal obligación no existiría. Lo que sería inaceptable porque la existencia de una obligación en un Estado de Derecho no depende del estado de ánimo de las personas sino de la “existencia” de normas jurídicas que las contienen expresa o implícitamente, las cuales responden a criterios de pertenencia al ordenamiento jurídico.

³¹⁹ Castignone Silvana, op. cit., págs. 47 – 48.

³²⁰ Castignone Silvana, op. cit., págs. 49 – 50.

³²¹ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 68.

De esta manera se torna, puede decirse que una norma “existe” en dos sentidos. Una norma puede existir “empíricamente” bajo la idea de que las normas son entidades lingüísticas que son significados de enunciados prescriptivos, en este sentido, una norma existe porque ha sido formulada por alguien. Ahora bien, una norma “existe” jurídicamente en un ordenamiento jurídico y por ello pertenece a este si, además de haber sido formulada, ha sido discutida, dictada y publicada con base en las normas que regulen su producción de ese ordenamiento³²²; además de esto una norma “existente” en un ordenamiento puede llegar a ser material o formalmente válida o inválida, lo que no solo aplica para las normas explícitas sino también para las implícitas, es decir, i) normas que han sido válidamente inferidas a través de normas explícitas, pero añadiendo premisas posteriores como por ejemplo conceptos doctrinales, asunciones dogmáticas; ii) normas que han sido inferidas persuasivamente partiendo de normas explícitas, pero a través de razonamientos lógicamente inválidos o no deductivos, que han sido expresados a través de argumentos interpretativos³²³.

Según esto, tal como ha quedado expresado en el segundo capítulo de este texto, la norma del “precedente judicial obligatorio” ha sido creada por la Corte Constitucional, siendo así una norma implícita formulada por el alto tribunal, por tanto existente en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual responde a los dos criterios señalados en el párrafo anterior, pues se trata de una norma válida que responde a ciertos criterios materiales de validez, es decir, aquellos que hacen referencia al contenido de las normas, pero también a criterios formales, pues ha sido formulada vía “interpretación” por la Corte, como intérprete auténtico del documento Constitucional³²⁴. Por lo cual puede decirse que la norma existe y es válida por los criterios antes expresados, no porque sea un mandato o un sentido del deber que esté en la mente de los jueces, por tanto, este no parece ser un criterio adecuado para concluir que la norma denominada “precedente judicial obligatorio” pueda calificarse como una norma de obligación.

³²² Guastini Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría*, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 398 y 402.

³²³ Guastini Riccardo, *op. cit.*, 1999, págs. 393.

³²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 820 de 2006, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

3.2. La concepción predictiva

En esta concepción podría ubicarse a un teórico como Oliver Wendell Holmes³²⁵. En este enfoque las obligaciones son vistas no como un asunto de temores, creencias y motivos, sino que se definen bajo la idea probabilística de que, en caso de incumplimiento, el obligado sufra un castigo por parte de terceras personas. Por tanto, los derechos y los deberes no son otra cosa que las predicciones que se hacen en relación con que, si alguien hace o deja de hacer algo, tendrá que sufrir las consecuencias previstas, debido a una sentencia judicial³²⁶.

Bajo esta concepción tampoco resulta coherente llegar a la conclusión que la norma del “precedente judicial obligatorio” puede ser entendida como de obligación, bajo la idea de una predicción de las consecuencias futuras que recaigan sobre un juez por haber incumplido el “deber” de seguir las *rationes decidendi* expresadas en sentencias de casos análogos a los que se deciden en la actualidad, ya que una postura como esta equivale a sostener que la obligación jurídica se identifica con el acto de predicción, es decir, que sin ese acto la obligación o el derecho no existirían, pues son una y la misma cosa. Lo que resulta poco factible, porque una obligación jurídica existe independientemente de los actos de predicción que se hagan sobre ésta. Dicho de otra forma, la existencia de la obligación jurídica depende de la existencia de una norma jurídica que le contenga, norma que asegurará su cumplimiento previendo una sanción para el incumplido. No significando esto que la sanción deba efectivamente darse para que se pueda hablar de la existencia o no de la obligación³²⁷. Y mucho menos que ante la existencia de la norma que fija la obligación y la sanción que asegura su cumplimiento, se deba depender de una predicción, dejando de lado la conexión normativa que hay entre la previsión de una acción y la sanción que prevé de darse su incumplimiento³²⁸. Por tanto, este enfoque también resulta insatisfactorio para caracterizar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación, pues las normas válidas son producto de otras normas que son usadas por el órgano competente que las promulga, no de las predicciones de los juristas.

³²⁵ Holmes Wendell Holmes, *The Path of the Law*, Harvard Law Review, 1987.

³²⁶ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 66.

³²⁷ Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pág. – 92.

³²⁸ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 69.

3.3. La concepción realista

En este enfoque podría estar ubicado H.L.A Hart³²⁹. Para él estar sometido a una obligación siempre implica la existencia de una regla. Sin embargo, agrega que la obligación que impone la regla deviene de una exigencia social general que insiste en el cumplimiento de la regla, es decir, de una presión social que se ejerce sobre las personas que se desvían o intenta desviarse de la regla. Esta presión social según él opera como un sustento de la obligación y hace que ésta sea vista como algo muy relevante para preservar la vida en sociedad³³⁰.

Esta concepción de normas de obligación no es tampoco satisfactoria para caracterizar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación y esto porque este enfoque gira entorno a reglas de tipo social. Es cierto que esta perspectiva indica que para que alguien tenga una obligación debe existir una regla, pero al parecer esa regla no es tipo jurídico, ya que las reglas aquí son caracterizadas a través de: i) la presión social que opera como respaldo, ii) la relevancia de los valores que esas reglas promueven, iii) el posible conflicto entre lo que debe hacerse y lo que se desea.

Con estas características se muestra que este enfoque no es adecuado para referirse a obligaciones jurídicas establecidas a través de normas jurídicas que han dictado órganos competentes usando otras normas del ordenamiento legal, pues la existencia las obligaciones jurídicas no depende del criterio de aceptación de los miembros de un grupo social, quienes a su vez las mantienen como exigencias generales a través de la presión que ejercen contra quienes deciden quebrantarlas o amenazar su transgresión³³¹; considerar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación bajo las consideraciones anteriores equivale a equiparar las obligaciones que tienen su origen en normas consuetudinarias, con normas que se originan en las fuentes formales de un ordenamiento jurídico o lo que es lo mismo en disposiciones constitucionales y legales o sentencias judiciales, lo que termina por ignorar que donde hay autoridades competentes las obligaciones jurídicas se originan, modifican

³²⁹ Hart H.L.A, *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012.

³³⁰ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 66.

³³¹ Mendonça Daniel, *op. cit.*, págs. 70 - 71.

y extinguen por su actividad normativa. Por tanto, no es posible caracterizar una obligación jurídica a partir de reglas sociales, pues el único camino para su identificación son las normas jurídicas³³².

3.4. La concepción naturalista

En este enfoque se puede ubicar a Ronald Dworkin³³³, quién como se sabe, ha criticado ampliamente al positivismo jurídico. Una de sus críticas ha consistido en afirmar que no es aceptable decir que las obligaciones tengan origen tan solo en normas jurídicas válidas, pues según él las obligaciones jurídicas se originan también en principios, entendiendo por estos un tipo de estándar que debe ser observado como una exigencia de la moral. En este sentido la existencia de una obligación jurídica radica en el mayor peso que esos principios tengan en relación con otro tipo de razones, es decir, que los principios jurídicos obligatorios vendrían a operar como un tipo de razones (morales) que darían fundamento a la obligación jurídica frente a otro tipo de razones menos fuertes que, por tanto, tenderían que ceder ante estas³³⁴.

Esta concepción se torna inaceptable para fundamentar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, la idea de que las personas tienen obligaciones jurídicas basadas en principios morales constituye una idea iusnaturalista muy discutible en el momento de considerar la relación entre derecho y moral. Pues si se acepta que el derecho tiene una conexión necesaria con la moral, como se afirma en este enfoque, entonces valdría la pena reflexionar a qué tipo de moral se refiere. Por ejemplo, si se trata de una moral positiva, es decir, la que producen los mismos sujetos morales, se debería aceptar entonces la obligación de seguir el precedente no emana de las normas dictadas por autoridades estatales, sino de esos sujetos morales³³⁵.

De otro lado, si se trata de una moral crítica, la cual es elaborada por los filósofos con el fin de mejorar la moral positiva, se estaría aceptando que la existencia de la

³³² Ibidem.

³³³ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

³³⁴ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 67.

³³⁵ Barberis Mauro, *Introducción al estudio del Derecho*, Lima, Palestra, 2015, pág. 29.

obligación tiene su origen en la filosofía y no en el ordenamiento jurídico positivo³³⁶, lo que llevaría en ambos casos a firmar que es una moral externa al derecho la que sería fuente de obligaciones jurídicas, cuestión que sería inaceptable en un Estado de Derecho, donde los únicos autorizados para crear obligaciones jurídicas son las autoridades competentes; las obligaciones jurídicas están contenidas en normas jurídicas o no son obligaciones de este tipo.

3.5. La concepción prescriptivista

Esta concepción está representada en los trabajos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin³³⁷. Para ellos la existencia de una norma radica en que haya sido promulgada por una autoridad. En ese sentido sostienen que una determinada acción es obligatoria si esa autoridad ha proferido una norma que la contiene y mediante la cual ordena esa determinada acción, independientemente de si esa norma consagra o no algún tipo de sanción por su transgresión y el incumplimiento de la obligación³³⁸. En ese orden de ideas admiten que las normas pueden ser categorizadas como de obligación sin la necesidad de una sanción que asegure el cumplimiento de la obligación. Así, pues, se admite la existencia de obligaciones jurídicas sin sanción.

Este enfoque tampoco se muestra satisfactorio para clasificar, como una norma de obligación, la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte Constitucional, pues no es para nada sensato admitir que existan obligaciones jurídicas sin sanción. Es más, se podría llegar a cuestionar si se trata de una obligación genuina aquella desprovista de toda sanción, pues de aceptarse esta idea, las obligaciones jurídicas serían indistinguibles de las recomendaciones; pues no sería insensato afirmar que alguien se encuentra obligado a hacer o no hacer algo, si tal obligación carece de una consecuencia jurídica. De este modo, puede decirse que, si la omisión de una conducta no es sancionada, por ejemplo, omitir seguir el precedente judicial “obligatorio”, entonces tal conducta no es obligatoria. La sanción, pues, es

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ Alchourrón Carlos y Bulygin Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2013. Alchourrón Carlos y Bulygin Eugenio, *Derecho y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³³⁸ Mendonça Daniel, *op. cit.*, págs. 67-68.

condición necesaria para que haya obligación jurídica. No hay obligación sin sanción, pues entre ellas hay una implicación recíproca³³⁹.

En relación con este enfoque, es necesario detenerse un poco más, dado que es, tal vez, el que se sostuvo en alguna época para clasificar la norma del “precedente judicial obligatorio”, creada por la Corte Constitucional, como una norma de obligación. Como ya se expresó anteriormente se ha entendido que, en el caso colombiano, esta norma constitucional implícita es de obligación, es decir, que fija un valor vinculante para los precedentes, aunque lo hace de modo relativo, al reglar la posibilidad que los jueces tienen para apartarse del mismo, cumpliendo con las cargas de transparencia y argumentación, esto según supuestamente se sigue del análisis de la sentencia C-836 de 2001³⁴⁰. Sin embargo, esta postura no resulta del todo adecuada, pues, bien vistas las cosas, no existe norma jurídica que regule una sanción para los jueces que decidan a apartarse del precedente.

El solo hecho de apartarse del precedente no tiene como consecuencia una sanción penal ni disciplinaria para el juez. Solo es un hecho que puede llegar a afectar la validez del fallo si este llegase a ser cuestionado mediante los recursos ordinarios y extraordinario o por medio de una acción tutela, ya que apartarse o violar el precedente judicial se constituye en una causal específica de acción de tutela contra sentencias judiciales, causales que también fueron creadas por la Corte Constitucional entre los años 2000 y 2003, siendo sistematizadas en la sentencia C – 590 de 2005³⁴¹. No parece sensato entonces hablar de obligación sin sanción. Mucho menos cuando ese hecho solo afecta la validez del acto denominado sentencia, pues esto no puede ser equiparado a una sanción ya que, si determinado acto resulta inválido por el incumplimiento de alguna norma no prescriptiva, no se trata de una infracción a alguna norma que contenga algún tipo de obligación³⁴².

³³⁹ Guastini Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 69 -70.

³⁴⁰ López Medina Diego Eduardo, *op. cit.*, 2007, pág. 92.

³⁴¹ López Medina Diego Eduardo, *Los eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Bogotá, Legis, 2016, pág. 79

³⁴² Hart H.L.A, *op. cit.*, 2012, págs. 35 – 36.

3.6. La concepción punitiva

Este enfoque es sostenido en las principales obras de Hans Kelsen³⁴³. Aquí se afirma que cuando alguien está jurídicamente obligado a hacer o a omitir algún comportamiento es porque existen normas jurídicas que así lo ordenan y que también sancionan el incumplimiento de tales normas. En este caso se dice que el comportamiento ordenado por la norma se encuentra enlazado a una sanción, la cual se entiende como un acto coactivo que asegura su cumplimiento. Por ello, en esta concepción se sostiene que la obligación jurídica está íntimamente ligada a la sanción, al punto de afirmar que no existe obligación jurídica sin sanción jurídica, razón por la cual, en caso de estar reglada una conducta y ante el acaecimiento de un comportamiento contrario debería (hipotéticamente) producirse la sanción. La obligación, pues, se identifica con la norma que ordena una determinada conducta, siempre y cuando, está atada a una sanción³⁴⁴.

En relación con lo anterior es necesario decir que, en efecto, la invalidez del acto denominado sentencia judicial causado por el hecho de no seguir el “precedente judicial obligatorio” no debe ser equiparado a una sanción, ya que las sanciones como las multas o la pena privativa de la libertad son entendidas como costes que se imponen para que la realización de cierta conducta sea no deseable o menos deseable, pero afectar o no permitir que determinado acto, como una sentencia, tenga efectos jurídicos, es decir, que resulte inválido por incumplimiento de ciertas normas, no tiene la finalidad de que ese acto se haga más o menos deseable, sino más bien de negar que ese acto produzca los efectos que el derecho tiene previsto para él y, en ese caso, que produzca los beneficios que se prevén si ese acto hubiese resultado válido por haber sido dictado conforme a las normas que preveían su validez jurídica. Por tanto, la invalidez del fallo que no siga el precedente no puede verse correctamente como equiparable a una sanción³⁴⁵. Lo anteriormente dicho está fundado en la idea en que la invalidez del acto jurídico denominado sentencia judicial no puede ser asimilado a la sanción establecida por una norma que pretende estimular

³⁴³ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pág. 63. En el mismo sentido Kelsen Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, págs. 68-70.

³⁴⁴ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 66.

³⁴⁵ Shapiro Scott J., *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014, págs. 97 – 98.

a su destinatario para que éste se abstenga de realizar ciertas actividades que la norma prohíbe, ya que esta no sería la finalidad de la norma que establece condiciones para considerar un acto jurídicamente válido³⁴⁶.

Ahora bien, en este enfoque es necesario detenerse un poco más, ya que quizás, es el que se está teniendo en cuenta en la actualidad para clasificar la norma del “precedente judicial obligatorio”, creada por la Corte Constitucional, como una norma de obligación, sobre todo a partir de la sentencia C – 335 de 2008, a través de la cual la Corte Constitucional decidió sobre la constitucionalidad del artículo 413 del Código Penal (ley 599 de 2000)³⁴⁷, el cual consagra el tipo penal de prevaricato por acción. Según se ha dicho, a partir de esta sentencia, dicho delito constituye una amenaza – una sanción – para los jueces que se aparten del precedente sin que medie algún tipo de justificación, es decir, sin cumplir con las cargas de transparencia y argumentación. Para esta postura hoy no cabe duda de que, la norma implícita creada por la Corte, a través de la cual se estableció el “precedente judicial obligatorio” es una norma de obligación, debido a que la conducta de omitir seguir el precedente sin dar razones de justificación se encuentra sancionada en ese tipo penal, lo que supuestamente se sigue del análisis de aquella sentencia³⁴⁸. Sin embargo, esta posición no parece del todo concluyente, por las razones que se expresan a continuación.

Como se acaba de advertir, la Corte Constitucional en la sentencia C – 355 de 2008 tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre si el delito de prevaricato por acción contenido en el tipo penal en el artículo 413 del Código Penal era o no inconstitucional. Esto debido a una demanda de inconstitucionalidad que promovieran unos ciudadanos en contra de dicho artículo. La demanda cuestiona la totalidad de ese tipo penal, el cual señala que incurre en el delito de prevaricato “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”. Los demandantes argumentaron que éste resultaba ser inconstitucional debido a que la Constitución de 1991 había realizado una transformación del sistema fuentes que

³⁴⁶ Hart H.L.A, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, págs. 43 – 44.

³⁴⁷ El artículo 413 del Código Penal colombiano reglamenta lo siguiente: “Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”

³⁴⁸ López Medina Diego Eduardo, *op. cit.*, 2016, págs. 83 – 91.

implica que los jueces y los funcionarios administrativos no solo se encuentran atados a la ley, sino al bloque de constitucionalidad, es decir, a la Constitución, a los tratados internacionales, así como a la interpretación que hagan de ésta y aquellos, los intérpretes supremos, esto para lograr criterios uniformes de aplicación del derecho y un óptimo funcionamiento del sistema jurídico.

En ese orden de ideas, los demandantes también afirman que la ley ha dejado de ser el único parámetro de control de los actos jurídicos proferidos por los jueces y los funcionarios administrativos, debido a la fuerza normativa de la Constitución, de la jurisprudencia constitucional y de la jurisprudencia ordinaria, la cual ha sido reconocida como fuente formal del derecho en el ordenamiento jurídico. Por esto manifiestan que el tipo penal resulta inconstitucional, ya que regula como único parámetro de control a ley, excluyendo a la Constitución y a la jurisprudencia de las altas Cortes a la cual los jueces y funcionarios se encuentran sujetos. Además, si se tiene en cuenta lo que implica la cláusula de Estado Social de Derecho regulada en la Constitución debe forzosamente concluirse que el control a sentencias judiciales y actos de la administración debe hacerse teniendo en cuenta todo el sistema de valores y principios constitucionales que implica dicha cláusula, los cuales no se satisfacen con el principio de estricta legalidad.

Frente a estos reparos de inconstitucionalidad la Corte Constitucional decide declarar la exequibilidad pura y simple del artículo demandado, llegando a considerar entonces que éste se encuentra ajustado a la Constitución, bajo el argumento de que el sentido del término “ley” que se encuentra en la disposición ha sido fijado de forma reiterada en su jurisprudencia, en la que se ha dejado claro que dicho vocablo no hace alusión únicamente a la ley expedida por el Congreso de la República, sino a todas las fuentes del ordenamiento, las que según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución pueden calificarse de una parte como principales como la Constitución, la ley, los actos administrativos de carácter general y, de otra, como auxiliares, como en efecto lo son la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho³⁴⁹. Con lo que la Corte deja claro, que el mismo sentido adjudicado al término “ley” contenido en dicho artículo superior, también es perfectamente aplicable al mismo vocablo

³⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C – 355 de 2008, M.P Humberto Sierra Porto

contenido en el artículo demandado, motivo por el cual para la Corte no les asiste razón a los demandantes.

Ahora bien, resuelto el cargo de inconstitucionalidad como se señaló anteriormente, la Corte Constitucional se esmera por dejar claro, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, qué se entiende cuando el tipo penal de prevaricato por acción expresa que se comete este delito cuando un servidor público profiere “resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”. Para ello, el tribunal constitucional concluye que i) se trata de un delito de sujeto activo calificado, ya que solo puede ser cometido por funcionarios públicos y por ciertos particulares que ejerzan funciones públicas; ii) aunque se trata de un delito pluriofensivo el sujeto pasivo de la conducta punible es la administración pública; iii) el objeto material de la conducta lo constituyen sentencias judiciales y actos administrativos, ya que refiere a “resolución, dictamen o concepto”.

En relación con la expresión “manifiestamente contraria a la ley”, es claro para la Corte Constitucional que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado dicha expresión en el sentido de: i) norma aplicable al caso; ii) ordenamiento jurídico colombiano; iii) mandatos constitucionales; vi) ley en sentido formal y material; y v) actos administrativos. Razones por las que resulta diáfano que la Corte Suprema no entiende dicha expresión únicamente como sinónimo de ley expedida por el Congreso de la República, interpretación que para la Corte Constitucional resulta ajustada a la Constitución³⁵⁰.

Finalmente, la Corte Constitucional se ocupará del tema que resulta de capital importancia para esta investigación, esto es, si el hecho de que los jueces se aparten del precedente judicial, sin exponer razones suficientes y adecuadas, da lugar a la comisión del delito prevaricato o, dicho de otro modo, si este delito puede entenderse como una norma que regula una sanción para los jueces que se aparten del precedente sin justificación y, siendo ese el caso, que se pueda entonces entender la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte, como una norma de obligación.

³⁵⁰ Ibidem.

En este punto, el tribunal constitucional empieza por sostener que el delito de prevaricato no se comete por el solo hecho de que un juez se aparte sin justificación, en su sentencia, de la jurisprudencia proferida por las altas cortes, a no ser que se trate, dice la Corte, de una sentencia de control constitucionalidad de la ley o de la jurisprudencia dictada por ellas que, a su vez, comporte una violación directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general. Con esto la Corte no niega el carácter relevante que tiene el precedente en el sistema fuentes del derecho, pero si empieza por dejar claro que una simple discordancia entre un pronunciamiento judicial y aquel no se traduce en la comisión del delito de prevaricato³⁵¹.

Dejando claro lo anterior, la Corte Constitucional sostendrá que cuando un juez o un funcionario administrativo se aparta del precedente constitucional que ha sido dictado en una sentencia de control de constitucionalidad de la ley, puede llegar a cometer el delito de prevaricato, pero por una violación directa del artículo 243 de la Constitución, el cual dice que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional” y que, además, “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Situación que implica que los jueces no pueden aplicar normas declaradas inexecutable, ya que tales normas han perdido su existencia y validez en el ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, cuando se trata de un fallo de exequibilidad condicionada en el que la Corte fija el sentido (constitucional) de una disposición legal, según ella, ninguna autoridad puede aplicar tal precepto desatendiendo el sentido (norma) fijado por la Corte en el fallo de constitucionalidad. En tal caso serán vinculantes tanto la parte resolutive como la parte motiva de la decisión (en su ratio decidendi). Y cuando una autoridad judicial o administrativa decide apartarse del precedente fijado en este tipo de sentencias, lo que se produce es una violación directa de la Constitución, ya que,

³⁵¹ Ibidem.

según la Corte, a los servidores públicos le está vedado darle a la ley un sentido distinto del fijado por el intérprete auténtico de la Constitución³⁵².

Ahora bien, posteriormente la Corte pasa a considerar en qué casos el desconocimiento de la jurisprudencia dictada por las altas Cortes constituye, a su vez una violación directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general y la relación que esto tiene con el delito de prevaricato. Para ello, empieza por decir que pueden existir casos en que un servidor público puede incurrir en el delito de prevaricato no por apartarse o desconocer la jurisprudencia dictada por una alta corte, sino porque, aunque la jurisprudencia es considerada una fuente autónoma del derecho, la violación comporte una transgresión no de la jurisprudencia misma, sino una violación directa de disposiciones constitucionales y legales³⁵³.

Para justificar su razonamiento, el alto tribunal recurre a la distinción entre disposición y norma. Señala que las disposiciones son simples enunciados normativos, a los cuales se les atribuye significado a través de la interpretación. Es así como la Corte entiende que las normas son el resultado de la interpretación que recae sobre disposiciones constitucionales y legales. Por eso dice que de una disposición pueden derivarse diferentes normas en forma de prohibiciones, obligaciones y permisiones. Por tanto, las disposiciones son un objeto para interpretar, mientras que las normas son el producto de la interpretación³⁵⁴. En este sentido, para la Corte, cuando una disposición tiene un sentido unívoco se presenta una identidad de disposición y norma, quedando en este caso reducida la actividad creativa del juez. De otro lado, cuando la univocidad de sentido normativo no se da, se pierde la identidad en disposición y norma, quedando su aplicación al caso concreto no bajo un simple procedimiento de subsunción, sino convirtiéndose en una tarea de discrecionalidad interpretativa donde la actividad judicial se torna en concretización y derivación normas creadas por el juez para resolver el caso, dice la Corte³⁵⁵.

³⁵² Ibidem.

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ Ibidem.

³⁵⁵ Ibidem.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal constitucional afirma que cuando se da el caso en el que no existe gran diferencia entre la disposición constitucional o legal y la norma que se aplica al caso, seguir la jurisprudencia de las altas cortes equivale aplicar en forma directa la Constitución o la ley, lo que hace irrelevante la vinculatoriedad de dicha jurisprudencia. En palabras de la propia Corte, “siendo tan estrecho el nexo existente entre la disposición legal y la norma, la labor de intermediación que cumple la jurisprudencia entre ambas se desvanece, con lo cual la fuerza vinculante termina siendo de la ley y no de aquélla”³⁵⁶. Por tal motivo, cuando los jueces y los funcionarios administrativos se apartan de la jurisprudencia, en estos casos, pueden estar inmersos en el delito prevaricato no por violación de ésta, sino por una transgresión directa de la Constitución o la ley³⁵⁷. Casos en los cuales decir, que el delito prevaricato constituye una sanción a la conducta de apartarse del precedente sin justificación, resulta un enunciado descriptivo falso.

De otro lado, para la Corte, otra es la situación cuando una disposición constitucional o legal es susceptible de tener varios significados, es decir, cuando se da el caso que se puedan derivar varias normas de una sola disposición. Para el alto tribunal, en tales casos existen otros mecanismos en el ordenamiento jurídico que están dispuestos para controlar jurídicamente a los jueces, cuando estos deciden apartarse de la jurisprudencia de las altas cortes sin que medie justificación alguna. Estos mecanismos son, por ejemplo, el recurso extraordinario de casación, razón por la cual no se debe recurrir aún mecanismo tan severo como lo es la privación de libertad por una condena por el delito de prevaricato por acción. Esto debido a que no se podría asegurar que un juez o funcionario administrativo que actuara de esta forma estuviese dictando una resolución o sentencia “manifiestamente contraria a la ley” como lo exige el tipo penal del mencionado delito, por tanto, la sentencia no resultaría arbitraria ni irrazonable. Lo mismo sucede cuando no hay jurisprudencia constante de las altas cortes sobre alguna materia³⁵⁸. De esta forma, en casos como estos, sostener que apartarse del precedente sin justificación encuentra una sanción en el delito de prevaricato por acción es, del mismo, un enunciado cognoscitivo carente de verdad.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ Ibidem.

Por último, la Corte llega a considerar dos casos adicionales en relación con la posible comisión del delito de prevaricato por acción. Por un lado, está la cuestión de los casos novedosos, en los cuales se descarta de plano que pueda darse este delito debido a que, precisamente por su novedad, no se puede decir que los jueces funcionarios administrativos se aparten de la jurisprudencia de las altas cortes, pues tal jurisprudencia precisamente por la novedad del caso es inexistente, es decir, la hipótesis delictiva se descarta por sustracción de materia. Por otro lado, están los casos jurisprudencia constante, reiteración jurisprudencial y sentencias de unificación, donde la Corte sostiene que sí se puede dar el mencionado delito. Sin embargo, el alto tribunal vuelve manifestar que en estos últimos tres casos mencionados el desconocimiento de la jurisprudencia dictada por una alta corte debe comportar, a su vez, “una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”³⁵⁹, lo que nos regresa al punto inicial, según el cual la única posibilidad que plantea la Corte para que se dé este delito es cuando hay identidad entre disposición y norma o, lo que es lo mismo, cuando la infracción penal es de normas literales, caso en el que realmente lo que se está violando no es el precedente judicial, sino la Constitución o la ley en forma directa. Por ello, lo que se puede observar es que el enunciado descriptivo que indica que el delito de prevaricato por acción constituye la sanción por apartarse del “precedente judicial obligatorio” es falso, por lo que no resulta plausible que la norma creada por la Corte sea una norma prescriptiva, una norma de obligación.

Para cerrar este punto, es necesario referirse a cierta postura en la que se observa una posición contraria a la que aquí se ha sostenido. Pues en una lectura de esta misma sentencia (C-335 de 2008) se ha dicho que el delito de prevaricato por acción constituye una *amenaza* para los jueces³⁶⁰. Bajo esa idea se ha sostenido que,

“cuando la diferencia entre texto preinterpretado y norma posinterpretada es significativa, la Corte Constitucional afirma que, frente a jurisprudencia reiterada, la doctrina judicial ya se ha fundido al sentido de la norma de origen legal y que, por tanto, este desconocimiento jurisprudencial puede ser también

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ López Medina Diego Eduardo, op. cit., 2016, págs. 83 – 90.

ser tratado como prevaricato. [Luego se afirma que hacia la parte final de la sentencia la Corte] dice que el tipo penal no solo protege el precedente “unilateral” (es decir, aquel que declara judicialmente una “norma” que se desprende sin dificultades del “enunciado normativo”), sino también el “constante” o el “reiterado”, incluso cuando la interpretación no constituya una mera subsunción³⁶¹.

En relación con esta lectura de la sentencia a través de la cual se estaría afirmando que la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte Constitucional es una genuina norma de obligación o de la cual se deriva una obligación relativa de seguir el precedente, ya que está acompañada de una amenaza (sanción) se podrían manifestar tres argumentos: i) afirmar que el delito de prevaricato por acción constituye una amenaza para los jueces no capta bien la idea del concepto de obligación en el derecho, ya que esto nos pondría de nuevo en la definición de derecho de Austin como “órdenes respaldadas por amenazas”, lo que podría llevar a afirmar, si lo decimos con Hart, que los jueces no siguen el precedente porque *están* obligados a seguirlo, sino porque *se ven* obligados seguirlo, lo que no serviría para diferenciar la obligación jurídica de una orden dada por un asaltante³⁶²; ii) de otro lado podría también confundirse, si lo afirmamos con Kelsen, entre el sentido subjetivo de la orden dada por un ladrón de caminos y el sentido objetivo que tiene una obligación regulada en una norma jurídica, sentido que se resuelve en un criterio de validez jurídica³⁶³; iii) finalmente sostener que la Corte Constitucional ha dicho en esta sentencia que el delito prevaricato por acción resulta aplicable cuando se presenta un diferencia significativa entre disposición y norma es un enunciado cognoscitivo falso, porque como se pudo ver, lo que la Corte ha expresado es que el delito de prevaricado por acción solo aplicaría, aún en el caso de jurisprudencia constante, de reiteración y sentencias de unificación, solo cuando se trata violaciones directas a la Constitución o a la ley, es decir, cuando no hay diferencia entre disposición y norma. Para decirlo sintéticamente este delito solo podría aplicar en caso violación de normas literales, como también se ha reiterado en las sentencias C-539 y C-634 de 2011. Por tanto, no parece sensato afirmar que la sanción por el delito de prevaricato por acción se deriva

³⁶¹ Ibidem, pág. 91.

³⁶² Hart H.L.A, op. cit., 2012, pág. 8

³⁶³ Kelsen Hans, op. cit., 1982, págs. 57 – 59

de la sola conducta de apartarse, sin justificación, del precedente judicial. Razón por la cual, la norma creada por la Corte Constitucional denominada “precedente judicial obligatorio” no parecería ser una norma de obligación.

Sobre este mismo punto la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha insistido en la “obligatoriedad” del precedente judicial, la cual estaría justificada en la intangibilidad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales de cierre que a su vez deviene, según la Corte Suprema, de la autonomía e independencia de las ramas del poder público y se actuación armónica que supone la cláusula del Estado Social de Derecho contenida en el artículo 1 de la Constitución Política. Del mismo modo, la Corte Suprema afirma que es intolerable algún tipo de interferencia en las decisiones judiciales debido a que la administración de justicia es una función pública que adopta determinaciones basadas en la buena fe y sustentadas en, la ley, la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Entendiendo bajo estos presupuestos que la administración de justicia es un servicio esencial del Estado en la que se desarrolla la política de los valores fundamentales arriba enunciados. Por tal motivo, dice la Corte Suprema, el juez es un actor político al aplicar la ley conforme a esos valores, creando derecho para resolver el caso concreto y, tratándose de un órgano de cierre dictando precedentes “obligatorios” que establecen las reglas que resuelven el conflicto y garantizan la convivencia social³⁶⁴.

Además de lo anterior la Corte Suprema afirma que la autonomía e independencia judicial, desde el punto de vista funcional, tiene como finalidad que los órganos jurisdiccionales de cierre puedan definir las reglas que constituyan precedente judicial como orientador de la administración de justicia. Sin embargo, continúa la Corte Suprema, estas autonomía e independencia de la decisión judicial no pueden ser entendidas como sinónimo de inmunidad e impunidad al punto de concebir al juez como no responsable desde el punto de vista jurídico, ya que desde luego no están amparadas las decisiones judiciales que sean producto del dolo, de la corrupción o de

³⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 14449-2014 del 23 de octubre de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier, pág. 21-23.

actuaciones groseras que siendo caprichosas, subjetivas o arbitrarias son evidencia del deliberado propósito de aplicar el derecho y la justicia al revés³⁶⁵.

Para la Corte Suprema la intangibilidad de las providencias de las Cortes de cierre está sustentada en el principio de la naturaleza de las cosas, ya que según esta alta corporación los sistemas jurídicos son abiertos y por esa razón las soluciones de las controversias se resuelven a partir de métodos empíricos a través de los cuales se reconstruye la historia ponderándose y adecuándose situaciones humanas, sociales y culturales a los preceptos constitucionales y legales, acto en el cual la razón de ser de los deberes del juez tiene como finalidad la realización de la justicia, más que la literalidad de la legislación³⁶⁶. Por este motivo, para lo Corte Suprema es claro que los “Magistrados que en cumplimiento del deber funcional elijan por una solución al problema jurídico, las diferencias que arrojen las construcciones judiciales del pasado y las del presente, bien sea de la misma u otra corporación o funcionarios, las decisiones mayoritarias, los salvamentos de voto, las nulidades, la revocatoria de decisiones, las modificaciones o aún las equivocaciones no admiten juicios de ilicitud sino a partir de la comprobación de actos de corrupción”³⁶⁷.

Por estas razones, en relación con las Cortes de cierre, es claro que la Corte Suprema no desconoce la “obligatoriedad” del precedente judicial, es más, sostiene que seguir el precedente judicial “obligatorio” es un “deber” fundamentado en necesidades jurídicas, políticas, económicas y sociales que se sustenta en la igualdad de trato a que las personas tienen derecho por expresa disposición constitucional. No obstante, pese a reconocer, en los términos de la Corte Constitucional, la “obligatoriedad” del precedente judicial, la Corte Suprema afirma que dicha “obligatoriedad” no es suficiente para señalar a los jueces como delincuentes, cuando estos deciden apartarse del mismo sin dar razones de justificación, pues no basta con que las decisiones judiciales satisfagan o no sean agradables para las partes, para que por ese mero hecho se derive responsabilidad penal, ya que cuando los jueces realizan su labor jurisdiccional conforme a valores, principios, reglas y convicciones del sistema

³⁶⁵ Ibidem, pág. 24-25.

³⁶⁶ Ibidem, pág. 28.

³⁶⁷ Ibidem, pág. 28-29.

jurídico, sin la intención de violar la ley penal, no puede haber reproche punitivo, aunque para otros esas decisiones les resulten desagradables³⁶⁸.

De otro lado, respecto de las autoridades judiciales que no tienen la condición de órganos de cierre, la postura de la Corte Suprema no es del todo diferente de la que se ha mostrado hasta aquí para las Cortes de cierre. En este caso, la alta corporación afirma que el “deber” de acatamiento del precedente judicial de los demás jueces de la república solo se le adiciona el “deber” de dar razones suficientes y adecuadas mediante las cuales se justifique porque se apartan de las determinaciones jurisprudenciales de las altas cortes³⁶⁹, esto conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C – 836 de 2001. Sin embargo, la Corte Suprema dice con toda claridad que “en uno y otro caso la decisión solamente podrá generar responsabilidad penal si está fundada en razones de corrupción”³⁷⁰. Por tanto, afirma la Corte Suprema, que para que una providencia sea considerada como “manifiestamente contraria a la ley”, como lo exige el tipo penal de prevaricato por acción, se requiere un “conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento [...] Por contraste, todas las decisiones respecto de las cuales quepa discusión sobre su acierto o legalidad, las diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas de ánimo corrupto, no pueden ser objeto reproche penal”³⁷¹.

Así las cosas, puede observarse que ni la Corte Constitucional ni la Corte Suprema Justicia han afirmado que el mero hecho de apartarse del precedente, exponiendo razones de justificación o no, supone la comisión del delito del prevaricato por acción, pues como se ha visto mientras el tribunal constitucional restringe esa posibilidad a la coincidencia entre disposición y norma en la sentencia que fija algún precedente, el tribunal de casación en su sala penal sostiene que debe existir la intención dolosa y grosera manifestada en argumentos de corrupción de no tan solo apartarse del precedente, sino transgredir de forma abierta el derecho, es decir, que la sentencia del juez se sitúe en los extramuros del sistema jurídico, ya que aunque el examen

³⁶⁸ Ibidem, pág. 30.

³⁶⁹ Ibidem, pág. 31.

³⁷⁰ Ibidem.

³⁷¹ Ibidem.

subjetivo de la conducta que se acusa de ser transgresora de la ley penal, respecto del delito de prevaricato por acción, se realiza teniendo en cuenta la menor o mayor dificultad interpretativa de la ley, la discrepancia con criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre su alcance, no son los únicos que el juez penal toma en cuenta al momento de fallar por el mencionado delito, dado que también se analiza el momento histórico de la decisión, el problema jurídico desde el punto de vista fáctico y jurídico, y, la valoración de los hechos y las pruebas que lo conduzcan a la evidencia de una conducta dolosa ³⁷²; por tanto no parece sensato identificar a la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte Constitucional como una norma de obligación, pues como se ha podido ver no existe realmente una sanción que recaiga sobre el juez por el solo hecho de apartarse del precedente judicial exponiendo o no razones de justificación para ello.

4. Sobre normas permisivas y la norma del “precedente judicial obligatorio”

Hemos observado que no resulta adecuado concebir la norma creada por la Corte Constitucional denominada “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación. Ahora procederemos a observar si puede tratarse de una norma permisiva. Para esto recordaremos que dicha norma puede reconstruirse de la siguiente forma: el precedente judicial es obligatorio, sin embargo, los jueces *pueden* apartarse éste, en tal caso deberán argumentar de manera suficiente y adecuada por qué han decidido no seguirlo. Nótese que uno de los vocablos que es utilizado en el lenguaje en el que se expresa la norma es “pueden”, el cual es un calificador deóntico – permitido – que pareciera indicar que podría tratarse de una norma permisiva, pues en virtud de aquella podría decirse que los jueces tienen el permiso de seguir o no el precedente judicial, siempre y cuando cumplan con las exposición de razones suficientes y adecuadas, pues tal como lo expresa la norma éstos *pueden* apartarse del precedente argumentando los motivos de su decisión. No obstante, entender el “precedente judicial obligatorio” como una norma permisiva, no parece adecuado por varias razones.

³⁷² Ibidem, pág. 32 – 36.

Por normas permisivas se ha entendido como aquellas que “califican un determinado comportamiento como permitido, facultativo o libre, es decir, permitido y facultativo al mismo tiempo”³⁷³. Siendo así, habiéndose descartado que dicha norma no puede considerarse como una norma prescriptiva – de obligación – podría pensarse que se trata entonces de una norma permisiva, ya que de algún modo permite que los jueces sigan y se aparten del precedente judicial, ya que como se expresa en la definición de norma permisiva, ellos tienen la libertad de seguir o no el precedente, la cual está fundada en la “facultad” tal vez expresada en la norma del “precedente judicial obligatorio” y en el “permiso fuerte” supuestamente manifestados en la misma, ya que si bien hemos visto que se trata de una norma constitucional implícita creada por la Corte Constitucional, ahora sería, pues, una norma perteneciente al sistema jurídico, tornada así en una posible permisión fuerte, pues no se trataría de un producto normativo que tiene origen en una mera ausencia de prohibición³⁷⁴.

El tipo de normas permisivas tienen fundamentalmente cuatro funciones que permiten observar su utilidad y razón de ser en los sistemas jurídicos. No obstante, bien vistas, esas funciones no parecen desarrollarse adecuadamente bajo la idea de la norma del “precedente judicial obligatorio”. Así las cosas, obsérvese, por ejemplo: i) la función indicativa, según la cual las normas de este tipo tienen la finalidad de señalar a sus destinatarios que conductas están consentidas y pretendidas por la autoridad creadora³⁷⁵. Esto quiere decir que la autoridad estaría indicando qué tipo de conductas humanas serían obligatorias, prohibidas o permitidas. Lo que para el caso de la norma del “precedente judicial obligatorio” tendría un efecto sorprendente, ya que de asumirse que se trata de una norma permisiva, se estaría afirmando que es permitido apartarse del precedente judicial y que es permitido seguirlo o no seguirlo y esto, en relación con los operadores deónticos de prohibido, obligatorio y permitido, teniendo en cuenta que permitido es el único que califica solo la comisión de la acción o la omisión de la acción, mostraría los siguiente.

³⁷³ Guastini Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, 2016, Marcial Pons, pág. 57.

³⁷⁴ Alchurrón Carlos E., Bulygin Eugenio, *Permisos y Normas Permisivas en El libro de los permisos*, Madrid, Marcial Pons, 2019, págs. 20 – 22.

³⁷⁵ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 101.

Si se afirma, por ejemplo, que es obligatorio seguir el precedente judicial, significa que está prohibido no seguir el precedente judicial. De otro lado, si se dice que está prohibido seguir el precedente judicial, sería equivalente afirmar que es obligatorio no seguir el precedente judicial. Pero con el permiso no sucede igual, pues con este operador deóntico solo se califica permitido seguir el precedente judicial o permitido no seguir el precedente judicial. Sucedería exactamente lo mismo si el análisis se hace con la norma que “permite” apartarse del precedente judicial. Ya que, obligatorio apartarse del precedente judicial es interdefinible con prohibido no apartarse del precedente judicial. Del mismo que si dice prohibido apartarse del precedente judicial, equivale a afirmar que es obligatorio no apartarse del precedente judicial. Pero, de igual forma, si tratara de una norma permisiva entonces con esa calificación se afirmarían que es permitido apartarse del precedente judicial o que no es permitido apartarse³⁷⁶.

Ahora bien, pensar en esta dirección según la cual la Corte Constitucional ha creado una norma permisiva denominada “precedente judicial obligatorio”, con la que ha indicado su consentimiento institucional respecto de la conducta de los jueces de la república en el sentido en que, si es obligatorio seguir el precedente judicial, entonces está permitido seguirlo y, al mismo tiempo, también está permitido apartarse de los precedentes con una justificación suficiente y adecuada. Se podría decir que, en síntesis, está permitido seguir y apartarse del precedente judicial. Si las cosas son así, entonces, vale la pena preguntarse: ¿entonces no seguir o no apartarse del precedente cómo está? Para responder la pregunta podrían tenerse tres posibilidades: i) en primer lugar podría decirse que está permitido seguir el precedente y su omisión, es decir, no seguirlo estaría no prohibido. Del mismo modo, está permitido apartarse del precedente y no apartarse estaría no prohibido. Entonces si de permitido seguir el precedente y permitido apartarse del mismo, se sigue que su conducta contraria es la no prohibición de no seguirlo y no apartarse, esto tendría como consecuencia que seguir y apartarse del precedente sería obligatorio. Lo que en el primer caso nos devuelve a la idea ya descartada de precedente judicial como norma de obligación. En el segundo caso, se produciría la obligación de apartarse del precedente, cosa

³⁷⁶ Guastini Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 63 – 67.

bastante extraña en el caso de una regulación normativa que quiera expresar la relevancia y sujeción al precedente judicial en el sistema jurídico³⁷⁷.

Ahora bien, ii) la segunda posibilidad de respuesta sería que está permitido seguir el precedente o que es obligatorio no seguir el precedente. Sin embargo, el problema aquí sería que obligatorio no seguirlo, tendría como resultado de interdefinición que estaría prohibido seguir el precedente, lo que produciría una antinomia que, al reglamentar al mismo tiempo dos normas una prohibitiva y otra permisiva para la misma conducta (seguir el precedente judicial), dejaría en evidencia la incoherencia de la regulación. Finalmente, iii) la tercera opción de respuesta nos llevaría forzosamente a decir que está permitido seguir el precedente o que no está permitido seguir el precedente, respuesta que por demás sería extraña e insatisfactoria en relación con la funcionalidad de las normas permisivas, ya que si analiza a contrario, las normas prescriptivas o de obligación cumplen la función de dirigir la conducta de sus destinatarios, pero las normas permisivas no realizan precisamente esa función en los ordenamientos, puesto con este tipo de normas se suele, en algunas ocasiones: aclarar el estatus normativo de una acción; derogar prohibiciones; o proteger la modificación de normas superiores que quieran ser modificadas por normas de inferior jerarquía³⁷⁸. Razones por las que suele afirmar que las normas permisivas no tienen la función de dirigir la conducta de sus destinatarios y por las que resulta no sensato e impreciso considerar que la norma del “precedente judicial obligatorio”, tal como ha sido creada por la Corte Constitucional, resulte una norma permisiva.

Adicionalmente, siguiendo la misma ruta de análisis, entender esta norma bajo la idea de permitido seguir el precedente, permitido no seguir el precedente, inclusive permitido apartarse del precedente, tendrá un efecto bien desafortunado para la norma misma, ya que la volverá irrelevante para sus propósitos, pues que una acción sea meramente permitida por el ordenamiento, por ejemplo, el seguimiento de precedentes, se torna en irrelevante para el derecho, ya que dará lo mismo seguir el precedente o no seguirlo. Una acción permitida o no permitida no es relevante

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ Ibidem.

jurídicamente desde el punto de vista de su realización efectiva. Entonces no tendría consecuencia jurídica alguna seguir o no seguir el precedente desde el punto de vista de la validez de la sentencia que se aparte del precedente sin justificación, ni mucho menos sobre la persona del funcionario que la ha dictado. Por lo que no parece adecuado aceptar que esta norma sea meramente permisiva; pues de la alternatividad entre permitido y no permitido se sigue que una misma conducta no pueda ser permisiva y obligatoria al mismo tiempo, es decir, no puede estar permitida su omisión (permiso de apartarse o no seguir del precedente) y al mismo tiempo no permitida su omisión (obligatorio seguir el precedente), ya que el uso del permiso devendría en violación de la obligación, no siendo así en sentido contrario, pues las normas permisivas no pueden ser ni violadas ni observadas, solo usadas³⁷⁹.

Ahora bien, en relación con la segunda función de las normas permisivas, la cual es denominada modificatoria en el sentido de que consiste derogar normas de obligación o en establecer excepciones a estas normas³⁸⁰, resulta muy extraño que la norma del “precedente judicial obligatorio” tal como fue creada por la Corte Constitucional cumpla con esta función, pues en el derecho colombiano no ha existido (antes de la creación normativa de la Corte) una norma que consagre la obligatoriedad del precedente judicial para que llegase a ser derogada por la norma creada por la Corte Constitucional, siendo además esto un imposible jurídico ya que ningún juez tiene la competencia de derogar normas, pues dicha competencia es exclusiva del legislador por expresa disposición constitucional³⁸¹. Los jueces, como interpretes auténticos, podrán sí derrotar normas literales, tal como se ha mostrado en los capítulos primero y segundo de este estudio, en los que se ha expresado que el caso de la creación de la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio” comprende la derrotabilidad de la norma literal que podría contener la disposición normativa contenida en el artículo 230 de la Constitución Política, según la cual la “jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial” y, por tanto, no sería “obligatoria”³⁸².

³⁷⁹ *ibidem*, pág. 66.

³⁸⁰ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 101.

³⁸¹ El artículo 150 No. 1 de la Constitución Política de Colombia dispone que “corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones. 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes [...]”

³⁸² Tamayo Jaramillo Javier, *La decisión judicial*, Tomo II, Medellín, Díké, 2013, pág. 1627 – 1629.

Respecto de la tercera función de las normas permisivas que se conoce como restrictiva, según la cual resulta ser coherente permitir en forma expresa una acción que no está prohibida en un sistema jurídico determinado, la norma permisiva tendría la finalidad de restringir la actividad de creación normativa de autoridades de inferior jerarquía, dado que las normas permisivas formuladas expresamente por autoridades superiores limitaría la creación de normas prohibitivas dictadas por esas autoridades inferiores, ya que estas autoridades no podrían formular este tipo normas sin generar una antinomia en el sistema³⁸³. Siendo así, esta función no resulta del todo clara en relación con la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte Constitucional, pues si diera esto significaría que la Corte Constitucional sería una autoridad superior al legislador y a las demás altas Cortes que componen en sistema judicial colombiano, lo que no resultaría evidente y concluyente de las normas expresas contenidas en los artículos 113, 116, 228, 229, 230, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 243 de la Constitución Política, lo que sería razón suficiente para que no se dé por lo menos empíricamente la restricción.

En relación con la función de clausura, se dice que las normas permisivas tienen la finalidad de clausurar el sistema jurídico, en el sentido de la existencia de una norma permisiva especial que regula permitiendo todas las conductas o actos que no están regulados expresamente por otras normas del sistema, al punto que de agregarse al sistema esta norma permisiva el sistema quedaría completo³⁸⁴. Siendo así, esta función no parece darse con claridad respecto de la norma del “precedente judicial obligatorio” como fue creada por la Corte Constitucional, pues dicha norma no se creó en o por la ausencia de una norma constitucional expresa que reglamentara la jurisprudencia el rol de la jurisprudencia en el sistema fuentes del derecho, lo que sucedió fue que se creó una norma constitucional implícita a partir de conjunto de normas constitucionales expresas, de algunas doctrinas y a pesar de la norma literal que podría estar contenida en el artículo 230 de la Constitución, la cual apela por la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial³⁸⁵ y que la Corte Constitucional derrotó a preferencia de un “precedente judicial obligatorio”, el cual según lo visto no puede ser entendida como una norma permisiva.

³⁸³ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 102.

³⁸⁴ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 102.

³⁸⁵ Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial, Tomo II, Medellín, Díké, 2013, pág. 1627 – 1629.

Así las cosas, como se ha mostrado hasta aquí parece no resultar adecuado y sensato concebir la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio”, tal como fue creada por la Corte Constitucional, como una norma de obligación y como una norma de carácter permisiva. Y si esto es así, en el campo de la teoría de las normas no parece quedar otro camino que el de las normas de competencia. De esto nos ocuparemos a continuación, tratando de mostrar que lo que ha hecho la Corte Constitucional es crear una norma definitoria-constitutiva, tipo de norma que parecía ser de exclusiva promulgación de un órgano constituyente o un órgano legislativo, pero que esta indagación empírica, realista y analítica se puede observar que la creación judicial del derecho abarca también este aspecto, en el que no solo se crean este tipo de normas, sino que además pueden ostentar el rango de constitucionales. Los tribunales constitucionales crean normas constitucionales implícitas de competencia. La norma del “precedente judicial obligatorio” es una de ellas.

5. Sobre normas de competencia y la norma del “precedente judicial obligatorio”

Antes de referirse al tema de las normas de competencia, que desde luego incluye la tipología de las normas definitorias y constitutivas, es necesario hacer referencia al concepto de autoridad, el cual tiene una estrecha conexión jurídica con el tema de las normas de competencia, ya que de ello depende, en parte, la validez de las normas jurídicas. En primer lugar, es importante decir que el vocablo *autoridad* resulta ambiguo, debido a que esta expresión se puede estar haciendo referencia a autoridades fácticas o autoridades normativas. Por ello es aclarador distinguir entre uno y otro sentido del concepto de autoridad. Por una parte, cuando se hace alusión a la autoridad fáctica se estaría hablando de una situación de hecho en la que una persona tiene un poder extrajurídico de influir sobre la conducta de alguien. Por otro lado, cuando se alude a la autoridad en sentido normativo la cuestión es distinta, porque, en este caso, el vocablo refiere a un sistema de normas que resultan determinantes para señalar quien se encuentra habilitado para dictar normas válidas, realizar cierto tipo de actos válidos o tomar decisiones igualmente válidas³⁸⁶. Para los

³⁸⁶ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 125.

efectos de este estudio solo se tendrá en cuenta el concepto de autoridad normativa, específicamente el de autoridad jurídica que recae en los jueces.

Así las cosas, la relación entre la autoridad y quienes terminan de alguna u otra forma, determinados por las normas dictadas por ésta, está atravesado por el concepto normativo de competencia, el cual reemplaza el concepto no jurídico de superioridad física o moral, para determinar que una autoridad es normativa y, por tanto, es competente para dictar normas jurídicas cuando la realización del acto de dictar normas jurídicas está autorizado por otras normas del sistema jurídico, sean estas explícitas o implícitas, las cuales regirán la validez jurídica de los actos creados conforme a ellas. Por tanto, si la norma jurídica es dictada por una autoridad competente, se dirá que esa norma es válida y, por ello, tal validez dependerá de que el acto de su creación respete las normas de competencia³⁸⁷.

Ahora bien, el tema de las normas de competencia conlleva a aceptar que el derecho, como conjunto de normas, contiene no solo normas prescriptivas (o de obligación), sino también normas no prescriptivas, aceptando con esto que éste tipo de normas, como las normas de competencia y con ellas las definitorias y las constitutivas, no expresan normas en sentido estricto, sino más bien normas en sentido amplio, en sentido genérico, ya que en sentido estricto una norma se identifica especialmente con el acto de prescribir a través de una estructura de tipo condicional *Si p entonces q*. Por ello se dice que las normas mandan, ordenan que algo se haga o se omita³⁸⁸. No siendo este el caso de las normas de competencia, pues la ser normas en sentido amplio no prescriben nada, siendo esta la misma suerte de las normas definitorias y constitutivas.

Por normas de competencia, también conocidas como normas que confieren poderes, se ha entendido como “aquellas normas que instituyen autoridad, es decir, confieren a un sujeto la competencia – la autoridad o el poder – de crear y abrogar otras normas o, según el caso de aplicarlas”³⁸⁹. Sin embargo, pese a que el concepto de normas de competencia muestra algunas convergencias de sus diferentes concepciones,

³⁸⁷ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 127.

³⁸⁸ Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 57.

³⁸⁹ Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 57.

también es cierto que existen ciertas divergencias en relación con su caracterización, la cuales están relacionadas con aspectos que cuestionan sobre si se trata de verdaderas normas jurídicas, si son normas prescriptivas o normas permisivas, si son normas definitorias o normas constitutivas. No obstante, pese a la divergencia, es pertinente manifestar que todo el debate está centrado fundamentalmente en tanto a que si las normas de competencia pueden ser identificadas como normas prescriptivas o no prescriptivas³⁹⁰.

Dentro de las concepciones de este tipo de normas se pueden identificar cinco posturas: i) la concepción sostenida por Hans Kelsen, para quien estas normas no son verdaderas normas jurídicas, sino solo fragmentos de normas o normas que dependen de normas prescriptivas, las cuales para él son las verdaderas normas jurídicas, ya que tienen prevista alguna sanción en caso de su violación³⁹¹. Por ello, según Kelsen, las normas que facultan la realización de una determinada conducta o, lo que es lo mismo, otorgan un poder jurídico a un sujeto, es decir, un poder de creación de normas jurídicas, sólo determinan esas condiciones, pero mientras no se encuentren enlazadas a una sanción que rija el acto coactivo son apenas normas incompletas³⁹².

En relación con este enfoque, respecto de la norma del “precedente judicial obligatorio”, tal como fue creada por la Corte Constitucional, se puede decir que, aunque como ya se ha expresado líneas arriba, esta es una norma desprovista de sanción y, por este motivo, se trata de una norma no prescriptiva. Sin embargo, a través de la postura kelseniana no se puede explicar con claridad el fenómeno normativo que hemos venido analizando, pues esta postura solo se podría mostrar en forma muy limitada que la norma creada por la Corte es tan solo un fragmento de norma, una norma incompleta que no enlaza con el acto coactivo de la sanción, pero no permitiría mostrar que, por los efectos que la norma constitucional implícita tiene, terminaría siendo un tipo especial de norma de competencia. Además, la postura kelseniana negaría que se trate de norma jurídica genuina, postura extrema que se torna problemática en el sentido negar su validez y pertenencia como norma

³⁹⁰ Mendonça Daniel, op. cit., págs. 131 – 132.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² Kelsen Hans, Teoría Pura del Derecho, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, 1982, págs. 67 – 70.

pertenciente a un sistema jurídico. La norma del “precedente judicial obligatorio” no puede ser vista como prescriptiva o de obligación, pero ello no implica que deje de ser jurídica, es decir, se trata de una norma en sentido amplio, no prescriptiva, pero perteneciente al sistema jurídico y por ello válida.

La segunda concepción ii) es la sostenida por Alf Ross³⁹³, esta postura plantea que las normas de competencia son normas de obligación indirecta, ya que pueden ser reducidas a normas de conducta, ya que debe entenderse como directivas a los jueces, las cuales disponen que las normas que resulten creadas con apego a algún tipo de procedimiento deben ser tenidas en cuenta como normas de conducta creadas a partir del procedimiento preestablecido³⁹⁴; sin embargo esta postura no puede ser acogida como una posibilidad explicativa de la norma del “precedente judicial obligatorio” por dos razones: la primera alude a cierta ambigüedad en lo que respecta los términos “obligación indirecta” y “normas de conducta”, pues esto no permite explicar con claridad si, en cuanto norma de conducta, la norma resulta ser prescriptiva o termina siendo más bien creadora de alguna conducta, pues en el primer caso podría tratarse como norma de obligación, cosa que no es adecuada en relación a la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte. En el segundo, de tratarse de una norma creadora de conducta, no podría ser una norma de obligación, porque no prescribe nada. Finalmente, la segunda razón por la cual este enfoque no se considera plausible para caracterizar la norma creada por la Corte, es porque el propio Ross lo abandonó para estructurar los criterios de las normas constitutivas³⁹⁵.

La tercera concepción iii) indica que las normas de competencia pueden ser categorizadas como normas permisivas. Esta forma de comprender las normas de competencia es propia de George Henrik Von Wright³⁹⁶. Según su postura, este tipo de normas se categorizan como permisivas de rango superior, debido a que permiten derogar o dictar otras normas. Estas normas permisivas superiores suelen dictarse en combinación con otras normas prescriptivas (órdenes) que se refieren a la posibilidad

³⁹³ Ross Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, págs. 32 – 33.

³⁹⁴ Mendonça Daniel, *op. cit.*, pág. 132.

³⁹⁵ Arriagada Cáceres María Beatriz, *Normas de Competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas* en *Doxa* No. 40, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2017, pág. 95.

³⁹⁶ Von Wright George Henrik, *Norma y Acción*, Madrid, Tecnos, 1963, pág. 198.

de dictar cierto tipo de actos jurídicos. También se suelen dictar cierto de prohibiciones que limitan al poder normador delegado que dictará, a su vez, otros tipos de normas, las cuales no deben confundirse con las normas permisivas que permiten dictarlas³⁹⁷. No obstante, esta concepción también resulta insatisfactoria para explicar el fenómeno normativo del “precedente judicial obligatorio”, creado por la Corte Constitucional, por las mismas razones que se señalaron para descartar que dicha norma pudiese ser considerada como una norma permisiva, en tal sentido esta concepción es inadecuada como criterio explicativo que permita comprender en forma adecuada aquella norma constitucional implícita.

Desde el punto vista de la cuarta concepción, la cual es planteada H.L.A Hart³⁹⁸, iv) se afirma que las normas de competencia son normas definitorias, ya que están son reglas que confieren potestades y su estructura no es asimilable a las normas que imponen obligaciones o prohibiciones, ya que este tipo de normas no prescriben la realización de conductas determinadas, sino que su finalidad es *definir* de qué forma se llevan a cabo actos jurídicos válidos, fijando para esto ciertas condiciones y límites que operan como el marco de la validez de las decisiones que toman las autoridades, por tanto si dichas normas llegan a ser incumplidas, tal incumplimiento no conllevará a la aplicación de algún tipo de sanción, sino que la consecuencia será la invalidez del acto, pues su desconocimiento no será equiparable a la comisión de un delito. Por ello, cuando no llegan a cumplirse las pautas que fijan las condiciones de validez del acto, la consecuencia jurídica será la invalidez de éste, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de que produzca los efectos jurídicos esperados³⁹⁹.

La quinta concepción, la cual es un replanteamiento del Alf Ross a su postura de las normas de obligación indirecta⁴⁰⁰, plantea que v) es necesario distinguir entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Por un lado, se habrá de comprender que las regulativas son normas que *prescriben* conductas determinadas, mientras que las constitutivas son un tipo normas diferentes que *crean* ciertas conductas específicas. Estas últimas son normas que resultan de gran importancia para el derecho y para la

³⁹⁷ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 133.

³⁹⁸ Hart H.L.A, El Concepto de Derecho, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, págs. 34 – 42.

³⁹⁹³⁹⁹ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 133.

⁴⁰⁰ Ross Alf, Lógica de las normas, Madrid, Tecnos, 1971, pág. 60.

sociedad, ya que en virtud de aquellas los actos jurídicos tiene ciertos efectos jurídicos determinados y tales actos solo llegan a ser válidos si se realizan con base en esas normas constitutivas⁴⁰¹. En este sentido, se trata de que este tipo de normas generan modelos de conductas que no son obligatorios, pero que al determinar la validez de ciertos actos guían la conducta de quien decide realizar el acto conforme a derecho⁴⁰². Y esto es así, porque a diferencia de las normas prescriptivas, que asocian un supuesto de hecho a un calificador deóntico (obligar, prohibir, permitir), las normas constitutivas no hacen esto, pues lo que hacen es enlazar un supuesto de hecho a otro supuesto de hecho para determinar la validez de un acto determinado.

Estas dos últimas concepciones son útiles para explicar la “naturaleza” de la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio” en los términos en que ha sido creada por la Corte Constitucional, ya que como puede verse éste es un tipo norma de competencia que puede ser comprendida bajo una concepción ecléctica de norma *definitoria-constitutiva*, pues se trata de una norma que *define*, en parte, el marco de la validez de las decisiones judiciales, es decir, del acto jurídico denominado sentencia judicial, pues este *stare decisis* regula que i) los jueces “deben” resolver las controversias siguiendo en el precedente vertical y horizontal (*ratio decidendi*); ii) que en determinadas circunstancias pueden apartarse de esos precedentes (*ratio decidendi*); iii) que si no siguen el precedente o se apartan de forma injustificada de este (*ratio decidendi*), puede ser declarada la invalidez de la sentencia que dicten, mediante otras providencias que decidan recursos ordinarios, extraordinarios y mediante sentencias de tutela que se profieran como consecuencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales; iv) pero en ningún caso habrá algún tipo de sanción (penal o disciplinaria) contra el juez *por el solo hecho* de no seguir o apartarse del precedente judicial exponga o no justificación, salvo que haya dolo en su actuación. De otro lado, la norma puede verse como definitoria-constitutiva, porque *no prescribe* una conducta determinada a los jueces, es decir, no los obliga a seguir el precedente ni a justificar si deciden apartarse, dado a que no es una norma de conducta al no contener expresiones deónticas en su consecuente⁴⁰³, pero si *crea* un cierto estado de cosas, cierta conducta específica, que es la de seguir el precedente o de justificar

⁴⁰¹ Mendonça Daniel, op. cit., pág. 133.

⁴⁰² Shapiro Scott J., Legalidad, Madrid, Marcial Pons, 2014, págs. 97.

⁴⁰³ Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 60.

si deciden apartarse, para que la sentencia mediante la cual deciden la controversia no se declarada invalida por el ejercicio, ya sea, de recursos procesales, o de la acción de tutela contra providencias judiciales. El juez resuelve caso deseando que su sentencia surta los efectos esperados y previstos por el ordenamiento jurídico, por eso sigue el precedente, por eso justifica si aparta del mismo, situaciones que funcionan como supuestos de hecho que se enlazan al supuesto de hecho de la validez de su sentencia.

Además, el juez sigue el precedente o justifica si se aparta, porque entiende que los precedentes (*ratio decidendi*) son normas relevantes en el sistema jurídico en el que cumple su función, porque el resultado institucional de fallar de manera semejante los casos semejantes compromete el derecho fundamental a la igualdad. La norma del “precedente judicial obligatorio” no prescribe, pero sí genera, crea ese modelo conducta. Por eso tiene el carácter de constitutiva, también lo es porque es una norma producto de la interpretación autentica⁴⁰⁴, según la cual se considera que las normas que se expresen en las *ratios decidendi* que se dicten constituyen razones relevantes en la argumentación de sentencias judiciales posteriores⁴⁰⁵. Por tanto, de lo que estamos hablando es de una norma de competencia que atribuye a los órganos judiciales la capacidad de llevar a cabo determinados actos, entre ellos: i) dictar precedentes, ii) seguir precedentes, iii) apartarse de los precedentes. Norma que, desde luego, opera como regla jurídica de la validez de acto, es decir, de la sentencia judicial.

Es así como puede observarse que la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio”, creada por la Corte Constitucional, es una norma de competencia del tipo definitoria-constitutiva, la cual posee un doble aspecto, ya que por un una parte autoriza a crear precedentes, a crear normas (*ratio decidendi*) a través de cierto de fuente formal del derecho (sentencia judicial) y, por otra parte, contribuye a definir esa fuente⁴⁰⁶. Sin embargo, lo que hasta aquí se ha dicho no da cuenta aún de la existencia y validez de dicha norma para el sistema jurídico, motivo por cual el acápite final de este capítulo se dedicará a mostrar cómo es que esta norma resulta ser

⁴⁰⁴ Ibidem.

⁴⁰⁵ Nuñez Vaquero Álvaro, op. cit., pág. 54.

⁴⁰⁶ Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 109.

existente y válida para el derecho colombiano, asunto que no termina por ser controversial en una cultura jurídica del *civil law* en la que se ha asumido esa discusión bajo un modelo tradicional del sistema fuentes del derecho, el cual propone una distinción entre fuentes formales y materiales, dando un importancia superlativa a las primeras. Dicha postura será aquí deja de lado.

6. Existencia y validez de la norma del “precedente judicial obligatorio”

Siguiendo un enfoque distinto al de las fuentes del derecho puede decirse que la norma del “precedente judicial obligatorio” o de *stare decisis* es válida para el ordenamiento jurídico colombiano porque pertenece a éste. Por tanto, la validez de esta norma se entenderá como su pertenencia al sistema jurídico, ya que cuando se cuestiona sobre si la norma creada por la Corte Constitucional existe, lo que se pregunta es si esa norma respeta ciertas condiciones de validez que plantea el propio sistema jurídico⁴⁰⁷.

Existen varias formas a través de las cuales una norma puede pertenecer al sistema jurídico. A través del criterio de validez derivada, una norma puede pertenecer a un ordenamiento jurídico por ser una norma que derive del mismo sistema, esto es, que haya sido creada por una autoridad competente sin contradecir normas que, según la jerarquía normativa, serían superiores. Del mismo modo, una norma puede pertenecer al sistema jurídico si es reconocida como norma por parte de los tribunales de ese ordenamiento, caso en el cual sería una norma independiente y el criterio de pertenencia sería el de validez originaria, es decir, los jueces a partir de una regla de reconocimiento podrían reconocer que una determinada norma resulta designada para el sistema, por el conjunto normas explícitas de las cuales disponen en ese ordenamiento para establecer cuáles son las normas que lo componen⁴⁰⁸.

Siendo esto así, la norma del “precedente judicial obligatorio” podría responder a ciertas formas en las que una norma de *stare decisis* puede pertenecer a un sistema jurídico determinado que, para el caso de la norma creada por la Corte Constitucional,

⁴⁰⁷ Nuñez Vaquero Álvaro, Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla de *stare decisis* en Doxa No. 39, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2016, pág. 141.

⁴⁰⁸ Ibidem.

puede observarse en primer lugar que como norma implícita ha sido creada por una autoridad competente para interpretar la constitución, por un intérprete auténtico de la constitución, pero contradiciendo la norma constitucional literal reglada en el artículo 230 de la Constitución el cual contempla la jurisprudencia como criterio auxiliar de actividad judicial (Validez derivada)⁴⁰⁹. Sin embargo, como ha podido observarse la norma ha sido creada bajo la idea de la regla de reconocimiento (Constitución Política) que ha permitido determinarla a través de un conjunto de normas constitucionales explícitas que la Corte tenía a su disposición para establecer esa norma implícita como componente constitucional del ordenamiento, tal como se dejó explicado en el capítulo segundo.

Ahora bien, existen varias formas de determinar la pertenencia de la norma del “precedente judicial obligatorio” al sistema jurídico: i) explícita previsión normativa, la cual se da cuando hay en el ordenamiento una norma expresa que haga una formulación expresa de la regla del *stare decisis*, siendo esta una cuestión meramente contingente⁴¹⁰. En el caso colombiano es claro que una norma general de este tipo solo existió a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012, mediante la que se promulgó el Código General del Proceso, el cual al establecer el principio de legalidad en su artículo 7, estableció que “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley”.

Esta disposición normativa es una confirmación legal explícita de la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte Constitucional. La constitucionalidad de esta norma legal fue analizada en la sentencia C – 621 de 2015, en la cual la Corte concluyó que el artículo de ajustaba a la constitución, ya que coincidía plenamente con la “interpretación” que la propia Corte

⁴⁰⁹ Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial, Medellín, Diké, 2013, págs. 1627 – 1629.

⁴¹⁰ Nuñez Vaquero Álvaro, Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla de *stare decisis* en Doxa No. 39, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2016, pág. 141.

había hecho años atrás del artículo 230 de la Constitución, mediante la cual determinó, como se dejó explicado en el capítulo segundo de este libro, que aunque dicha disposición constitucional se refiere a la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial, el derecho a la igualdad, entre otras razones, eran determinantes constitucionalmente para establecer una norma general de “precedente judicial obligatorio”. Por ello, para la Corte el concepto de doctrina probable, usado en el artículo del Código General del Proceso, que había sido consagrado originalmente en la ley 169 de 1896 y que para esa época consagraba un sistema de libre jurisprudencia, en el que los jueces la entendían como auxiliar al decidir los casos de su competencia, estando principalmente sometidos a la ley, es un concepto que hoy coincide plenamente con el de precedente judicial “obligatorio”. Además de lo anterior, la Corte reitera la creación de la jerarquía axiológica entre jurisprudencia constitucional y jurisprudencia ordinaria, la cual ya había sido considerada en su acto de construcción jurídica⁴¹¹.

El citado artículo 7 es una norma expresa que apenas confirma legalmente la construcción de la norma constitucional implícita hecha por la Corte y que también confirma la existencia de una regla de precedente en el sistema jurídico, pero que en relación con su “naturaleza”, en cuanto norma definitoria-constitutiva, no cambia nada en absoluto, pues, aunque la disposición usa calificadores deónticos como “deberán” y “obligado” para referirse a la “obligación” de seguir el precedente vertical y horizontal o al “deber” de justificar en casa que querer apartarse este, la interpretación, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación de Penal de la Corte Suprema de Justicia, sigue siendo la misma en relación con una posible sanción para el juez por el delito de prevaricato por acción, razón por la cual la norma explícita contenida en la disposición normativa del artículo 7 del Código General del Proceso tampoco es sensato entenderla como una norma de obligación.

Una segunda posibilidad de validez podría darse por ii) la concreción de algún principio jurídico, esta se da en ausencia de una norma expresa que reglamente el stare decisis, por lo que se requiere que esta norma del “precedente judicial obligatorio” sea

⁴¹¹ López Medina Diego Eduardo, Los eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial, Bogotá, Legis, 2016, pág. 104 – 110.

derivada de un principio jurídico explícito, siendo necesario para considerar la validez de la norma, que tal concreción sea aceptable para concretar ese principio⁴¹². Esto es justamente lo que ha pasado con la norma constitucional implícita creada por la Corte, ya que el alto tribunal ha argumentado para derivar dicha norma que la “obligatoriedad” del precedente se impone como exigencia del principio de igualdad reglamentado expresamente en el artículo 13 de la Constitución Política, resultando aceptable que, decidir de forma semejante los casos semejantes, desarrolla apropiadamente la igualdad en y ante la ley y, desde luego, la igualdad de trato a las personas por parte de las autoridades judiciales en los asuntos de su competencia.

Como consecuencia de lo anterior, una tercera posibilidad que la regla del *stare decisis* resulte siendo válida para un sistema jurídico es iii) la identificación del precedente judicial como una norma independiente u originaria. Esto quiere decir que aquel consenso a través del cual se entienda que la norma del “precedente judicial obligatorio” es derivada de algún principio jurídico y, por tanto, que ese principio pueda verse concretado en la norma que expresa la “obligatoriedad” del precedente judicial, pueda darse en una forma más inmediata, esto es, que pese al silencio del sistema jurídico o inclusive de lo reglamentado expresamente el ordenamiento, los jueces terminen reconociendo y aplicando la regla del “precedente judicial obligatorio” o, lo que es lo mismo, que los jueces determinen que existe una norma implícita en el sistema jurídico que “obliga” a que los casos semejantes sean decididos en forma semejante, diciendo para este caso que se trata de una norma originaria, es decir, independiente en ese ordenamiento⁴¹³.

Pues bien, en el caso colombiano se ha transitado por el “consenso” propio de la norma derivada, la cual fue creada por la Corte Constitucional, tribunal que creó la norma del “precedente judicial obligatorio” en contra de la norma literal del artículo 230 de la Constitución, como lo han propuesto algunos juristas⁴¹⁴, y, sin embargo los jueces han estado dispuestos a aplicarla, es decir, han estado dispuestos a seguir el precedente considerando la existencia de una norma implícita que pertenece al

⁴¹² Nuñez Vaquero Álvaro, Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla de *stare decisis* en Doxa No. 39, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2016, pág. 142.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial, Tomo II, Medellín, Díké, 2013, págs. 1627 – 1629.

sistema, que es válida, y que impone los casos semejantes en forma semejante. No obstante, en los últimos años, se ha pasado de ese “consenso” a una expresión directa de normas expresas en el sistema de fuentes del derecho, las cuales han consagrado la “obligatoriedad” del precedente judicial como es el caso del artículo 114 de la ley 1395 de 2010, de los artículos 10 y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) y del artículo 7 del Código General del Proceso. De las cuales, paradójicamente, ninguna rige expresamente para el precedente de la Corte Constitucional, pero tampoco contravienen la norma del *stare decisis* creada por ella para efectos de la “obligatoriedad” del precedente constitucional. La norma del “precedente judicial obligatorio” a la luz del análisis anterior al parecer resulta válida, en cuanto pertenece al sistema jurídico y cuanto existe para el ordenamiento.

CAPÍTULO IV

El “precedente judicial obligatorio” y Estado de Derecho

1. Cuestión previa

En los tres capítulos anteriores se ha mostrado que la norma del “precedente judicial obligatorio” es el resultado de un acto de creación judicial del derecho por parte de la Corte Constitucional colombiana. Se han puesto de presente qué técnicas de construcción jurídica han sido utilizadas por aquel tribunal constitucional para la creación de dicha norma, así como la “naturaleza” y funciones de ésta. Siendo el problema central el asunto de la creación de judicial de normas constitucionales implícitas, en el cual la norma del “precedente judicial obligatorio” es apenas un referente empírico con el que se puede mostrar una posible discrepancia entre una posibilidad de significado literal del enunciado normativo consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política y un posible significado no literal (implícito) de aquella disposición constitucional. Así las cosas, se ha visto que el “precedente judicial obligatorio” es una norma constitucional implícita del ordenamiento jurídico colombiano, una norma definitorio-constitutiva, que ha sido construida por la Corte a partir de un conjunto de normas explícitas, de algunos conceptos y doctrinas.

Esa interpretación-construcción de la Corte al parecer ha ido más allá de un posible significado literal del enunciado normativo consagrado en el artículo 230 constitucional. Que la “jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial” sea entendida en el sentido de un sistema de jurisprudencia no obligatoria, sino solamente indicativa o que tan solo guía la interpretación judicial no es desde luego el único significado, pero sí es un sentido posible de la disposición. Sentido que como hemos observado es descartado por la Corte, a través de un acto de construcción jurídica que ha sido calificado como de interpretación ilimitada e incontrolada que extralimita sus funciones constitucionales, ya que repercute el incumplimiento de los principios de sujeción a la ley por parte de los órganos judiciales y de Estado de Derecho⁴¹⁵. Lo que, a su vez, propone una supuesta dificultad metodológica de relevancia

⁴¹⁵ Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial, tomo II, Diké, Medellín, 2011, págs. 1627-1634.

constitucional, según el cual, sobre pasar el tenor literal de las disposiciones superiores podría suponer un problema en relación con el principio democrático y el principio de división de poderes en cuanto a la distribución del poder normativo en el Estado de Derecho⁴¹⁶. Razones por las cuales es adecuado explorar el concepto de división de poderes, para luego pasar a los de constitución, poder constituyente, democracia y gobierno de los jueces, todos en relación con la creación judicial de normas constitucionales implícitas por parte del tribunal constitucional.

2. Sobre la división de poderes

Una idea muy difundida en la teoría constitucional en la filosofía y en la ciencia políticas es aquella que afirma que una de las características fundamentales del Estado de Derecho es la separación o división del poder público, ésta es una doctrina típica de los pensadores de la ilustración, la cual constituyó un ideal del liberalismo político que se intentó poner en práctica en la Revolución Francesa (art. 16, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). La idea central es que la separación o división del poder legislativo y el poder judicial implica necesariamente una distinción entre la creación y la aplicación del derecho⁴¹⁷, entendiendo por tal un conjunto de normas jurídicas generales, impersonales y abstractas, las cuales según esta doctrina deben ser creadas por el legislador y aplicadas por los jueces o tribunales⁴¹⁸.

En el caso del derecho colombiano aquella doctrina puede advertirse en la disposición normativa contenida en el artículo 113 de la Constitución Política, el cual dice que “Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los *órganos* que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás *funciones* del Estado. Los diferentes *órganos del Estado tienen funciones separadas* pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (cursivas fuera del texto). Nótese que la disposición usa ciertas expresiones

⁴¹⁶ Klatt Matthias, Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica, Madrid, 2017, págs. 28 – 29.

⁴¹⁷ Barberis Mauro, Ética para juristas, Madrid, Trotta, 2008, pág. 141.

⁴¹⁸ Bulygin Eugenio, Creación judicial del derecho en Problemas lógicos en la teoría y práctica, Ciudad de México, Fontamara, 2011, págs. 75 – 76.

terminológicas como: “órganos”, “funciones” y “separadas”, la cuales han sido determinantes para definir el tipo de doctrina que determina la idea de Estado de Derecho en el precedente de la Corte Constitucional, específicamente en las sentencias de constitucionalidad C – 251 de 2002, C – 1040 de 2005, C – 630 de 2014, C – 285 de 2016 y C – 140 de 2020 de las cuales nos ocuparemos más adelante.

Ahora bien, en la expresión separación o división del poder público se encuentran entremezcladas en realidad dos doctrinas que no se refieren a un mismo “estado de cosas”, sino a dos técnicas de organización del poder político que se estructuran supuestamente con el fin de evitar el ejercicio de un poder despótico y para garantizar la libertad de todas las personas. De tal forma que se trata de dos técnicas constitucionales de las que, la *separación del poder* está fundada en un rechazo al despotismo, mientras que la *división del poder* se funda en la protección de la libertad de las personas⁴¹⁹. De otro lado, separación implica ejercicio de funciones estatales especializadas y excluyentes, mientras que división implica ejercicio de funciones estatales en colaboración, es decir, no especializadas y no excluyentes.

De otro lado el término “poder” que aparece mencionado en las dos doctrinas refiere a dos significados distintos que conviene aclarar. Por un lado, se hace referencia a las funciones del Estado, donde “función” se relaciona a algún tipo de actividad y, por tanto, a una serie de actos que son producto de ésta. Por otra parte, la palabra “poder” indica los órganos que ejercen diferentes funciones; esta distinción es importante porque permite observar que la separación del poder consiste en una doble separación, pues el término “separar” implica separación de funciones y separación de órganos, lo que a su vez propone una serie de reglas diferentes para una y otra separación. Por tanto, “separar” hace alusión a distintos significados según se trate de órganos o de funciones⁴²⁰.

Tradicionalmente las funciones del Estado son tres: i) la función legislativa, que se dedica a la producción de disposiciones generales impersonales y abstractas, las cuales por regla general rigen hacia el futuro; ii) la función jurisdiccional, que es la que

⁴¹⁹ Guastini Riccardo, Estudios de teoría constitucional, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 59.

⁴²⁰ Ibidem, pág., 60.

se encarga de la aplicación de esas disposiciones, en la constatación de su vulneración y en resolver las disputas jurídicas producto de esa violación y; iii) la función ejecutiva, la cual se encarga fundamentalmente de los actos de administración. Esta clasificación clásica ha sido construida bajo la idea de una constitución flexible y no de una constitución rígida⁴²¹. Sin embargo, esta doctrina clásica, en la actualidad, respecto de la estructura del Estado es mucho más compleja e incluye una serie de órganos y funciones que realizan otras actividades que, desde el punto de vista de su especialización, superan la concepción de las tres funciones⁴²². Sin embargo, este punto no será tocado aquí, ya que basta con la relación entre la función legislativa y judicial para los efectos de esta investigación.

Entonces, separación y división del poder público son dos doctrinas distintas. Por separación del poder puede entenderse un tipo de técnica que distribuye las funciones del Estado y se refiere a las relaciones entre los órganos que ejercen esas funciones, por tanto, esta técnica combina el principio de especialización de las funciones y el principio de independencia recíproca, por esto, “separar” significa especializar funciones y, a su vez, recíproca independencia de los órganos que ejercen esas funciones. Se entenderá entonces que una función es especializada cuando se ejerce por un órgano en forma total y exclusiva. Habrá independencia recíproca de los órganos si estos actúan libremente en relación con su constitución, funcionamiento y duración⁴²³.

Por división del poder, en cambio, se ha entendido como aquella técnica que estructura un sistema constitucional de pesos y contra pesos o *checks and balances*, a través de la cual, según la postura de Montesquieu, solo el poder es capaz de poner freno al poder. Esta técnica presta mayor atención, en cuanto a integrantes del poder político, al ejecutivo y al legislativo, excluyendo su especialización e independencia recíprocas. En cuanto al poder judicial es entendido como un poder nulo, ya que sus órganos y funciones están supuestamente dedicadas en forma exclusiva a aplicar ley

⁴²¹ Ibidem.

⁴²² Quinche Ramírez Manuel Fernando, Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pág. 433.

⁴²³ Guastini Riccardo, Estudios de teoría constitucional, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, págs. 64 – 65.

y constatar su violación⁴²⁴. Los jueces solo son seres inanimados que pronuncian las palabras de la ley; en tanto que no constituyen ni integran el poder político no pueden crear normas, solo deben aplicarlas. En esta técnica se plantea la idea no de una separación rígida del poder, sino la contraposición de los órganos al punto condicionarse y frenarse entre sí.

Ahora bien, en cuanto al poder judicial se sostiene que, en ambas técnicas de organización del poder, los jueces no tienen poderes normativos, ya que esto causaría confusión en las funciones que ejercen los demás órganos del poder, por tanto, los jueces no deben crear normas generales, impersonales y abstractas, sus precedentes no serían vinculantes en ese sentido (excepto en el sistema jurídico del Common Law). En relación con la técnica de *separación del poder* no hay control de la ley conforme a la Constitución, por tanto, la garantía jurisdiccional de la Constitución es incompatible con esta técnica, pues tal garantía supone la existencia de una constitución rígida. A contrario, en la técnica de la *división del poder* la ley se encuentra sujeta a control constitucional, por lo que la garantía jurisdiccional de la constitución sería plenamente compatible permitiendo el control difuso por inaplicación y el control concentrado por anulabilidad⁴²⁵ o inexecutable, como se prefiere llamar en el lenguaje normativo del orden jurídico colombiano.

3. La Corte Constitucional y la separación (división) del poder público

Prima facie pudiese parecer que la técnica adoptada por la Constitución Política de 1991 fuese la de la separación del poder público, solo porque la disposición normativa contenida en el artículo 113 usa el término “separadas” cuando hace referencia a que “Los diferentes *órganos del Estado tienen funciones separadas* pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Lo que parecía quedar confirmado en la sentencia de constitucionalidad C – 251 de 2002 en la que se expresó que “*la separación de poderes es también un mecanismo esencial para evitar la arbitrariedad dentro de los límites permitidos por la Carta y asegurar así la libertad y seguridad de los asociados*. La lógica del dispositivo no por conocida deja de ser esencial: *la división*

⁴²⁴ Ibidem, pág. 66.

⁴²⁵ Ibidem.

de la función pública entre diferentes ramas permite que el poder no descansa únicamente en las manos de una sola persona o entidad, a fin de que *los diversos órganos puedan controlarse recíprocamente*". (Cursivas fuera del texto)

Sin embargo, bien visto el asunto, la Corte no declara que sea la separación del poder público la técnica prevista por la Constitución, sino que parece sostener siguiendo el enunciado normativo contenido en el artículo 113 de la Constitución Política un modelo definido en el que las dos técnicas, la de la separación y la de la división, se encuentran entremezcladas, esto en razón a que por un lado declara que *la separación de los poderes es un mecanismo propio para evitar la arbitrariedad* y que también *permite asegurar la libertad y seguridad de los asociados* a través del *control recíproco de los órganos*. En esas dos expresiones y en la idea posterior en la que usa el término "división" para referirse a la existencia de diferentes ramas integradas por *diversos órganos que pueden controlarse recíprocamente*, se puede notar la mezcla de las dos técnicas, la cual también es de advertir en la sentencia C – 1040 de 2005 en la que se afirmó que "en la Constitución de 1991, el principio de separación de poderes mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos. En este modelo los controles inorgánicos juegan un papel preponderante en la regulación del balance entre los poderes públicos".

En sentencias de constitucionalidad posteriores como la C-630 de 2014, C-285 de 2016 y la C-140 de 2020 la Corte realiza una distinción que se refiere entre un modelo estático y un modelo dinámico respecto de la técnica de separación (división) del poder público. Según el modelo estático la idea de la separación del poder es la de limitar su ejercicio a través de un diseño de órganos, entidades e instituciones públicas que tienen funciones bien definidas y diferenciadas, las cuales tiene como finalidad salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Para la Corte este ha sido un tipo ideal, ya que según el alto tribunal la separación del poder no garantiza por si sola el respeto de los derechos de las personas, pues para que eso ocurra lo que se requiere es que los órganos tengan un control recíproco que no brinda un modelo de separación rígido como el estático.

Por ello, la Corte plantea una alternativa de un modelo dinámico, el cual hace referencia a un modelo de pesos y contrapesos, es decir, la técnica de la *división* del poder precisamente para garantizar la igualdad entre las personas, aceptando con esto la existencia de “un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos para que el Estado pueda garantizar, tanto las libertades básicas, como los derechos prestacionales”⁴²⁶. Para luego afirmar, citando la sentencia C-141 de 2010 que el “modelo adoptado respeta el criterio conforme al cual, en virtud del principio de separación, las tareas indispensables para la consecución de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. *No obstante, la separación resulta morigerada por las exigencias constitucionales de colaboración armónica y por controles recíprocos*” (cursivas fuera del texto).

Con lo que se deja claramente expresado, que a pesar de la distinción entre un modelo estático y uno dinámico respecto de la técnica de la separación (división) del poder público, la Corte asume un modelo constitucional de separación del poder mezclado con el modelo de la división, siguiendo al parecer lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución Política. Con lo que, vistas las cosas de esta manera, la técnica de la separación del poder público se encuentra inmersa en un problema teórico que, a su vez, implica dos tesis. Una primera tesis, la cual desde luego es formalista, consiste en que la técnica de la separación del poder tiene como consecuencia que el juez *solo aplica* el derecho creado por el legislador. De lo que seguiría entonces que la Corte Constitucional *solo aplica* el derecho creado por el constituyente. Una segunda tesis de tinte realista y empírica mostraría que el juez siempre crea derecho y que incluso, el juez más leal a la letra de los documentos normativos no puede dejar de crearlo. Por lo tanto, la Corte Constitucional crea derecho y no puede evitar crearlo al ejercer sus funciones bajo el presupuesto de la colaboración armónica para la realización de los fines estatales, es decir, de control recíproco.

El desacuerdo de estas dos tesis es una contradicción fundamental de nuestra cultura jurídica de los últimos dos siglos, la cual se encuentra centralmente en esto: el juez *no debe* crear derecho, pero no puede dejar de crearlo. Concretamente los dos

⁴²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 630 de 2014, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

camino de este dilema son estos: según la técnica de la separación de poderes (el juez no debe crear derecho), pero según la Teoría realista de la interpretación (el juez no puede evitar crearlo). Si observa con atención la técnica de la separación del poder, es una doctrina ideológica de la cual se pueden extraer tres tesis: i) Una primera tesis cognoscitiva, analítica, y no empírica, la cual plantea la distinción del poder y la clasificación de la función estatal en: legislativo, ejecutivo y judicial. Aquí el vocablo “separación” se usa como una distinción y el término “poder” se refiere a funciones, es decir, se distinguen, se separan funciones. Pero esta tesis clasificatoria de funciones estatales no se presta para una crítica normativa. No obstante, resiste una crítica cognitiva de otras teorías clasificatorias como la de Kelsen, donde desde una óptica realista se afirma: hay creación de derecho en todos los niveles de producción normativa⁴²⁷.

Una segunda ii) tesis la cual es de tinte normativa y que se conoce como separación de poderes, hace referencia al *equilibrio* de poderes; se relaciona con la atribución de las tres funciones de la primera tesis a *órganos que se equilibran entre sí*. Aquí el término “separación” se entiende como equilibrio y el vocablo “poderes” como órganos; este sería el presupuesto de la colaboración armónica, sosteniéndose en la postura de Montesquieu, según la cual «es una experiencia eterna que cualquiera que tiene poder se inclina a abusar de él; llega donde no encuentra límites [...] el poder *debe* detenerse para la disposición de las cosas el poder» El poder *debe* limitar el poder⁴²⁸.

De otro lado, una tercera iii) tesis que desde luego es normativa y que es conocida como separación de poderes, pero en sentido estricto, hace referencia a la forma de atribuir las funciones del Estado a los diferentes órganos. A diferencia de este último, sin embargo, estas funciones se distribuyen entre cuerpos especializados en sus respectivas funciones. Tesis que al parecer no coincide con lo que sostiene la Corte a partir del artículo 113 de la Constitución. En esta tesis por “separación” va a entenderse como división en sentido estricto y “poderes” como órganos. Según esta

⁴²⁷ Barberis Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione en revista Analissi e diritto, Genova, 2004, pág. 2.

⁴²⁸ Ibidem, pág. 3.

doctrina ideológica de la separación del poder se observan tres situaciones: 1) Mientras los órganos legislativo y ejecutivo participan excepcionalmente en funciones jurisdiccionales. 2) Los órganos judiciales nunca participan en funciones legislativas y ejecutivas. 3) El poder judicial, en Montesquieu, es el único poder para el que se aplica el criterio de especialización técnica en funciones, característica de la doctrina de la separación de poderes en el sentido estricto⁴²⁹.

De lo anterior se desprende la tesis de Montesquieu, sobre la idea de interpretación, que ha permeado nuestra cultura jurídica: «Los jueces de la nación son sólo la [...] boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inanimados que no pueden moderar su fuerza o rigor». La idea de que los jueces no deben crear derecho se origina precisamente por: a) La combinación de la teoría de la distinción de poderes (primera tesis) y b) la doctrina de separación en el sentido estricto entre el poder judicial y otros poderes (tercera tesis)⁴³⁰. Tesis combinatoria que no es asumida por la Corte Constitucional al referirse al modelo separación (división) según el enunciado normativo consagrado en el artículo 113 de la Constitución, lo que parece mostrar que la tesis de la extralimitación de funciones por parte de la Corte y la supuesta violación de la división del poder sostenida por algunos⁴³¹, es una tesis falsa.

Ahora bien, si se observan las tres tesis conocidas como la “separación de poderes” La primera tesis (*cognoscitiva*): la teoría de la *distinción* entre funciones legislativas, ejecutivo y judicial, parece ser una condición necesaria pero no suficiente de la doctrina (segunda tesis *normativa*) de que los jueces no *deben* crear derecho. Por tanto, si respetamos la ley de Hume, según la cual constituye un error de razonamiento inferir el deber ser a partir del ser⁴³², se podría decir que la doctrina de la separación del poder público así concebida es apenas un criterio ideológico, un concepto

⁴²⁹ Ibidem, pág. 4.

⁴³⁰ Ibidem, pág. 5.

⁴³¹ Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial, tomo II, Medellín, Diké, 2011, págs. 1627-1634. Arboleda Perdomo Juan Manuel, Corte Constitucional o Corte Constituyente en Controversias constitucionales, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, págs.268 – 295. Ayuso Miguel, Constitución. El problema y los problemas, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 32 – 33. Merryman John Henry, La tradición jurídica romano-canónica, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pág. 49-52. Ferrajoli Luigi, Contro la giurisprudenza creativa en Revista Questione Giustizia, 2016, pág. 22

⁴³² Barberis Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione en revista Analisi e diritto, Genova, 2004, pág 6.

normativo⁴³³, que por lo menos en el caso colombiano, no tiene un referente empírico y que solo se usa para negar la creación judicial del derecho⁴³⁴ o para estipular ciertos efectos nocivos que la creación judicial de normas jurídicas supuestamente tiene para la separación de poderes y, en definitiva, para el Estado de Derecho.

Así las cosas, si ha de cuestionarse lo que hace la Corte Constitucional en cuanto creadora de normas constitucionales implícitas en relación con la división o separación del poder habrá que distinguir con claridad las doctrinas que se encuentran bajo la nominación de “división del poder”, pues si se es el caso que un determinado orden jurídico lo que impera es una separación de poderes fuerte o estricta entonces el poder estatal se encuentra distribuido en una pluralidad de órganos quedando excluida cualquier interferencia entre los poderes del estado. En cuyo caso no sería lícito que los jueces hicieran otra cosa que aplicar la constitución y la ley. De esta manera, inclusive, la justicia constitucional sería incompatible con la separación de poderes, lo que tendría como consecuencia una contradicción insalvable con la posibilidad de inaplicar la ley o de anularla por motivos constitucionales a través del control de constitucionalidad⁴³⁵.

De otro lado, si lo que es el caso es una división del poder, es decir, un sistema de *checks and balances*, como se da en el caso colombiano, según la Corte

⁴³³ Chiassoni Pierluigi, Creación Judicial del Derecho en Revista Cubana de Derecho, Vol. 1, No. 1, enero – julio, 2001, pág. 182.

⁴³⁴ Es importante de nuevo decir que cuando en este trabajo se hecho referencia a “creación judicial de derecho” o a “creación judicial de normas” esas dos expresiones se han tomado como equivalentes, bajo la idea de crear normas (implícitas) mediante interpretación (creadora) es, según Guastini, una determinada acción mediante la cual los jueces “deciden atribuir a una disposición un significado que se pone fuera del marco de sus significados mitológicamente posibles, “creando” así – en un “sentido fuerte” de la expresión – una norma implícita que sin embargo intentan presentar como si fuera expresa”, asunto relevante que permite un concepto nomopoiético fuerte de “creación judicial de normas generales” en el sentido de entender que se trata de “toda formulación, al interior de una sentencia, una norma general que es nueva por no ser idéntica a otras normas preexistentes, aunque derive de alguna de ellas en combinación con premisas definitorias nuevas o premisas correspondientes a normas de integración”. No obstante, en Guastini también podría encontrarse un concepto nomopoiético débil en el “creación judicial de normas generales”, es planteado como “toda formulación, al interior de una sentencia, de una norma general que es nueva por ser el producto de un ejercicio de discrecionalidad interpretativa o de discrecionalidad integradora, resultando, por ejemplo, de operaciones de integración del lagunas (mediante concreción de principios u otras vías) o de ampliación del marco de los significados metodológicamente posibles de una disposición. Sin embargo, Chiassoni ha dicho que, pragmáticamente, una noción más precisa de “creación interpretativa de normas”, puede plantearse en el sentido de que “hay creación interpretativa de normas toda vez que la norma expresa que el intérprete presenta como significada jurídicamente correcto de una disposición es un enunciado heteromorfo en relación con la disposición, que es diferente de su forma gramatical y no es semánticamente equivalente a ella”. Ibidem, págs. 168-173-180.

⁴³⁵ Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 307.

Constitucional, en virtud del presupuesto de la colaboración armónica y el control recíproco de los órganos estatales, entonces la separación de poderes, que sería débil en este sentido, se tornaría totalmente compatible con el control de constitucionalidad, sea éste difuso o concentrado, siendo esto inclusive una exigencia para la realización de un sistema de balanceo del poder estatal. Sin embargo, hay que aclarar que esta compatibilidad sería plausible si estamos hablando de una justicia constitucional ejercida a la manera de un legislador negativo, el cual constituiría un freno o contra peso al legislador positivo (congreso o parlamento)⁴³⁶.

En el caso de que el tribunal constitucional actúe como “legislador positivo”, es decir, creando normas constitucionales (o legales), como se ha mostrado en este estudio respecto de la Corte Constitucional colombiana, sensatamente hay que decir que desde una óptica tradicional clasificatoria de las funciones del Estado: legislativa, ejecutiva y judicial, la justicia constitucional se traduce en un eje problemático, ya que la función ejercida por la Corte termina por ser una combinatoria de funciones jurisdicciones con funciones de tipo legislativo (o constituyente)⁴³⁷. El tribunal constitucional en cierta medida se comporta como un juez en cuanto adelanta procesos y sus decisiones se expresan a través de sentencias motivadas⁴³⁸. Cosa que sucede debido al nominalismo constitucional que denomina jurisdicción a lo que hace Corte Constitucional, pero su función parece otra cosa, pues, si se pone atención a ésta, lo que hace la Corte en cuanto al control de constitucionalidad se identifica, también, con lo que hace un “legislador positivo”⁴³⁹.

Mucho de lo que hace el juez constitucional termina siendo análogo a lo que hace un legislador positivo, pues como se ha visto no solo aplica la Constitución, sino que modifica el conjunto de normas constitucionales existentes, ya que, por un lado, añade nuevas normas a ese conjunto, como en el caso de la norma del “precedente judicial obligatorio” y, por otro, sustrae normas existentes de ese conjunto, como en el caso de norma de “jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial”⁴⁴⁰. La Corte

⁴³⁶ Ibidem.

⁴³⁷ Jellinek Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Bogotá, Leyer, 2006, pág. 37.

⁴³⁸ Tarapués Sandino Diego Fernando, *La Naturaliza Institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, págs. 64 – 65.

⁴³⁹ Atria Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 252-254.

⁴⁴⁰ Guastini Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 307.

Constitucional, cuando niega la aplicación de una norma legislativa preexistente, cuando declara su interpretación condicionada, cuando construye la constitución-norma a partir o no de la constitución-disposición no está realmente aplicando la constitución, sino modificando, extrayendo o añadiendo normas constitucionales (y legales) al conjunto de normas existentes y aplicables. La actividad de la Corte, al parecer, coincide más con la creación y justificación de normas constitucionales implícitas que con su aplicación⁴⁴¹.

Siendo esto así, parece sensato sostener que la justicia constitucional, debido a su “naturaleza” política⁴⁴², constituye más un ejercicio de función legislativa (constituyente) que de función jurisdiccional⁴⁴³, pero lo paradójico del caso es que esta situación en nada contradice el principio de división (separación) del poder (a condición que el tribunal constitucional actúe como “legislador negativo”)⁴⁴⁴, pues sencillamente donde impera una forma de justicia constitucional como ésta no se da una separación del poder legislativo y del poder jurisdiccional constitucional. Aquí lo que sucede es que el poder legislativo está dividido y ha sido repartido en dos órganos. Uno de elección ciudadana directa que, en el caso de Colombia, es el Congreso de la República y otro de elección ciudadana indirecta, como es el caso de la Corte Constitucional⁴⁴⁵. Órgano que como hemos tenido oportunidad mostrar en este estudio realiza cambios constitucionales informales por medio de “interpretación” de la Constitución como el de la norma del “precedente judicial obligatorio”⁴⁴⁶. Al parecer desde el punto de vista de su nominación y funciones la jurisdicción constitucional encierra una combinación de función judicial, de función legislativa y de poder constituyente⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ Atria Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 252.

⁴⁴² Tarapué Sandino Diego Fernando, *La Naturaliza Institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, pág. 65.

⁴⁴³ Merryman John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pág. 72.

⁴⁴⁴ Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, pág. 55.

⁴⁴⁵ Guastini Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 307. Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, pág. 54.

⁴⁴⁶ Bernal Pulido Carlos, *Cambio constitucional informal: una introducción crítica en Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, págs. 26-36.

⁴⁴⁷ Comanducci Paolo, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pág. 143.

4. Sobre la constitución

En este punto es necesaria una aclaración previa. Como se ha mostrado en este estudio, la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio” ha sido creada por la Corte Constitucional. Al parecer esta norma es un cambio hecho a la Constitución Política de 1991, concretamente a su artículo 230. Recuérdese que dicha disposición constitucional dice que “*la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial*”. Enunciado normativo que era entendido, hasta antes del acto de construcción jurídica realizado por la Corte y analizado en el capítulo segundo de este texto, en el sentido de que la jurisprudencia era fuente del derecho secundaria o auxiliar, la cual solo tenía aplicación en caso de no haber una norma legal exactamente aplicable al caso controvertido⁴⁴⁸.

Esa comprensión estaba fundamentada en la idea de que el derecho colombiano ha sido construido a la luz de la tradición romano-germánica en donde la ley es la fuente principal del derecho y en donde la jurisprudencia juega un papel secundario en el sistema fuentes⁴⁴⁹. Esta tradición se ve reflejada en textos legislativos como el del artículo 17 del Código Civil que dispone que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”⁴⁵⁰. También se ve confirmada dicha tradición en otras disposiciones como las contenidas en varios artículos de la ley 153 de 1887 como el cuarto, el cual consagra que “los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. A su vez el artículo octavo, dice que “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se

⁴⁴⁸ Quinche Ramírez Manuel Fernando, Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pág. 623. Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial, Medellín, Diké, 2013, págs. 1631 – 1634.

⁴⁴⁹ Merryman John Henry, La tradición jurídica romano-canónica, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pág. 50.

⁴⁵⁰ Es importante decir que esta disposición ha sido interpretada por la Corte Constitucional en la sentencia C - 461 de 2013 de la siguiente forma: “Sobre el particular, si bien la claridad y precisión de las distintas normas que con posterioridad a la aquí analizada han regulado estas situaciones permiten tener certeza acerca de los indicados efectos, la posibilidad de confusión que pese a ello podría generarse lleva la Sala a concluir que ciertamente el artículo 17 del Código Civil debe ser declarado exequible, pero bajo el entendido de que esa regla no impide que se produzcan efectos erga omnes y extensivos, más allá de los sujetos intervinientes, en aquellos casos que por expresa previsión constitucional deban tener este mismo efecto”.

aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. Y, por su puesto, el décimo (reformado por el artículo 4 de la ley 169 de 1896) que contenía la regla del sistema jurisprudencial que decía que “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en caso análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de juzgue erróneas las decisiones anteriores”⁴⁵¹. Todo esto bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991.

Además de lo anterior, es importante tener en cuenta que en la cultura jurídica colombiana el artículo 4 de la ley 169 de 1896 que regulaba la llamada “doctrina probable” había sido tradicionalmente interpretado como un sistema de jurisprudencia auxiliar, lo que se reforzó con la derogación de la causal de casación regulada en la ley 105 de 1890 que, en su momento, reguló que la violación de la doctrina probable por parte de los jueces era causal para casar los fallos. Esta postura legislativa que quedó confirmada en la sentencia del 26 de septiembre de 1916 de la Corte Suprema de Justicia en la que, este alto tribunal, abandonó la idea según la cual, las causales de interpretación errónea y aplicación indebida de la ley podían ser consideradas como causales de casación por violación de la doctrina probable, con lo que se confirmaba un sistema de “jurisprudencia auxiliar”⁴⁵².

⁴⁵¹ Recuérdese que estas disposiciones han sido interpretadas por la Corte Constitucional principalmente en las sentencias C – 131 de 1993 y C – 836 de 2001, las cuales ya fueron analizadas en el segundo capítulo de estudio y que constituyen episodios importantes del acto de construcción jurídica de la Corte, mediante el que se crea la norma del “precedente judicial obligatorio”.

⁴⁵² López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, pág. 80. En este libro López argumenta que “hubo un periodo prolongado en la jurisprudencia de casación en la que coexistieron pacíficamente la idea de “doctrina probable” y la casabilidad de sentencias por violación de dicha doctrina probable, lo que probaría, entonces, que no se trataba de un sistema de jurisprudencia indicativa o potestativa”. Creo que esta afirmación, aunque cierta parcialmente, es algo exagerada porque ese periodo va de 1896 a 1916, es decir, se trata de escasos 20 años de vigencia de una regulación en un sistema jurídico que tiene alrededor de 200 años de vida republicana y que solo a partir del año 2001 fue que se creó el “sistema de precedente fuerte” por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C – 836. No me parece que esos veinte años prueben la existencia de un sistema de jurisprudencia no potestativa; máxime cuando se abandonó precisamente por el argumento teórico de la tradición romano-germánica (jurisprudencia) y por la imposibilidad de exigir su cumplimiento a los jueces debido a condiciones geográficas y de telecomunicación del país en ese entonces. Me parece en cambio que en la afirmación de López lo que hay es el asomo de sus concepciones ideológicas y políticas en esta materia.

Por las razones anteriores es que el enunciado normativo contenido en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 ubica a la jurisprudencia en el sistema fuentes como una fuente auxiliar o secundaria y, por ello, de la misma forma era comprendido en la cultura jurídica, lo que se puede evidenciar en la interpretación de la Constitución que hizo el legislador⁴⁵³, por ejemplo cuando legisló sobre la materia a través de la ley 270 de 1996 (Estatutaria de administración de justicia), que en su artículo 48 consagró el alcance de las sentencias en el ejercicio de del control constitucionalidad, expresando que las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional tendrían efectos *erga omnes* en su parte resolutive, mientras que la parte motiva solo constituiría un criterio auxiliar de la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general, sosteniendo a su vez que, la interpretación de la Corte hecha por vía de autoridad tendría carácter obligatorio general. En relación con las sentencias de tutela, dicha disposición se expresó en el sentido de esos fallos tendrían carácter obligatorio para las partes y su motivación solo constituiría criterio auxiliar para la actividad judicial.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también mantuvo por muchos años esa misma postura, según la cual jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial y, por tanto, debe entenderse como una fuente de derecho secundaria en el sistema jurídico⁴⁵⁴, lo que fijaba tanto desde el punto de vista del legislador, como

⁴⁵³ En relación con la interpretación de la constitución que hace el legislador se ha dicho que “[...] cada vez que el legislador elabora una ley reinterpreta implícitamente la constitución que, a su modo de ver, expresa siempre un contenido de significado que no puede ser contradicho por el contenido de significado de ninguna ley promulgada”. Comanducci Paolo, Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010 pág. 131.

⁴⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación laboral, sent. del 29 de enero de 2008, rad. 17.442, M.P Luís Javier Osorio López; sent. del 22 de enero de 2008, rad. 17.344, M.P Javier Ricaurte Gómez; sent. del 1 de abril de 2008, rad. 17.738, M.P Gustavo José Gnecco Mendoza; sent. del 29 de abril de 2008, rad. 17.894, M.P Eduardo López Villegas; sent. del 2 de abril de 2008, rad. 17.766, M.P Elsy del Pilar Cuello Calderón; sent. del 29 de abril de 2008, rad. 17.858, M.P Eduardo López Villegas; sent. del 5 de febrero de 2008, rad. 17468, M.P Gustavo José Gnecco Mendoza; sent. del 26 de febrero de 2008, rad. 17.564, M.P Camilo Tarquino Gallego; sent. del 27 de marzo de 2008, rad. 17.690, M.P Luís Javier Osorio López; sent. del 28 de mayo de 2008, rad. 18.076, M.P Isaura Vargas Días; sent. del 7 de mayo de 2008, rad. 17.992, M.P Gustavo José Gnecco Mendoza. Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación civil, sent. del 24 de enero de 2008, rad. 2008-075, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 28 de enero, rad. 2008-026, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 21 de enero de 2008, rad. 2008-2082, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 30 de enero de 2008, rad. 2008-058, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 21 de enero de 2008, rad. 2007-2141, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 25 de enero de 2008, rad. 2008-001, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 16 de abril de 2008, rad. 2008-524, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 30 de abril de 2008, rad. 2008-642, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 10 de abril de 2008, rad. 2008-468, M.P William Namén Vargas; sent. del 24 de abril de 2008, rad. 2008-620, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 22 de abril de 2008, rad. 2008-617, M.P William Namén Vargas; sent. del 22 de abril de 2008, rad. 2007-2593, M.P William Namén; sent. del 19 de febrero de 2008, rad. 2008-178,

desde la óptica del máximo tribunal de jurisdicción ordinaria un significado posible para la disposición normativa contenida en el artículo 230 de la Constitución Política. Sin embargo, ese estado de cosas fue modificado por la Corte Constitucional cuando construyó la norma del “precedente judicial obligatorio”. La Corte cambió la Constitución. ¿Pero de qué constitución estamos hablando? Esta pregunta es necesaria toda vez que su respuesta exige una conceptualización que permita comprender lo que se entiende por Constitución. Hasta aquí la previa aclaración.

Pues bien, el término “constitución” puede entenderse en tres sentidos, dependiendo de su uso conceptual, los cuales han servido para distinguir entre constitución formal (o contenida en un documento normativo) y constitución material (o regularidades de una praxis política)⁴⁵⁵. En primer lugar, el uso del término puede significar: *constitución como un texto o documento normativo* que funda y limita el poder del Estado. En este sentido documental se ha designado como constitución a ciertos textos aprobados solemnemente como productos revolucionarios, como por ejemplo en Inglaterra (el Bill of Rights y el Habeas Corpus de 1689), Estados Unidos de América (la Constitución 1787) y en Francia (la Constitución 1789). No obstante, este concepto de constitución documental no se reduce al conjunto de disposiciones contenidas en el texto constitucional (lo que se puede identificar con el nombre de constitución-disposición), sino que además este uso conceptual se identifica con los significados, explícitos o implícitos, de ese conjunto de disposiciones, es decir, con las normas constitucionales o la constitución-norma. Entonces, puede decirse que el uso terminológico de

M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 22 de febrero, rad. 2008-234, M.P William Namén Vargas; sent. del 19 de febrero de 2008, rad. 208-104, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 20 de febrero de 2008, rad. 2008-284, M.P William Namén Vargas; sent. del 4 de marzo de 2008, rad. 2008-282, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 9 de junio de 2008, rad. 2008-850, M.P William Namén Vargas; sent. del 8 de mayo de 2008, rad. 2008-677, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 17 de mayo de 2008, rad. 2008-692, M.P William Namén Vargas; sent. del 8 de mayo de 2008, rad. 2008-723, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 7 de mayo de 2008, rad. 2008-661, M.P William Namén Vargas. Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación penal, sent. del 24 de enero de 2008, rad. 34.896; sent. del 24 de enero de 2008, rad.34.903; sent. del 21 de febrero de 2008, rad. 35.461; sent. del 6 de marzo de 2008, rad. 35.612, sent. del 31 de marzo de 2008, rad. 36.093; sent. del 3 de abril de 2008, rad. 36.172; sent. del 10 de abril de 2008, rad. 36.243; sent. del 24 de abril de 2008, rad. 36.519; sent. del 16 de mayo de 2008, rad. 36.770; sent. del 22 de mayo de 2008, rad. 37.047; sent. del 30 de mayo, rad. 36.915; sent. del 5 de junio de 2008, rad. 37.181; sent. del 19 de junio de 2008, rad. 37.372; sent. del 3 de julio de 2008, rad. 37.570; sent. del 3 de julio de 2008, rad. 37.610; sent. del 31 de julio de 2008, rad.37.970. Todas con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁵⁵ Estrada Michel Rafael y Nuñez Torres Michael, La reforma constitucional en México ¿De qué constitución estamos hablando? en La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado, México, Porrúa, 2010, págs. 383 – 386. Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 144 – 145.

constitución como documento, realmente consiste en los significados que se atribuyen al texto constitucional por medio de la interpretación que se haga de una de sus disposiciones en particular o del conjunto de esas disposiciones. La constitución, pues, es el conjunto de normas explícitas e implícitas que identifican o construyen los intérpretes. Teniendo en cuenta lo anterior, puede afirmarse que la constitución es un documento solemne aprobado por una asamblea constituyente⁴⁵⁶.

Ahora bien, el segundo uso del término constitución hace referencia a ciertas normas que crean y limitan el poder político, pero que no están contenidas en el texto constitucional, sino que son producto de la costumbre o práctica constitucional, en ese sentido se habla de *constitución funcional* como una especie de normas consuetudinarias las cuales se comportan como auténticas reglas que se sustentan en formulaciones normativas de esa práctica, el ejemplo clásico de este uso del término es la constitución inglesa, pues pese a que hay ciertos documentos constitucionales no codificados existe una parte funcional de la constitución que opera conforme a reglas consuetudinarias que no se pueden reducir a las normas explícitas o implícitas de los textos constitucionales⁴⁵⁷.

De otro lado, el tercer uso de constitución se refiere a cierto tipo de regularidades que se pueden identificar en la formación y en el funcionamiento de algunos poderes políticos que, a su vez, muestra una distribución fáctica del poder. Es este el caso de la denominada *constitución material*, la cual no alude a textos, ni a disposiciones, ni reglas, sino a un conjunto de hechos políticos que se revelan como regularidades que muestran que ciertos grupos e individuos que ejercen el poder político tienen el monopolio de la fuerza y son efectivamente obedecidos. Desde luego que este sentido de constitución es radicalmente distinto al de constitución documental y es tan solo conceptualmente diferente de la constitución funcional, ya que la diferencia radica en la distinción de reglas consuetudinarias y meras regularidades de facto⁴⁵⁸.

Así las cosas, cuando se dice que la Corte Constitucional crea la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio” y con ello genera un cambio de la

⁴⁵⁶ Barberis Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008, pág. 126.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, págs. 127 – 128.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, págs. 128 – 129.

constitución se está haciendo referencia a la constitución documental, ya que el acto de construcción jurídica realizado por la Corte no llega a coincidir con la idea de una constitución funcional ni con la de constitución material, pues no se trata de la construcción de reglas consuetudinarias de contenido normativo, ni tampoco de meras regularidades de una práctica política. Lo que ha hecho la Corte es una “interpretación” (en sentido amplio) del texto constitucional, el cual era comprendido en un contexto jurídico-cultural inmerso en una tradición romano-germánica que interpretaba en forma literal la disposición normativa contenida en el artículo 230 de la constitución documental y que formulaba la norma expresa (literal) de la “jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial” en el sentido de una fuente del derecho secundaria que se aplicaba a falta de derecho codificado; postura no solo compartida en la dogmática sino también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁹. Pero, como se ha visto en el capítulo segundo de este estudio, la Corte cambió ese significado y con ello modificó, mutó (pero no reformó)⁴⁶⁰, la constitución documental 1991 creando la norma del “precedente judicial obligatorio”.

Esta norma que en efecto ha modificado la constitución, es una norma constitucional implícita. Es implícita por las razones expresadas en los dos primeros capítulos de este estudio. Es constitucional por las razones anotadas anteriormente, o sea, porque es una mutación del texto constitucional y por las expresadas en el capítulo anterior, es decir, porque es una norma de competencia que confiere ciertos poderes a los jueces que les permite seguir el precedente y la posibilidad de apartarse del mismo, así como el poder de crearlos⁴⁶¹. La norma del “precedente judicial obligatorio”, el *stare decisis* colombiano, es la norma que instaura un sistema de precedentes “obligatorios” y cambia un sistema de jurisprudencia auxiliar u optativa. Se trata, pues, de una norma constitucional.

⁴⁵⁹ Como ejemplos en la dogmática pueden verse a: Quinche Ramírez Manuel Fernando, Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pág. 623. Tamayo Jaramillo Javier, La decisión judicial, Medellín, Diké, 2013, págs. 1631 – 1634. Para el caso de la postura de la Corte Suprema de Justicia en la que interpreta en forma literal en artículo 230 de la Constitución véase mi libro: Gómez Martínez Diego León, Acción de tutela contra sentencia de casación. Un análisis crítico. Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011, págs. 29 – 51.

⁴⁶⁰ “Por reforma constitucional entiendo la modificación de los textos constitucionales producidas por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consecuencia, de tal mutación”. Jellinek Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, Bogotá, Leyer, 2006, pág. 13.

⁴⁶¹ Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 150 – 151.

Esta norma constitucional ha sido creada bajo un modelo de constitución. La concepción sobre los modelos de constitución coincide en cierta forma con el concepto que indica qué se entiende por constitución y esto, a su vez, determina los modelos de interpretación constitucional que se usan para interpretar ese objeto denominado constitución. En este sentido, los tres conceptos de constitución señalados antes se relacionan con cuatro modelos de constitución que se conocen como constitución como orden y constitución como norma. Estos modelos, al momento de constituir el objeto constitución, son algunos descriptivos y otros axiológicos⁴⁶².

El primer modelo de constitución, que parece coincidir con el uso conceptual de constitución funcional, es axiológico y constituye su objeto como un conjunto de fenómenos sociales. La constitución es aquí, en su contexto jurídico-político, es un tipo facticidad social que tiene un valor en sí y que tiene la virtud de generar normas, por ende, ese tipo de constitución hace una referencia indirecta a normas, pues lo que designa de forma directa es un orden social, un orden estatal. Ese orden, pues, genera normas que tienen un valor fundamental y por ende son jerárquicamente supremas⁴⁶³.

El segundo modelo de constitución como orden, es como tal descriptivo. En este modelo está presente la idea conceptual de constitución material, en la medida en que la constitución también representa un conjunto de fenómenos sociales (y políticos), pero ese conjunto no tiene un valor en sí y tampoco genera normas. Por tanto, lo que aquí se entiende por constitución hace alusión a una situación que permanece estable temporalmente y que se muestra en las interacciones sociales y políticas, es decir, en las relaciones de poder. Aquí la constitución es un orden artificial en el sentido de que los fenómenos sociopolíticos que se toman de base para explicarla y que hacen referencia a su estructura, pueden llegar a modificarla por la voluntad-acción de ciertos grupos o individuos⁴⁶⁴.

El tercer modelo de constitución es también descriptivo, pero aquí la constitución no se concibe como un conjunto de hechos sociopolíticos, sino con una norma. En este

⁴⁶² Comanducci Paolo, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pág. 116.

⁴⁶³ *Ibidem*, pág. 118.

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

modelo en cierto sentido se asume el concepto de constitución documental, pues se trata de un conjunto de reglas positivas que pueden presentarse contenidas en un documento o en forma consuetudinaria. Esas normas son, en relación con las demás normas de un determinado sistema jurídico, fundamentales, es decir, poseen una mayor jerarquía que las otras y por eso son fundantes de todo el ordenamiento jurídico⁴⁶⁵.

El cuarto modelo de constitución es axiológico. Aquí la constitución también se comprende como norma, es decir, es conjunto de reglas jurídicas positivas que se expresan en forma consuetudinaria o en un documento y que, en relación con las demás reglas del sistema jurídico son superiores jerárquicamente, pero con la diferencia, en este modelo, de que esas normas tienen un contenido específico, al cual se le atribuye un valor determinado, es decir, esas normas tendrían un valor en sí y, por tanto, la constitución también lo tendría⁴⁶⁶. Este modelo de constitución también coincide con el uso conceptual de constitución documental, al cual desde luego se le hace una lectura moral unas veces declarada y otras veces disimulada.

Lo anterior permite observar qué objeto de constitución ha determinado la Corte Constitucional para crear la norma del “precedente judicial obligatorio”. Lo que permite también mostrar qué modelo de interpretación constitucional asume y que consecuencias podría tener esto desde el punto de vista del ejercicio del poder constituyente; siendo desde luego un órgano constituido. Vistas de ese modo las cosas, puede observarse que la Corte no asume un modelo axiológico de constitución como orden, pues la Corte no se ha encaminado a interpretar una práctica consuetudinaria, la Corte no da cuenta de un orden o de algún tipo de esencia en el que “pueblo”, entendido como entidad orgánica, es visto como productor de la constitución. La Corte, pues, cuando construye la norma del “precedente judicial obligatorio” no dice atribuir sentido a un objeto natural-cultural. La Corte lo que dice estar haciendo es atribuir sentido a un texto, al documento constitucional⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶ Ibidem, págs. 118-119.

⁴⁶⁷ Ibidem, pág. 129.

Si se observa, la Corte tampoco parece estar asumiendo un modelo descriptivo de constitución como orden, ni un tipo descriptivo de constitución como norma, ya que la Corte, al crear la norma del “precedente judicial obligatorio”, no se encarga de detectar ni de registrar los significados atribuidos al objeto denominado constitución, el cual es designado, en el primer caso, como un conjunto de fenómenos sociales y, en el segundo caso como un documento normativo, por parte de otros órganos que hayan atribuido esos significados a través del uso del lenguaje o con ciertos comportamientos concluyentes, lo que resulta entendible toda vez que la Corte no procede en ese sentido como lo hacen los científicos políticos o los científicos del derecho realistas, quienes respectivamente realizan análisis lingüísticos e investigaciones empíricas sobre ese determinado objeto. La Corte actúa política y jurídicamente en el mundo. La Corte no hace ciencia ni teoría. La Corte es coautora de la constitución⁴⁶⁸.

Ahora bien, lo que sí parece estar asumiendo la Corte Constitucional es un modelo de axiológico de constitución como norma, pues para el alto tribunal el objeto denominado constitución es un documento normativo que expresa un conjunto de normas jurídicas que son jerárquicamente superiores a las demás reglas del sistema jurídico en razón a que tienen un valor determinado, es decir, la constitución-documento, para la Corte, es un valor en sí mismo y, por ende, la constitución-norma también lo es. Por ello, la Corte la “interpreta” como un reflejo del orden constitucional, en tanto que determina ese orden constitucional⁴⁶⁹.

La Corte, pues, para crear la norma de “precedente judicial obligatorio” al parecer parte de una lectura axiológica del texto constitucional, configurando sofisticadamente una laguna axiológica, como ya pudo verse en los capítulos primero y segundo de este estudio, según la cual en la Constitución falta una norma igualadora que obligue a los jueces a fallar en forma semejante los casos semejantes y, por ello, declara que el enunciado: *jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial* debe ser entendido según el valor, principio y derecho a la igualdad, pues de otra manera se quebrantaría la finalidad constitucional de la igualdad de trato. Por ello, para la Corte,

⁴⁶⁸ Ibidem, págs. 130 – 135.

⁴⁶⁹ Ibidem, pág. 119.

falta esa norma igualadora y así, con base en esa lectura valorativa del texto constitucional, procede a crear la norma del “precedente judicial obligatorio”, la cual según ella garantiza el cumplimiento del trato igualitario, así como un orden justo. Desde luego que, en este sentido, la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio” además de ser un acto de construcción jurídica, es el reflejo de las opiniones políticas de la Corte, las cuales a su vez se manifiestan en la “interpretación” que la Corte ofrece de la Constitución a través de su lectura moral⁴⁷⁰. Es la política constitucional de la Corte.

5. Sobre el poder constituyente

Al crear la norma del “precedente judicial obligatorio”, la Corte Constitucional, se ha comportado como un “legislador positivo”, lo que parece situarla de alguna forma como un poder constituido que actúa como un poder constituyente. Sin embargo, esto no parece estar del todo claro, pues la noción de poder constituyente se ha elaborado por oposición a la del poder constituido, ya que por el primero se ha entendido como el poder que tiene la fuerza de instaurar una “primera” constitución. Mientras que por el segundo se ha entendido como un poder jurídico, es decir, un poder que tiene la competencia de crear normas (jurídicas) a partir de lo que disponen otras normas jurídicas y en la forma en que ellas disciplinan el ejercicio de tal competencia. Por ello las normas sobre producción jurídica son el fundamento de la validez dinámica de las normas que crea un poder constituido⁴⁷¹.

No obstante, el discurso que se ha elaborado en relación con el poder constituyente puede notarse dos concepciones que, a su vez, han sido llamadas formal y material. En la primera el poder constituyente se concibe como un poder que no ha sido previsto ni disciplinado por normas preexistentes, por tanto, se ejerce por fuera del orden jurídico, es decir, en forma ilegal o de manera no legal, pues de lo contrario sería un poder constituido. En la segunda concepción, el poder constituyente es entendido en sentido material, o sea, como aquel que expresa las decisiones políticas fundamentales, en el sentido de decidir los principios superiores caracterizadores del

⁴⁷⁰ Ibidem, págs. 136 – 143.

⁴⁷¹ Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 157.

ordenamiento o bien la forma de Estado, no importando si se ejerce forma legal o ilegal⁴⁷².

Estas dos concepciones tienen, a su vez, una conexión con dos posibilidades de entender la constitución documental, la cual como ya se ha dicho no se puede comprender sin la constitución-norma, es decir, sin la “interpretación” de la constitución-disposición. En este sentido, la concepción formal del poder constituyente supone que la constitución es un conjunto de normas determinado que se agota en el acto de identificación de las normas que componen ese conjunto. De otro lado, la concepción material del poder constituyente preconceptua la constitución no como un conjunto finito de normas, sino exclusivamente como sistema total de valores y principios⁴⁷³. Lo que termina implicando dos criterios de identificación constitucional respecto de un posible cambio constitucional, cuando se tiene en cuenta la constitución-documental como la conjunción de constitución-disposición y constitución-norma. La constitución documental puede también entenderse en los sentidos formal y material.

En consecuencia, si se parte de una concepción formal, donde la constitución es un conjunto de normas, no se puede perder de vista esa conceptualización, es decir, que la constitución es entendida como un conjunto y, en ese orden de ideas, un conjunto está compuesto por unos específicos elementos, los cuales representan la unidad de ese conjunto al ser la base finita de su composición, por tanto, si uno de esos elementos cambia o desaparece el conjunto se modifica, se convierte en conjunto distinto. De esta manera, bajo esta concepción, la constitución documental cambia cada vez cambia la constitución-norma, pues al cambiar los elementos-normas del conjunto-constitución, tenemos una constitución distinta, o sea, un conjunto que ha perdido su identidad, sin importar desde luego que tan marginal o fundamental resulta el cambio, pues lo aquí importa es observar si tal cambio se ha realizado conforme a las formas previstas en la constitución vigente⁴⁷⁴.

⁴⁷² Ibidem, pág. 159.

⁴⁷³ Ibidem.

⁴⁷⁴ Ibidem.

Ahora bien, desde el punto de vista de una concepción material de la constitución documental, la cual es entendida como un conjunto de valores y principios, el conjunto termina siendo modificado no por un cambio cualquiera de la constitución-norma, sino por una modificación que ese conjunto axiológico, esto es, una alteración de alguno de esos principios supremos; esto sin importar si el cambio de la constitución se ha realizado por vías legales o ilegales⁴⁷⁵. Por tanto, desde una óptica material un cambio a la constitución-norma, como el realizado por la Corte Constitucional al crear la norma constitucional implícita del “precedente” judicial obligatorio, no podría alterar los principios supremos, pues de ser así la consecuencia sería la actuación de un poder constituyente que instaura un nuevo orden constitucional al subvertir los valores éticos políticos de la constitución vigente. Esto, según parece, no sucede, pues lo que la Corte ha hecho es crear una norma, precisamente bajo una justificación de principio, ya que según ella la norma creada se justifica en virtud del principio-derecho a la igualdad. Los principios supremos de la constitución no han sido modificados y la forma de Estado no ha sido alterada.

No obstante, otra cosa parece suceder desde de la óptica formal donde los actos de los poderes constituidos y el poder constituyente se distinguen con base en criterios formales, esto es, que los cambios a la constitución sean realizados mediante las formas previstas en la constitución y conforme a sus procedimientos preestablecidos para tales fines. Por tanto, si los cambios constitucionales se hacen de esta manera, son meras revisiones hechas por un poder constituido, que no supone la instauración de un nuevo orden constitucional, inclusive, a pesar de que dicho cambio incida en los principios fundantes de la actual constitución o que, desde luego, implique la modificación del conjunto de normas constitucionales, pues como ya se ha dicho el cambio de los elementos del conjunto genera un nuevo conjunto, en este caso, una “nueva” constitución⁴⁷⁶.

Pero, en cuanto a una distinción trazada por límites formales, entre poder constituido y poder constituyente, si el cambio constitucional, por mínimo que sea, se realiza por vías no previstas en la constitución, no se trata de una simple revisión a la constitución,

⁴⁷⁵ Ibidem 160.

⁴⁷⁶ Ibidem, pág. 161.

sino del establecimiento de una nueva constitución, de un nuevo orden constitucional, lo que implica el ejercicio de un poder constituyente. La modificación legal de la constitución es ejercicio de poder constituido, la modificación ilegal de la constitución revela sin más el ejercicio de un poder constituyente⁴⁷⁷. Es en este sentido que la Corte Constitucional, al crear la norma constitucional del “precedente judicial obligatorio”, parece estar actuando como un poder constituyente, pues ese cambio constitucional se revela como informal al no estar previsto formalmente su posibilidad en la Constitución Política de 1991. Desde luego, no se trata de un cambio de la constitución-disposición, sino un cambio de la constitución-norma, lo que es en definitiva un cambio de la constitución documental, en el que la Corte, como en todas sus decisiones, parece reconocer al “pueblo” como una autoridad de poder constituyente, pero la Corte es la que termina teniendo la última palabra sobre los contenidos de la Constitución, si esto es así, si la Corte como poder constituido cambia la constitución por vías no previstas en ésta y tiene la palabra final en relación con su contenido ¿Quién es aquí el poder constituyente?⁴⁷⁸.

6. Sobre la democracia

No se puede pasar por alto que, cuando se hace referencia a la creación de la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio” por parte de la Corte Constitucional, estamos frente al fenómeno de la justicia constitucional y, específicamente, de cara al control jurisdiccional de constitucionalidad. Recuérdese que el tribunal constitucional colombiano ha creado esta norma a través de una combinación de argumentos creadores de normas que se expresan en sentencias de constitucionalidad y de tutela, las cuales fueron analizadas en el capítulo segundo de este estudio. Es así, como la justicia constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad se presenta como una idea interpelante en el Estado de Derecho en relación con sus alcances y finalidades, lo cual ha suscitado cierto debate no solo respecto de la división de poderes, la constitución, el poder constituyente, sino también sobre la democracia.

⁴⁷⁷ Ibidem, pág. 161 – 162.

⁴⁷⁸ Sanín Restrepo Ricardo, Teoría Crítica Constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo, Bogotá, Ibáñez, 2009, págs.141 – 142.

Como es bien conocido, a partir del fenómeno de la justicia constitucional se ha planteado una discusión sobre su compatibilidad con la democracia. Algunos juristas han negado abiertamente que el control jurisdiccional de constitucionalidad sea compatible con la democracia⁴⁷⁹. Otros han confutado esa idea proponiendo que dicho control resulta ser plenamente compatible con la democracia⁴⁸⁰. En el caso, colombiano, incluso se ha llegado a presentar este dilema como una lucha por el control de las fuentes del derecho. Una lucha desde luego entre el la rama legislativa y la rama judicial representada por la jurisdicción constitucional. Ramas del poder público que han disputado cual termina siendo, después de la constitución, la fuente del derecho determinante para el ordenamiento jurídico: la ley o el precedente judicial⁴⁸¹. Esto, por supuesto, no es asunto diferente a la pregunta por la compatibilidad entre la justicia constitucional y la voluntad general, cuando a través del control de constitucionalidad se modifica interpretativamente el sistema jurídico, es decir, es el cuestionamiento por la legitimidad de la “interpretación” en la búsqueda de la “voluntad” constituyente o legislativa⁴⁸².

Ahora bien, las respuestas a este dilema dependen del concepto de democracia que se tenga para determinar la respuesta, la cual es diferente si se asume una conceptualización de “democracia sustancial” o de “democracia formal”. En el primero caso, el uso de la palabra de democracia en sentido sustancial denota algunas condiciones del ordenamiento jurídico, como por ejemplo la protección de derechos fundamentales y sociales, la rigidez de la constitución (reforma constitucional por mayorías agravadas y procedimiento complejo) y la garantía jurisdiccional de la constitución (control judicial de constitucionalidad). Este concepto de democracia es, desde luego, un tipo de acepción adjetivada, ya que su denominación está determinada por un concepto axiológico de constitución, esto es, se hace referencia a “democracias constitucionales” las cuales dan forma al llamado “Estado

⁴⁷⁹ Waldron Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 337 – 355. Waldron Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomas decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, 2018. Guastini Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 307 – 308.

⁴⁸⁰ Gama Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2019, págs. 35 – 102.

⁴⁸¹ López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis, 2006, págs. 29 – 71.

⁴⁸² Troper Michael, *El juez constitucional y la voluntad general en Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2008, 149 – 168.

Constitucional⁴⁸³. En este enfoque conceptual, la democracia (constitucional) influye en las formas de creación del derecho, determina el contenido de éste y moldea la praxis política⁴⁸⁴. Lo que hace la democracia compatible con la justicia constitucional⁴⁸⁵.

En el segundo caso, el uso conceptual de democracia se adjetiva en sentido formal, es decir, se hace referencia a la “democracia formal”. Este uso conceptual denota algunas características diferentes para el ordenamiento jurídico que están regidas por el principio liberal de la autodeterminación, el cual implica que la ley (en sentido material) es una creación directa de sus propios destinatarios a través de un sistema de representación, que funciona según el principio de mayoría simple⁴⁸⁶. Este uso conceptual, refiere a la democracia como autogobierno del “pueblo”. En este sentido democracia implica la participación de todos en las decisiones que afectan a todos, lo que redundaría en la legitimidad de las instituciones que toman esas decisiones, pues solo serán legítimas aquellas instituciones en las que todos puedan participar en forma directa o representativa⁴⁸⁷. Razones por las cuales la justicia constitucional resultaría incompatible con la democracia⁴⁸⁸.

Así las cosas, desde esta perspectiva, los tribunales constitucionales son concebidos como instituciones no democráticas, inclusive antidemocráticas⁴⁸⁹; algunos prefieren llamarles un poder contramayoritario⁴⁹⁰. Según esta forma de mirar la cuestión, los tribunales constitucionales nada tienen que ver con la democracia porque no son órganos de elección ciudadana directa y, por tanto, no están dotados de la característica de la representación y, en el ejercicio de sus funciones, se comportan como un contrapoder de las mayorías representativas del órgano legislativo. Por ello la justicia constitucional, el control de constitucionalidad, termina siendo un límite de

⁴⁸³ Aguiló Regla Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2004, págs. 63 – 104.

⁴⁸⁴ Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 484.

⁴⁸⁵ Salazar Ugarte Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, págs. 197 – 228. Barberis Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2006, págs. 81 – 86.

⁴⁸⁶ Guastini Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 484.

⁴⁸⁷ Barberis Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2006, pág. 51.

⁴⁸⁸ Salazar Ugarte Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, págs. 230 – 264.

⁴⁸⁹ Waldron Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

⁴⁹⁰ Gargarella Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011, págs. 67 – 121.

la rama legislativa, la cual, a pesar de ser electiva en forma directa, representativa de la ciudadanía y de funcionamiento mayoritario, ya no es soberana al ejercer su función y al “interpretar” la constitución. La justicia constitucional frente a los principios de autodeterminación y representación solo puede tener una relación conflictiva con la democracia, asunto que tal vez puede explicarse si se tiene en cuenta que la justicia constitucional encuentra su génesis en el ideal doctrinario liberal de los *checks and balances* o equilibrio de poderes y no en la doctrina del ideal democrático⁴⁹¹.

Así las cosas, el dilema de la justicia constitucional, del control constitucionalidad, en el Estado de Derecho y en relación con la democracia (formal) parece estar delimitado en la función del tribunal constitucional, es decir, en la posibilidad de que este actúe, da igual, como un “legislador negativo” o como un “legislador positivo”, pues según parece la única forma de que el control de constitucionalidad no contradiga el principio democrático y el principio de autodeterminación, es que dicho control sea ejercido por una cámara electiva diferente a la cámara legisladora. De lo contrario, la justicia constitucional al parecer estará en una tensión perenne con la democracia (formal), ya que si la Corte anula o declara inexecutable la ley; lo que no parece distinto del acto de la derogación propio del ejercicio de la función legislativa, pone en duda la regla de especialización del órgano legislativo, en relación con una doctrina de separación (rígida) del poder⁴⁹²; quizá por ello la única justificación plausible es la de optar por una doctrina de división (no rígida) del poder que no pretende un aislamiento recíproco de los órganos del poder, sino un control recíproco, aunado al aseguramiento de la independencia del control constitucionalidad por medio de un tribunal en la que termina repartida la función legislativa⁴⁹³.

De otro lado, si el tribunal constitucional actúa como un “legislador positivo”, es decir, creando nuevas disposiciones (caso de las sentencias aditivas) y nuevas normas, constitucionales y legislativas inexpressas a través de argumentaciones entimémicas o lógicamente inválidas (incluso tratándose de derivaciones normativas deductivas) la cuestión en cuanto a la democracia, a la separación de poderes y al poder

⁴⁹¹ Guastini Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 307 – 308.

⁴⁹² Guastini, Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, págs. 488 – 491.

⁴⁹³ Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, pág. 55.

constituyente, es decir, en relación con el Estado de Derecho, parece elevar el problema aún nivel insalvable, al punto que quizá lo que está sucediendo es que los tribunales constitucionales, como la Corte Constitucional, al construir las normas constitucionales implícitas como por ejemplo la del “precedente judicial obligatorio”, lo que están haciendo es atribuyéndose la función del “legislador (constituyente) positivo”; lo que inclusive tendría la consecuencia de tornarse en un poder incontrolable⁴⁹⁴. Quizá por este motivo la Corte haya elaborado una doctrina de sustitución constitucional que le permite controlar el fondo de cualquier reforma constitucional en la que el órgano legislativo intente rebatir sus decisiones o suprimirla; a pesar de que la constitución colombiana en el numeral primero de su artículo 241 solo autoriza la revisión de los actos reformativos de la constitución solo por vicios de procedimiento en su formación⁴⁹⁵. Situación que tal vez, aunada a la norma creada del “precedente judicial obligatorio”, termine en la gran pregunta de si estamos ante “gobierno de los jueces”. Un gobierno del tribunal constitucional.

7. Finalmente, sobre el “gobierno de los jueces”

Un lector atento podrá recordar que en el capítulo segundo de este estudio se muestra que la Corte Constitucional, al construir la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio”, también crea una jerarquía axiológica entre el precedente constitucional dictado por la propia Corte y los precedentes ordinarios de las demás altas Cortes, tribunales y jueces. En ese sentido, el *stare decisis* colombiano, se evidencia en el discurso de la Corte, posee una característica especial según la cual el precedente de la Corte Constitucional es jerárquicamente superior a todos los demás y, respecto de éste, ni los jueces, ni alguna autoridad del Estado, tienen la posibilidad de apartarse. Lo que parecería sugerir que la Corte a partir de su propia construcción jurídica tiene una autoridad absoluta para “interpretar” la Constitución y, si esto fuese así, sería sensato preguntarse, si cuando se tiene esta autoridad total de “interpretación” de la Constitución y la ley, quién es en realidad el que ejerce la función constituyente o legislativa. Parece que en estas condiciones esa

⁴⁹⁴ Guastini, Riccardo, Otras distinciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, págs. 491.

⁴⁹⁵ Bernal Pulido Carlos, Fundamentos y significado de la doctrina de la sustitución de la constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la constitución en Colombia en Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica. Escritos sobre Derecho Constitucional y Teoría del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, págs. 271 – 297.

función no la ejerce quien escribió y promulgó la Constitución o la ley⁴⁹⁶. Lo que, desde luego, motiva la pregunta por el gobierno del tribunal constitucional.

La expresión “gobierno de los jueces” es usada en nuestros días en forma desdeñosa para significar una invasión del poder judicial en la esfera funcional de órganos como el poder ejecutivo o legislativo, por tanto, suele tener una carga emotiva e ideológica fuerte, sobre todo cuando se trata de hacer referencia a un tipo de poder excesivo del tribunal constitucional. No obstante, la idea de este punto final de la exploración, aquí y ahora, es tan solo mostrar descriptivamente el asunto, es decir, presentarlo en forma desencantada. En ese sentido, cuando hablamos de “gobierno de los jueces”, no nos referimos a cosa distinta de la posibilidad de que los jueces creen derecho, lo que en países de tradición romano-germánica ha resultado problemático según la concepción del formalismo jurídico⁴⁹⁷; lo que no ha sido así para la tradición del *commom law*⁴⁹⁸.

Ahora bien, siendo que “gobierno de los jueces” y “creación judicial del derecho” son dos caras de la misma moneda, veamos que se entiende esta primera expresión para el constitucionalismo. Se puede identificar un concepto en *sentido amplísimo* según el cual se suele llamar gobierno de jueces a cierto escenario donde los jueces, incluso el tribunal constitucional, al parecer ejercen un poder desbordado que tiene una capacidad de oposición fuerte frente al poder político ejercido a través del poder legislativo o ejecutivo. De otro lado, se puede rastrear una acepción en *estricto sentido* que entiende por gobierno judicial en un contexto en el que el gobierno es solamente ejercido por el tribunal constitucional, toda vez que este ejerce una función legislativa. Finalmente, otro uso conceptual de “gobierno de los jueces” en *estrictísimo sentido* entiende que se puede hablar de este fenómeno en un escenario donde los jueces no solo ejercen un poder legislativo, sino la totalidad del poder político, es decir, la connotación del uso conceptual de “gobierno” aquí denotaría la idea de “formas de gobierno” donde el “gobierno de los jueces” es en sí una forma de gobierno que se comportaría como una variante de la aristocracia⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Troper Michel, Del buen uso de los fantasmas. Del Gobierno de los Jueces al Gobierno por los jueces en Ensayos de Teoría Constitucional, México, Fontamara, 2004, págs. 132 – 133.

⁴⁹⁷ Bobbio Norberto, El problema del positivismo jurídico, México, Fontamara, 2004, págs. 11-36.

⁴⁹⁸ Troper Michel, Del buen uso de los fantasmas. Del Gobierno de los Jueces al Gobierno por los jueces en Ensayos de Teoría Constitucional, México, Fontamara, 2004, pág. 127.

⁴⁹⁹ Ibidem, págs. 131 – 138.

El caso del primer uso conceptual el “gobierno de los jueces” presenta una forma de ser dicotómica. Por un lado, se comprendería que el poder ejercido por los jueces es propio de la “naturaleza” de su función, la cual se presentaría como ilimitada en el sentido de que toda conducta es susceptible de un examen judicial y los actos de juzgamiento no se pueden separar de los valores personales del juez, caso en el que cualquier ejercicio de función judicial, en el contexto del Estado de Derecho, implicaría siempre un gobierno judicial. Por otra parte, el “gobierno de los jueces” solo sería un término del cual se habla cuando los jueces ejercen un tipo de poder que los saca de su rol, esto en el sentido de que éstos solo tendrían la función de aplicar la constitución y la ley, no pudiendo ir más allá de su letra, pues cuando esto sucede no estarían aplicando sino creando normas jurídicas, lo que desde luego los pone en el plano de la toma discrecional de decisiones políticas, lo que por tanto generaría un gobierno judicial cada vez que los jueces con esas decisiones fueran en contra de la “voluntad” de los ciudadanos representada en los poderes legislativo y ejecutivo⁵⁰⁰.

Respecto del segundo concepto se admite que el tribunal constitucional ejerce cierto poder legislativo (y constituyente) desde que le posibilita “interpretar” la constitución, toda vez que la interpretación judicial no es un mero acto de conocimiento, sino un claro acto de voluntad, a través del cual, el intérprete siempre cuenta con la posibilidad de darle el sentido deseado al texto constitucional, razón por la cual todo sistema de control de constitucionalidad es también un “gobierno de los jueces”, un gobierno del tribunal constitucional, lo que tal vez se hace más notorio cuando los tribunales terminan creando ciertos principios que determinan su propia actividad⁵⁰¹ o “interpretando” derechos fundamentales a través de los que los tribunales constitucionales determinan uno u otro sentido de la constitución, como por ejemplo de la creación de la norma constitucional del “precedente judicial obligatorio”, pues a pesar de que al artículo 230 de la Constitución dispone que “la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial” la Corte a partir del derecho a la igualdad consagrado el artículo 13 constitucional entiende que en virtud de igualdad ante la ley ahí contenida la constitución contiene la norma implícita del “precedente judicial

⁵⁰⁰ Ibidem, págs. 131 – 132.

⁵⁰¹ Ibidem, págs. 133 – 134.

obligatorio”. Lo que termina pareciéndose más a un ejercicio de poder político, de “(constituyente) legislador positivo”, que al ejercicio de la función judicial.

Para el caso del tercer concepto, se hace referencia a “gobierno de los jueces” bajo la idea del ejercicio de un poder político total, es decir, de un tribunal constitucional capaz de hacerse y controlar todo el poder político representado en el ejecutivo, pero sobre todo en el órgano legislativo, como si tratara de una forma de gobierno como cualquier otra que, en este caso, se asemejaría a la idea de aristocracia, de gobierno aristocrático⁵⁰². Si esto fuese así, sería sensato preguntarse cómo podría entenderse que un tribunal constitucional se hiciera con la totalidad del poder político, pues bien, la respuesta no parece dejar otro camino: esto quizás termina siendo una realidad cuando el tribunal constitucional determina “interpretativamente” el sentido de la constitución-disposición o, dicho con otras palabras, crea la constitución-norma y, al mismo tiempo controla la constitucionalidad, la validez constitucional de fondo y de forma, de las actos reformativos de la constitución⁵⁰³. Dos cosas que, como se ha podido observar empíricamente en este estudio, hace la Corte Constitucional.

No obstante, si existe un “gobierno de los jueces”, un gobierno del tribunal constitucional, se parecería estar indicando que se trata de una cuestión no convencional, pues cómo podría gobernar “legítimamente” un tribunal que no ha sido elegido por voto ciudadano y que, por tanto, no es un órgano de representación⁵⁰⁴. Sin embargo, si se tratara de un gobierno judicial, como ya se ha dicho, podría ser un gobierno aristocrático, es decir el gobierno de unos pocos o gobierno de los mejores, es decir, el “gobierno de los jueces” como una variante de la forma de gobierno

⁵⁰² Recuérdese que por aristocracia como forma de gobierno se ha entendido (por Aristóteles, por ejemplo) como el gobierno de unos pocos, pero esos pocos son los mejores, se trata por tanto del gobierno de los mejores y, por ende, dicha forma de gobierno ha recibido un calificativo de buena en la historia del pensamiento político. Bobbio Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pág. 35.

⁵⁰³ Troper Michel, *Del buen uso de los fantasmas. Del Gobierno de los Jueces al Gobierno por los jueces en Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2004, pág. 138.

⁵⁰⁴ Se entiende por representación la idea que si tiene en la representación parlamentaria, pues “los elegidos en un parlamento “presentan” a los ciudadanos electores en forma democrática no solamente en la medida en que son designados por éstos para sustituirlos en las fases conclusivas del proceso decisional, sino en la medida en la que el parlamento, en su conjunto y en sus varios componentes, refleja las diversas tendencias y orientaciones políticas existentes en el país, considerado éste de manera global, sin exclusivas, y en sus respectivas proporciones”. Bovero Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 63.

denominada aristocracia, pero esto no es del todo concluyente porque, además de que el “gobierno” ejercido por el órgano legislativo podría calificarse de aristocrático, aunque representativo, el “gobierno” que podría ejercer el tribunal constitucional se podría calificar de mixto⁵⁰⁵, pues termina siendo compartido en su ejercicio con gobierno presidencial, parlamentario o democrático⁵⁰⁶.

Ahora bien, depende del concepto de democracia que se adopte, que el “gobierno de los jueces” pueda ser calificado como democrático, ya que si con el uso conceptual de “democracia” no se hace alusión al poder de la mayoría, sino al poder de los derechos fundamentales o de ciertos valores que se consideran democráticos, como se hace en el caso del llamado “constitucionalismo sustancial”⁵⁰⁷ o en las teorías sustantivas que han reconceptualizado el “Estado de Derecho”⁵⁰⁸, según las cuales el tribunal constitucional está habilitado para ejercer un poder jurídico-político amplio y aun así se le considera “democrático” en tanto que garantiza la igualdad⁵⁰⁹; determinando así una significación posible al concepto de “gobierno judicial”⁵¹⁰. Sin embargo, si el concepto de democracia adoptado es el formal o procedimental, la expresión “gobierno de los jueces” y, en este caso, un gobierno del tribunal constitucional sería visto como antidemocrático debido a que entraría en contradicción con el principio de mayoría (parlamentaria) y con la garantía de la libertad.

⁵⁰⁵ Debe tenerse en cuenta que “el gobierno mixto se basa en la idea de cuando el poder es ejercido por una forma de gobierno simple, sea ésta la monarquía, la aristocracia o la democracia, las fuerzas sociales que se identifican con los principios de gobierno que fueron excluidos, inevitablemente presionarán para que se les tome en cuenta haciendo que caiga. Es fácil entender que una mentalidad como la antigua, para la que el cambio era algo indispensable, era necesario que se encontrara una fórmula capaz de garantizar el equilibrio y la estabilidad. Y esa fórmula no podía consistir más que en la inclusión de los tres principios simples que las albergue a todas. Es constitución es precisamente el gobierno mixto”. Santillán José Fernández, México, Fontamara, 1994, pág. 33.

⁵⁰⁶ Troper Michel, Del buen uso de los fantasmas. Del Gobierno de los Jueces al Gobierno por los jueces en Ensayos de Teoría Constitucional, México, Fontamara, 2004, págs. 147 – 148.

⁵⁰⁷ Gama Leopoldo, Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional, Madrid, Marcial Pons, 2019, págs. 35 – 102.

⁵⁰⁸ Tamanaha Brian Z., En torno al Estado de Derecho. Historia, política y teoría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, págs. 215 – 238.

⁵⁰⁹ Es importante no perder de vista que pese a todos los argumentos dados por los defensores de la “democracia sustancial” para postular al tribunal constitucional como una institución democrática no parece disolverse “la paradoja de la democracia constitucional: el hecho de que ésta funcione recurriendo a instrumentos no democráticos (o no mayoritarios)” Barberis Mauro, Ética para juristas, Madrid, Trotta, 2006, pág. 83.

⁵¹⁰ Troper Michel, Del buen uso de los fantasmas. Del Gobierno de los Jueces al Gobierno por los jueces en Ensayos de Teoría Constitucional, México, Fontamara, 2004, pág. 148.

Esto debido a que la mayoría en la democracia moderna (formal o procedimental), es decir, la mayoría parlamentaria, se entiende como un principio que es fundamental para impedir la hegemonía de una clase sobre otra, ya que el concepto de mayoría supone el de minoría. Por tanto, el derecho de existencia de la mayoría supone el derecho a existir de la minoría, lo que se traduce en la necesidad o en la posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría, en relación con sus derechos públicos subjetivos. En síntesis, es una protección contra el poder del ejecutivo, el cual está constituido con ciertos elementos de las monarquías absolutas, lo cual se traduce en facultades que le permiten invadir la esfera individual de las personas, bajo el argumento del interés público⁵¹¹. El problema de esta cuestión es que no se verifica empíricamente, por ello, tal vez, se acepta la paradoja de la “democracia sustancial”, según la cual el tribunal constitucional resulte necesario para defender la democracia, por medio de una institución no democrática⁵¹².

Ahora bien, en relación con el principio de la mayoría, distinguiendo entre ideología y realidad se puede decir que, desde el punto de vista ideológico, este principio indicaría, desde una óptica de la libertad, la formación de la voluntad de colectiva a través del mayor número de los individuos afectados por el poder de ordenación política, pues, cuantos más individuos participen se habrá alcanzado un grado mayor de libertad, quedando representada de ese mismo modo la minoría. Sin embargo, esto es nada más una ficción que propone que la mayoría es una gran “voluntad colectiva” en la que prima el imperio de ésta sobre la minoría. Este es un criterio que se opone al concepto real del principio de mayoría, ya que éste no es numérico, es decir, donde prima la voluntad del mayor número de individuos⁵¹³.

De esta manera el principio de mayoría implica otra cosa. Supone que una sociedad se divida en dos grupos, uno mayoritario y otro minoritario, los cuales son antagónicos en la lucha por el poder político, estos grupos desde luego difieren desde el punto de vista numérico, pero no en su importancia política, ni en su potencia social, por tanto, en la práctica, el principio de mayoría no deriva en un absolutismo de ésta sobre la

⁵¹¹ Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia. Forma de Estado y filosofía*, México, Coyoacán, 2015, págs. 83 – 100.

⁵¹² Barberis Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008, pág. 83

⁵¹³ *Ibidem*, págs. 84 – 86.

minoría, sino en el resultado de influencias recíprocas entre ambos grupos, ya que si la mayoría se traduce en una tiranía sobre la minoría, no lo que queda otro camino que su propia extinción, pues no hay mayoría sin minoría, lo que conllevaría a la supresión de la democracia⁵¹⁴.

Así las cosas, este choque antagónico de mayorías y minorías en igualdad de importancia política y social, supone que a través de la influencia mutua se llegue al punto de la transacción política, a partir del cual se pospone todo lo que no le sirve al acuerdo, es decir, al acto de transigir. Razón por la que se ha afirmado que el procedimiento democrático descansa en lograr ese punto medio en la pugna sostenida por las fuerzas sociales que se expresan en el parlamento, es decir, la democracia parlamentaria no es otra cosa que la tensión con el fin de transigir, en otras palabras, un acto dialéctico-contradictorio para el logro de una transacción, que se inicia en primera instancia en la etapa electoral y luego se resuelve en el Parlamento. Lo cual tiene fundamentalmente dos opciones el procedimiento de mayorías o el de la representación proporcional. Con otras palabras, la democracia se resuelve en el sistema electoral⁵¹⁵.

De esta manera, puede entenderse un concepto realista del principio de mayoría en un contexto democrático de carácter parlamentario. Ahora, cabe observar de qué manera la minoría puede actuar para contraponerse dialécticamente como fuerza social y política frente a la mayoría. Este punto de la cuestión se refiere a *la obstrucción*, la cual puede ser física y violenta, lo que es desde luego una ilegalidad no deseable e injustificada en el procedimiento parlamentario. De otro lado, hay otro tipo de formas de obstrucción que conducen a la paralización transitoria del discurrir parlamentario, como por ejemplo discursos largos, solicitud de votación nominal, presentación de diligencias urgentes y previas al debate de los puntos del orden del día u otros similares que realizan a través de estos tipos de obstrucción técnica que para nada desconoce el reglamento del parlamento. Frente a esto, se ha afirmado que estos mecanismos de obstrucción no pueden ser rechazados porque ellos suponen un encauzamiento hacia la transacción entre minorías y mayorías e impide una tiranía

⁵¹⁴ Ibidem, págs. 86 – 87.

⁵¹⁵ Ibidem, págs. 88 – 89.

de éstas sobre aquellas⁵¹⁶. Situaciones que no podrán ser resueltas sino a través de la democracia formal, la cual también implica el fenómeno de la representación (política)⁵¹⁷. Asuntos que en el tribunal constitucional se terminan resolviendo de otra forma.

Finalmente, con relación al punto de la presentación (política), la expresión “gobierno de los jueces” ha generado también cierto acogimiento y rechazo, según se entienda, en el caso de tribunal constitucional, si esta institución represente o no al “pueblo”. Brunet, por ejemplo, ha puesto de presente que Alexy considera que las cortes constitucionales pueden ser consideradas como “representantes argumentativos” del “pueblo”. Esta posibilidad ha sido construida a partir del concepto de “representación argumentativa”, la cual se presenta como una representación diferente, inclusive opuesta, a la conceptualización de la representación “voluntarista” propia de la democracia formal que se desarrolla a través de la materialización del principio de mayoría y la elección “popular” de los ciudadanos que conformarán el Congreso de una república⁵¹⁸. Desde luego, esta distinción refiere también a la dicotomía conceptual entre democracia formal y democracia sustancial. Según se puede observar, la primera se relaciona con el concepto de la representación “voluntarista” y la segunda con el de “representación argumentativa”.

Según se propone, el modelo conceptual de representación “voluntarista” sería defectuoso e incompleto para un contexto de democracia sustantiva en el que la deliberación no solo supone la toma de decisiones, sino la formulación de argumentos “correctos”, lo que tendría como consecuencia que, si para el caso del Congreso de la república, sus integrantes serían representantes decisionales de la “voluntad” del “pueblo”, en el caso de los tribunales constitucionales, sus miembros representarían al “pueblo” como “representantes argumentativos”, es decir, como representantes que actuarían argumentando bajo la pretensión de corrección (moral) en representación del “pueblo”. Lo que desde luego parte de la aceptación de la premisa de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral⁵¹⁹. Postura que, en el caso de la

⁵¹⁶ Ibidem, págs. 90 – 100.

⁵¹⁷ Kelsen Hans, Teoría general del Estado, México, Coyoacán, 2015, págs. 397 – 407.

⁵¹⁸ Brunet Pierre, Para un análisis del discurso jurídico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 267.

⁵¹⁹ Ibidem, pág. 268.

construcción de la norma constitucional implícita del “precedente judicial obligatorio”, puede verse en la argumentación del Corte Constitucional con la que justifica la creación de la norma a partir del principio de igualdad, a pesar de que la disposición constitucional del artículo 230 haga referencia a la “jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial”, lo que a su vez podría verse como un tipo de argumento basado en la “pretensión corrección”, pero ¿será éste un argumento correcto, si se toma en cuenta que esta pretensión es a su vez una pretensión de justicia moral? La respuesta para sugerirse en sentido negativo, pues ¿Cómo garantizar que los conceptos de justicia y moral pueden ser entendidos de la misma forma por todos? Ante la disparidad de conceptos ¿Quién tiene el argumento correcto?

En este sentido, las repuestas a las preguntas anteriores parecen sugerir que no hay una verificabilidad empírica de la idea según la cual las cortes constitucionales como “representantes argumentativos”, con que el concepto de “gobierno de los jueces” bajo esta óptica parece no ser muy convincente, máxime si por esta vía pretende haber una justificación democrática del mismo. No obstante, cuando se insiste en la idea de la “representación argumentativa”, se hace bajo la justificación de un tipo de discurso jurídico “racional” que se encuentra anclado al presupuesto de la existencia de unos seres misteriosos llamados “personas constitucionales”, es decir, aquellas “personas racionales” que tienen la aptitud y la disposición de aceptar argumentos coherentes y correctos, porque estos argumentos coherentes y correctos. Esto con el fin de lograr la institucionalización de la razón y de la justicia moral. Sin embargo, esto no muestra cual sería el vínculo entre “pueblo” y corte constitucional, más aún cuando aquellos seres “racionales” metafísicos tan solo aparecen como una idea retórica de un concepto estipulativo⁵²⁰.

En este concepto de “representantes argumentativos”, el término “representante” se presenta como una estipulación dicotómica, pues por un lado se acepta la representación parlamentaria y por el otro se estipula a favor la representación judicial. Estos tipos de representaciones, en los términos de esta postura, parecerían quedar sin posibilidad de consenso dado su disparidad justificativa para uno y otro, ya que un

⁵²⁰ Ibidem, pág. 269.

parlamento delibera para crear disposiciones legales o constitucionales, mientras que el ejercicio deliberativo de un tribunal constitucional se hace para decidir si una norma es conforme o no la constitución y también para crear normas jurídicas nuevas. Adicional a lo anterior, en el contexto de la deliberación del órgano legislativo, la representación se comprende como una ficción a través de la cual se justifica y se constituye la idea de que el parlamento expresa una voluntad representando a una colectividad social, lo cual se encuentra justificado en el derecho positivo, es decir, en la Constitución Política. Mientras que, en el caso del tribunal constitucional, la hipótesis jurídica no es ésta y la supuesta “representación argumentativa” no encuentra esa justificación jurídico-positiva, por tanto, justificar la función del tribunal del constitucional a partir de ese concepto, no es otra cosa que la creación de un metaconcepto de la representación política basándose en una hipótesis supuestamente cognoscitiva e inverificable empíricamente. Concebir la representación como una justificación de la función y actuación del tribunal es bien paradójico si se tiene en cuenta que, la representación (política) es en sí misma, una justificación en el sistema constitucional que rige el Estado de Derecho⁵²¹.

Además, el concepto de “representantes argumentativos” se reciente aún más al hablar de un “gobierno de los jueces” que se ejerce en representación del “pueblo”, si se toma en cuenta un concepto realista de “pueblo”. Este concepto se ha construido en un antagonismo de ideología – realidad, el cual no ha traducido con claridad el fenómeno al que se refiere en el contexto democrático, cuando se hace alusión a esta categoría conceptual. Desde luego este concepto está, a su vez, íntimamente ligado a la democracia (formal) entendida como una forma de Estado o de sociedad en la que el orden social es construido por los sujetos que la integran, es decir, por el “pueblo”⁵²².

El “pueblo”, entonces, vendría hacer parte “esencial” de los conceptos de democracia y representación. Pero, a qué se hace referencia cuando se usa dicho término. Para mostrar la cuestión, se ha dicho que la teoría política navega en un mar de ambigüedades en este punto, pues al recurrir al criterio sociológico el “pueblo” aparece

⁵²¹ Ibidem, págs. 271 – 275.

⁵²² Kelsen Hans, Esencia y valor de la democracia. Forma de Estado y filosofía, México, Coyoacán, 2015, págs. 29 – 30.

como una masa compacta de naturaleza homogénea. Pero esa idea resulta ser problemática, pues cuando se observa la realidad esa masa no resulta ser tan compacta y mucho menos homogénea, pues lo que se ve es una heterogeneidad en razón a las diferencias nacionales, religiosas, económicas y culturales, lo que indica que la tal unidad no es sino una ficción, por lo tanto, la única comprensión que se impone es la que entiende que el “pueblo” es una unidad en sentido normativo⁵²³.

Así las cosas, por “pueblo” ha podido entenderse como un tipo de realidad jurídica, es decir, una “unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella”⁵²⁴. En este sentido el “pueblo” se entiende como un elemento de ordenación social que se califica como Estado, por lo tanto, se rechazaría la idea de entender por pueblo un conjunto de hombres, sino más bien un sistema de actos individuales que se rigen por un orden jurídico estatal, ya que definir el “pueblo” como todos los seres humanos es una clara ficción, que podría incluso categorizarse de una vulgar tesis falsa. Pues la única unidad que constituye el “pueblo” es la que lo reduce a un objeto del poder en cuanto unidad⁵²⁵.

De esta manera el término “pueblo” termina por ser definido en forma amplia y en forma estricta. En forma amplia a través de la postura sociológica de masa homogénea compacta, lo cual no resulta ser claro en el contexto de la democracia, formal o material, poco importa. De otro lado, en sentido estricto, el termino pueblo se refiere a aquellos que tienen la capacidad de influir en el proceso de construcción de las normas, es decir, en la formación de la voluntad colectiva, con lo que el significado de “pueblo” empieza a coincidir con lo que se conoce como derechos políticos, es decir, una pequeña parte de la población que detenta y ejerce esos derechos, el cual no coincide con la totalidad del “pueblo” que está sujeto a la ordenación política, es decir, el “pueblo” que es objeto de ese poder⁵²⁶.

Por lo anterior, se ha afirmado que el significado del término puede ser reducido aún más, pasando de la parte de la población que tiene derechos políticos a quienes

⁵²³ Ibidem, pág. 30.

⁵²⁴ Ibidem, pág. 31.

⁵²⁵ Ibidem.

⁵²⁶ Ibidem, pág. 32.

realmente ejercen dichos derechos, con lo que se podría decir que cuando en ciencia o filosofía política se habla de “pueblo” se hace referencia al “pueblo” gobernante y no a quienes son gobernados, situación que lleva al descubrimiento virtual, en una democracia formalmente radical, ésta categoría terminológica solo hace referencia a *los partidos políticos*, es decir, aquella parte del pueblo que se reúne con el fin de incidir en la vida pública. Por ello, puede decirse que la democracia moderna descansa en la idea de los partidos políticos, en la cual se encuentra el fortalecimiento progresivo del principio democrático⁵²⁷.

De esta manera puede decirse que entre el individuo y el Estado se sitúan los partidos políticos, a través de los cuales se ejerce la voluntad colectiva. No se puede concebir una democracia sin partidos. La democracia forzosamente refiere a un Estado de partidos, por ello la inserción constitucional de estos es la forma de democratizar la formación de la voluntad colectiva dentro de su radio de acción. Esta transición del significado del término de ideal de “pueblo” a su significado realista supone, pues, una metamorfosis del concepto de “libertad” natural al de “libertad” política, pues solo en una democracia directa, en la que por demás no se puede encarar una forma de vida política viable, se puede pensar en que todo el “pueblo” pueda ejercer la ordenación social o, lo que es lo mismo, que todos los titulares de los derechos políticos puedan verse decidiendo en una Asamblea popular general. Por ende, bien podrá concluirse que la democracia moderna es un tipo de democracia indirecta, mediata, que se asume en la idea parlamentarismo, en donde la voluntad colectiva que prevalece es aquella que ha sido determinada por aquella mayoría elegida por la mayoría de los ciudadanos, por lo que puede apreciarse que los derechos políticos consistentes en libertad terminan reducidos, sintetizados, en el derecho al sufragio⁵²⁸.

Si esto es así, entonces, ¿a quién representan los “representantes argumentativos”? Al parecer la fórmula utilizada en las sentencias de la Corte Constitucional, según la cual actúa “administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, es tan solo un formula retórica que descansa en criterios ideológicos en

⁵²⁷ Ibidem, págs. 34 – 35.

⁵²⁸ Ibidem, págs. 36 – 37.

el que el uso terminológico de “gobierno de los jueces” termina por ser implicado en sentido negativo o positivo, todo depende de la ideología del interprete.

Pero bien, supongamos que, el concepto de “representación argumentativa” aplicado al tribunal constitucional pueda ser equiparado al concepto de “representación voluntarista” que se aplica al Congreso de la república, se trata de una “verdadera representación ontológica” que tan solo reside en dos órganos del Estado diferentes, es decir, que puede ser posible la verificación empírica de la “representación argumentativa”. Esto tendría un efecto sorprendente, pues si el tribunal constitucional representa al “pueblo” y, por ello gobierna, entonces hace sentido retomar una característica del concepto de representación (política) en el derecho público, contexto en que éste no es igual al concepto de representación en el derecho privado, ya que en el primero la representación no implica un mandato y en segundo sí⁵²⁹. Evidentemente, si se trata del tribunal constitucional, se hace referencia al concepto de representación en el derecho público y, entonces, la idea de “representación argumentativa” se toca con el problema de la representación sin mandato, es decir, con la regla según la cual los representantes del “pueblo” no están sujetos a un mandato imperativo y, por tanto, son libres al ejercer su voluntad en el parlamento. Si esto es así, se tendría como consecuencia que los supuestos “representantes argumentativos” del “pueblo” estarían en libertad para decidir qué es eso que suele llamarse “argumentos correctos”, también decidirían cuales son los parámetros de la “pretensión de corrección” y, en este caso, cuáles son los argumentos racionales y correctos o, con otras palabras, que es lo que dice (y ordena) en forma definitiva la Constitución Política, todo esto, según posición política que se pudiese estar encriptada en los actos de creación de normas, como por ejemplo en el acto constituyente intersticial a través del cual se creó la norma constitucional implícita denominada “precedente judicial obligatorio”.

⁵²⁹ Brunet Pierre, Acerca del concepto de representación política en Revista internacional de pensamiento político, I Época, volumen 7, 2012, págs. 245 – 261.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Lo que se ha mostrado a lo largo de este trabajo es cómo una Corte Constitucional ha aplicado algunas técnicas de construcción jurídica para crear la norma del “precedente judicial obligatorio”. Esto para establecer, a partir de ese análisis, la “naturaleza” jurídica de esa norma y los diversos efectos que tiene tanto en el ordenamiento jurídico colombiano, como en los ejes conceptuales que soportan la idea del Estado de Derecho.

Lo anterior se ha logrado pensando el problema de la justicia constitucional y sus funciones, aquí y ahora, no como un ente ideal sino a través de su funcionamiento empírico, lo que implicó analizar las sentencias de ese tribunal no como deberían ser, sino como efectivamente son, es decir, partiendo de lo que realmente los jueces han hecho y no de lo que deberían hacer, pues lo que se ha realizado en esta investigación analítica es un esfuerzo por determinar el derecho constitucional realmente existente respecto del tema precedente judicial partiendo de una base diferente a la convencional, es decir, no mirando los “universales” para luego analizar la práctica, sino observando la práctica, para luego hacer pasar por esta a esos “universales”.

Esto ha permitido concluir que la Corte Constitucional colombiana ha actuado como un “legislador positivo” en relación con la construcción de un sistema de precedentes, no solo creando la norma del “precedente judicial obligatorio”, sino también creando una jerarquía axiológica entre el precedente constitucional y el precedente ordinario, lo que desde el punto de vista de la ingeniería del Estado, se puede notar una estrategia de la propia Corte para ponerse por encima de toda la rama judicial y de todas las ramas del poder Estado, estableciéndose así como un poder incontrolable que desafía el diseño clásico del Estado de Derecho; mostrando una vez más que la creación judicial del derecho es una cuestión que no es extraña a la función judicial, inclusive en el ámbito de la justicia constitucional, pues los jueces consciente o inconscientemente, poco importa, no pueden escapar a la aplicación de las técnicas

de creación normativa, a la creación de lagunas jurídicas para colmarlas posteriormente, así como de esa misma manera evitan antinomias y derrotan normas.

El punto de la creación judicial de normas, como se ha visto en este trabajo, es relevante no solo porque ha sido pertinente para mostrar que los jueces crean derecho, lo que además es algo ya analíticamente banal, sino porque permite concluir cómo es que esto realmente se hace – tal vez eso sea lo más importante –, pero también este análisis ha permitido determinar que la norma creada del “precedente judicial obligatorio” es un tipo de norma bifronte que por un lado contribuye a definir al precedente y por otro a constituir un estado cosas jurídico que determina la validez de las sentencias judiciales, es decir, la validez de un acto jurídico normativo. Esto es relevante en la medida en que tradicionalmente las normas dictadas en sede judicial suelen ser de obligación, de prohibición o permisivas, pues al parecer las normas constitutivas, normas que otorgan competencias, estarían reservadas para el poder constituyente o para el poder legislativo, pero como se ha mostrado en este estudio, los jueces también crean normas constitutivas, también otorgan competencias, en este caso la competencia de seguir o de apartarse del “precedente judicial obligatorio”.

Así las cosas, lo anterior tiene ciertas consecuencias tanto desde el punto de vista jurídico, como desde una óptica política: por ejemplo, desde lo jurídico, el tribunal constitucional actúa como un poder constituyente que realiza cambios informales, vía interpretación, a la constitución documental. Por otro lado, hace que sus funciones se parezcan más a las de un poder legislativo, aunque su denominación constitucional sea la de ser un tribunal o corte, lo que tiene también una implicación en la práctica del control de constitucionalidad, el cual no se hace solo a partir de las disposiciones constitucionales, sino también, partiendo de las normas constitucionales que la propia Corte crea, como la del “precedente judicial obligatorio”. Normas que, se concluye, no solo cumplen una función regulativa de la materia específica, sino que determinan el control que hace la Corte de los actos reformativos de la Constitución, de la ley y de las demás fuentes formales sometidas a su competencia.

De esta manera, tal vez esta sea la cuestión mas relevante desde el punto de vista político, la Corte termina por verse envuelta en el problema del “gobierno de los jueces”, el cual en culturas jurídicas del *civil law* es visto peyorativamente, por la

relación que la gobernabilidad tiene con el asunto de la representación política, aspecto que siempre será problemático, porque aún no se logra explicar la relación entre el “pueblo” y la Corte Constitucional, asunto que de llegar a tener algún tipo de respuesta que se juzgue satisfactoria, no podrá escapar a la discusión de la representación como ficción del sistema político. Sin embargo, la Corte Constitucional ha sido una institución de importancia mayúscula que, contribuido a la construcción del Derecho Constitucional, por tanto, esta tesis no podrá ser leída como crítica política a la existencia de la Corte, pero tampoco como una defensa de la justicia constitucional, pues este trabajo tan solo se concentrar en hacer relevante lo que hechos muestran, su interés es puramente empírico.

BIBLIOGRAFÍA

Abreu José Luis, *Constructos, Variables, Dimensiones, Indicadores y Congruencia en Daena: International Journal of Good Conscience*, 2012.

Aguiló Regla Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2004.

Aguiló Regla Josep, *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

Alchourrón Carlos y Bulygin Eugenio, *Derecho y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alchurrón Carlos E. y Bulygin Eugenio, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, segunda edición, Buenos Aires, Astrea, 2013.

Alchurrón Carlos E., Bulygin Eugenio, *Permisos y Normas Permisivas en El libro de los permisos*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Aranda – Herman, *La Doctrina del Derecho Viviente: repercusiones de un cambio de paradigma del sistema tradicional de fuentes del derecho en ordenamiento jurídico colombiano*, en *Revista de Derecho Principia Iuris* Vol. 15, No. 28, Fas. 28, II, 2017.

Arboleda Perdomo Juan Manuel, *Corte Constitucional o Corte Constituyente en Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

Arévalo Guerrero Ismael Hernando, *Jurisprudencia. De la interpretación al precedente*, Bogotá, Ibáñez, 2018.

Arriagada Cáceres María Beatriz, Normas de Competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas en Doxa No. 40, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2017.

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, Bogotá, Temis, 2018.

Atienza Manuel, El sentido del Derecho, Barcelona, Ariel, 2018.

Atria Fernando, La Forma del Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Ayuso Miguel, Constitución. El problema y los problemas, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Barberis Mauro, Ética para juristas, Madrid, Trotta, 2008.

Barberis Mauro, *Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía*, en Diritto & Questione Publiche, D&Q, No. 11, 2011.

Barberis Mauro, Introducción al estudio del Derecho, Lima, Palestra, 2015.

Barberis Mauro, Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione en revista Analissi e diritto, Genova.

Barrera Varela Pedro Javier, La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes de derecho colombiano, en revista Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 19, No.2, 2014.

Barrero Berardineli Juan Antonio, Jurisprudencia Constitucional: precedentes judiciales de la humanidad y casos materiales, Bogotá, Ibáñez, 2013.

Bassi Javier, *Formulación de proyectos de tesis en Ciencias Sociales. Manual de supervivencia para estudiantes de pre y posgrado*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2015.

Bayón Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y Positismo jurídico, en revista Isonomía No. 13, Madrid, 2000.

Benavidez José Luis (Comp.), Contribuciones al sistema de precedente judicial y administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Bernabé Alberto, nota número 12 en Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Alianza, 1998.

Bernal Pulido Carlos y Bustamante Thomas (eds.), *Fundamentos Filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Bernal Pulido Carlos, *Cambio constitucional informal: una introducción crítica en Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Bernal Pulido Carlos, *Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2018.

Bernal Pulido Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bernal Pulido Carlos, *El precedente en Colombia*, en *Revista Derecho del Estado* No. 21, 2018.

Bernal Pulido Carlos, *Fundamentos y significado de la doctrina de la sustitución de la constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la constitución en Colombia en Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica. Escritos sobre Derecho Constitucional y Teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Bobbio Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2004.

Bobbio Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

Bobbio Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005.

Bovero Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.

Briones Guillermo, *Metodología de la investigación cuantitativa en las sociales*, Bogotá, ICFES, 1996.

Brunet Pierre, Acerca del concepto de representación política en Revista internacional de pensamiento político, I Época, volumen 7, 2012.

Brunet Pierre, Para un análisis del discurso jurídico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Buendía L; Colas, P. Hernández F, Métodos de investigación en Psicopedagogía, Madrid, MacGraw-Hill, 2001.

Bulygin Eugenio, Creación judicial del derecho en Problemas lógicos en la teoría y práctica, Ciudad de México, Fontamara, 2011.

Caballero Elbersci Pedro, *Comentarios sobre el Método de la Filosofía Analítica del Derecho: distinguir y conectar*, en *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Cabrera Torres Jennifer, *Interpretar y valorar*, Girona, Universidad de Girona, 2017.

Calsamiglia Albert, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990.

Canale Damiano, *Teorías de la interpretación y del significado*, trad. de Federico José Arena, en *Discusiones XI*, N° 11, 2012.

Carballo Barcos Miriam y Guelmes Valdés Esperanza Lucia, *Algunas consideraciones acerca de las variables en las investigaciones que desarrollan en educación en Revista científica de la Universidad de Cienfuegos*, Cuba, 2016.

Cárdenas Mejía Juan Pablo, El “precedente” en el derecho colombiano ¿un juez creador de derecho?, en *Justicia y Democracia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017.

Cárdenas Mejía Juan Pablo, *El “precedente” en el Derecho colombiano: ¿un juez creador de derecho?* en *Justicia y Democracia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017.

Castignone Silvana, La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Chiassoni Pierluigi, Creación Judicial del Derecho en Revista Cubana de Derecho, Vol. 1, No. 1, enero – julio, 2001.

Chiassoni Pierluigi, Desencantos para abogados realistas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Chiassoni Pierluigi, El discreto placer del positivismo jurídico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Chiassoni Pierluigi, El problema del significado jurídico, Ciudad de México, Fontamara, 2019.

Chiassoni Pierluigi, La tradición analítica en la Filosofía del Derecho. De Bentham a Kelsen, Lima, Palestra, 2017.

Cienfuegos Velasco, *María de los Ángeles y Cienfuegos Velasco Adriana, Lo cualitativo y lo cuantitativo en la investigación en Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, México, 2007.

Comanducci Paolo, Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Contreras Calderón Jorge Andrés, El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 41, No. 115, 2011.

Contreras Jordán Pedro Daniel, Implicaciones de que la Corte Constitucional de Colombia determine que la ratio decidendi de sus fallos de tutela sea vinculante, en revista Univ. Estud. No. 19, 2019.

David Rene y Camille Jaufret-Spinosi, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

Dei Vecchi Diego, *El jardín de las distinciones que se bifurcan en Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Deik Acostamadiedo Carolina, *El Precedente Contencioso Administrativo. Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

Echeverri Cuello Carlos Manuel, *La obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas*, en *Revista Vis Iuris*, No. 1, Vol. 1, 2014.

Estrada Michel Rafael y Nuñez Torres Michael, *La reforma constitucional en México ¿De qué constitución estamos hablando?* en *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, México, Porrúa, 2010.

Fernández Concha Rafael, *Tipos de variables de investigación*. Consultado en: <http://repositorio.udea.edu.pe/bitstream/handle/123456789/35/Variables%20de%20investigaci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Fernández Santillán José, *Filosofía Política de la Democracia*, México, Fontamara, 1994.

Ferrajoli Luigi, *Contro la giurisprudenza creativa* en *Revista Questione Giustizia*, 2016.

Ferrer Beltrán Jordi y Giovanni Batista Ratti (editores), *El Realismo Jurídico Genovés*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

Gama Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

García – Berrio Hernández Teresa, *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del Derecho en constante renovación*, en *revista Foro, Nueva época*, número 4, 2006.

Gargarella Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

Gómez Bastar Sergio, *Metodología de la investigación*, Red Tercer Milenio, Estado de México, 2012.

Gómez Martínez Diego León y Gómez Jiménez Juan Carlos, *El principio de confianza legítima frente a la responsabilidad del Estado en Contribuciones al Derecho Contemporáneo. Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Medellín,

Gómez Martínez Diego León, *Acción de tutela contra sentencia de casación. Un análisis crítico*, Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011.

Gómez Martínez Diego León, *Análisis de la interpretación del artículo 230 en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia (2007-2009)*, en revista *Criterio Jurídico*, Vol. 10, No. 2, 2010.

Gómez Martínez Diego León, *El Principio de Inmediatez en la Acción de Tutela. Los argumentos de la interpretación*, Medellín, Diké y Universidad Santiago de Cali, 2018.

Gómora Juárez Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2018.

Gras Arnau, *Psicología experimental. Un enfoque metodológico*, México, Trillas, 1980.

Guastini Riccardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Guastini Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Guastini Riccardo, *El escepticismo ante las reglas replanteado*, trad. de Federico José Arena, en *Discusiones XI*, N° 11, 2012.

Guastini Riccardo, Estudios de teoría constitucional, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Guastini Riccardo, Filosofía del diritto positivo. Lezioni, Torino, 2017.

Guastini Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guastini Riccardo, La sintaxis del derecho, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Guastini Riccardo, Nuevos estudios sobre la interpretación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Guastini Riccardo, Otras distinciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Gutiérrez González Helton David, La interpretación y desarrollo del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. López Vs. Tamayo ¿una discusión dogmática?, en Cuadernos de la Maestría en Derecho No. 3, Universidad Sergio Arboleda.

Gutiérrez Torres Johana Carolina, El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo colombiano, en revista Pensamiento jurídico, No. 4, 2016.

Hart H.L.A, El Concepto de Derecho, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012.

Hart H.L.A, *Postscriptum*, en *La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin*, Bogtá, Siglo del hombre editores, 2005.

Hart Herbert, *Discrecionalidad*, en Revista Doxa No. 37, Alicate, 2014.

Hernández Sampieri Roberto, *Metodología de la Investigación*, México, McGrawHill, 2014.

Holmes Wendell Holmes, The Path of the Law, Harvard Law Review, 1987.

Hoyos Avilés José David, López Quiróz Alexander y Pérez Manquillo Rafael, La competencia del Corte Constitucional. Una mirada desde el principio de legalidad. Precedente judicial, sentencias aditivas y sustitutivas, putumayo, 2012.

Jellinek Georg, Reforma y Mutación de la Constitución, Bogotá, Leyer, 2006.

Kalyvas Andreas, *Poder constituyente: una breve historia conceptual en Democracia y poder constituyente*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2016.

Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

Kelsen Hans, La garantía jurisdiccional de la constitución, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

Kelsen Hans, Teoría General del derecho y del Estado, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

Kelsen Hans, Teoría general del Estado, México, Coyoacán, 2015.

Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, editorial universitaria de Buenos Aires, 1974.

Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Klatt Matthias, Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica, Madrid, 2017.

Kuhn Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económico, 2004.

Leiter Braian, *El realismo jurídico estadounidense en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, volumen 1, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.

López Medina Diego Eduardo, *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Bogotá, Legis, 2016.

López Medina Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

Losada Rodrigo y Andrés Casas, *Enfoques para el análisis político*, Bogotá, Pontificia Universidad Javiera, 2008.

Mantilla Espinosa Fabricio (Cord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009. Iregui Parra Paola Marcela, *Precedente Judicial en el Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

Marín Santoyo Manuel Eduardo, *El precedente en el Derecho Colombiano: la estructuración del concepto y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en revista *Derecho Público Iberoamericano* No. 15, 2019.

Mendonça Daniel, *Análisis Constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

Mendonça Daniel, *Las claves del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.

Merryman John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

Millard Éric, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Molinares Hassan Viridiana, *El Precedente Constitucional. Análisis de la sentencia T – 292 de 2006*, en *Revista de Derecho* No. 35, 2011.

Morales P, *Tipos de variables y sus implicaciones en el diseño de una investigación*, Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2012.

Moreno Millán Franklin, *La acción pública de inconstitucionalidad. Efectos temporales de los fallos*, Bogotá, Leyer, 2008.

Moreso J.J, *El derecho: diagramas conceptuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Núñez Flores María Isabel, *Las variables: estructura y función en la hipótesis* en revista *Investigación educativa*, Vol. 11, 2007.

Núñez Torres Michael, *La constitución mixta como alternativa a las contradicciones de la Teoría Constitucional en Justicia Constitucional: Problemática en torno a la crisis del concepto de constitución*, Perú, Universidad Privada de Ica, 2015.

Núñez Vaquero Álvaro, *Ciencia jurídica en Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Núñez Vaquero Álvaro, *Precedente en materia de hechos* en *Revista de Derecho*, Valdivia, Volumen XXXI, No1, 2018.

Núñez Vaquero Álvaro, *Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla de stare decisis* en *Doxa* No. 39, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2016.

Olano García Hernán, *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo*, en revista *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, No. 2, 2011.

Olivecrona Karl, *El derecho como hecho*, Bogotá, Temis, 2018.

Olivecrona Karl, *Lenguaje jurídica y realidad*, México, Fontamara, 1991.

Osorio Gil Ana María, *Lectura del artículo 230 constitucional en el marco del nuevo constitucionalismo*, en *Revista Cultural Unilibre*.

Parra Téllez Frank William, *El precedente jurisprudencial en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2016.

Perelman Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, trad. de Adolfo León Gómez, Bogotá, norma, 2007.

Pino Giorgio, Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Popper Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1991.

Porras-López Edinso Gonzalo, El “precedente judicial”: una figura ajena sistema colombiano de fuentes del derecho, en Revista Principia Iuris, Vol. 13, No. 25, 2015.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2061 de 1991.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2304 de 1989.

Pulido Ortiz Fabio Enrique, Ámbito subjetivo de aplicación de los precedentes judiciales: un estudio en la jurisdicción constitucional, en Colombia en revista Opinión jurídica No. 34, 2017.

Pulido Ortiz Fabio Enrique, Jueces y Reglas. La autoridad del precedente judicial, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2018.

Pulido Ortiz Fabio Enrique, Poderes normativos de la Corte Constitucional Colombiana, en Revista Ius et Praxis, Año 24, No. 3, 2018.

Quinche Ramírez Manuel Fernando, Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

Quinche Ramírez Manuel Fernando, El precedente judicial y sus reglas. Con el precedente en el Consejo de Estado y la Corte Interamericana, Bogotá, ediciones Doctrina y Ley, 2016.

Ramelli Alejandro y otros, El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes, Medellín, Universidad de Medellín, 2015.

Rodríguez Campos Ismael, *Métodos y técnicas de investigación jurídica*, México, Porrúa, 2016.

Rodriguez Santander Roger Rafael, Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid (tesis doctoral), 2015.

Rollnert Göram, *La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2014.

Ross Alf, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971.

Ross Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

Ross Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico – dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Saavedra Ramírez Laura Cristina y Lozano Guio Luis Carlos, *La vinculatoriedad del precedente y la jurisprudencia como doctrina probable frente a la doctrina del Derecho viviente*, en revista *Teoría y Praxis Investigativa*, Vol. 8, No. 2, 2013.

Salazar Ugarte Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Salmon Wesley C., *Lógica*, Colofón, México D.F, 1995.

Sanín Restrepo Ricardo, *Teoría Crítica Constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Ibáñez, 2009.

Santillán José Fernández, *Filosofía política de la democracia*, México, Fontamara, 1994.

Sarmiento Juan Pablo, *Hacia la constitucionalización del precedente en Colombia: ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?*, en revista *Opinión jurídica*, 2012.

Shapiro Scott J., *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Suarez-Parra José Luis, *El juez constitucional: legislador positivo* en *Revista Principia Iuris*, Bogotá, 2016.

Tamanaha Brian Z., *En torno al Estado de Derecho. Historia, política y teoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Tamayo Jaramillo Javier y Jaramillo Carlos Ignacio, *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2012.

Tamayo Jaramillo Javier, *La decisión judicial*, Medellín, Diké, 2013.

Tamayo Jaramillo Javier, *La decisión judicial*, tomo II, Medellín, Diké, 2013.

Tamayo Jaramillo Javier, *La decisión judicial. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (tomo II)*, Medellín, editorial Diké, 2013.

Tamayo Jaramillo Javier, *Manual de Hermenéutica Jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial*, Medellín, Diké, 2013.

Tarapué Sandino Diego Fernando, *La Naturaleza Institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Santiago de Cali, Universidad Santiago de Cali, 2008.

Tarello Giovanni, *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013.

Torres Muro Ignacio, *Uso y abuso de la justicia constitucional* en *Revista española de Derecho Constitucional*, Núm. 90, Madrid, 2010.

Troper Michael, *El juez constitucional y la voluntad general* en *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2008.

Troper Michael, *Una Teoría Realista de la Interpretación* en *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2008.

Troper Michel, Del buen uso de los fantasmas. Del Gobierno de los Jueces al Gobierno por los jueces en Ensayos de Teoría Constitucional, México, Fontamara, 2004.

Velasco Gómez Ambrosio, Democracia liberal y Democracia republicana en Araucaria No. 1, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM, 1999.

Villar Borda Luis, Estado de Derecho y Estado Social de Derecho en Revista Derecho del Estado, Bogotá, No 20, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Villoro Toranzo Miguel, *El realismo jurídico escandinavo* en *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Núm. 19, México D.F., 1989.

Von Wright George Henrik, Norma y Acción, Madrid, Tecnos, 1963.

Waldron Jeremy, Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales, Buenos Aires, 2018.

Waldron Jeremy, Derecho y desacuerdos, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Wróbelwski Jerzy, Sentido y hecho en el derecho, Ciudad de México, Fontamara, 2008.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, sentencia C – 037 de 1996, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia C – 083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C – 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C – 111 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional, sentencia C – 113 de 1993, M.P Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia C – 131 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C – 252 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional, Sentencia C – 355 de 2008, M.P Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C – 355 de 2008, M.P Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C – 447 de 1997, M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C – 447 de 1997, M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C – 461 de 2013, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia C – 486 de 1993, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C – 537 de 2010, M.P Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, sentencia C – 539 de 2011, M.P Luis Ernesto Silva.

Corte Constitucional, sentencia C – 539 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia C – 588 de 2012, M.P Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia C – 590 de 2005, M.P Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C – 621 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C – 630 de 2014, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, sentencia C – 634 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia C – 674 de 2017, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, sentencia C – 816 de 2011, M.P Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C – 816 de 2011, M.P Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia C – 818 de 2011, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C – 820 de 2006, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C – 836 de 2001, Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C – T 123 de 1995, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008 M.P Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C-486 de 1993, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001 M.P Rodrigo Escobar Gil.

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

Corte Constitucional, sentencia SU – 047 de 1999, M.P Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia SU – 068 del 2018, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, sentencia SU – 069 del 2018, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional, sentencia SU – 072 del 2018, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional, sentencia SU – 113 de 2018, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, sentencia SU – 120 de 2003, M.P Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia SU – 1300 de 2001, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia SU – 140 de 2019, M.P Cristina Pardo Schlensinger.

Corte Constitucional, sentencia SU – 230 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia SU – 267 de 2019, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, sentencia SU – 354 de 2017, M.P (E) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Corte Constitucional, sentencia SU – 406 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, sentencia SU – 445 de 2019, M.P Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, sentencia SU – 611 de 2017, M.P Luis Guillermo Pérez.

Corte Constitucional, sentencia SU – 917 de 2010, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T – 019 de 2020, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, sentencia T – 049 de 2007, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia T – 078 de 2019, M.P Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, sentencia T – 093 de 2019, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, sentencia T – 102 de 2014, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia T – 1023 de 2006, M.P Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia T – 105 de 2010, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T – 109 de 2009, M.P (E) Clara Inés Reales Gutiérrez.

Corte Constitucional, sentencia T – 116 de 2004, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia T – 123 de 1995, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T – 158 de 2006, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia T – 175 de 1997, M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T – 267 de 2013, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T – 288 de 2011, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia T – 309 de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia T – 321 de 1998, M.P Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, sentencia T – 406 de 1992, M.P Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, sentencia T – 414 de 1992, M.P Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, sentencia T – 446 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T – 459 de 2017, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, sentencia T – 462 de 2003, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia T – 464 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T – 494 de 1992, M.P Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, sentencia T – 525 del 2017, M.P Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional, sentencia T – 625 de 2000, M.P (E) Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional, sentencia T – 678 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia T – 693 de 2009, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T – 698 de 2004, M.P Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, sentencia T – 766 de 2008, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia T – 790 de 2012, M.P Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional, sentencia T – 794 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T – 838 de 2007, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia T – 934 de 2009, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, sentencia T – 970 de 2012, M.P Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional, sentencia T -123 de 1995 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T -123 de 1995 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T 260 de 1995 M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T 260 de 1995 M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencias C – 104 de 1993, M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencias T – 406 de 1992, M.P Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional, sentencias: T 260 de 1995 M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 14449-2014 del 23 de octubre de 2014, M.P Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación laboral, sent. del 29 de enero de 2008, rad. 17.442, M.P Luís Javier Osorio López; sent. del 22 de enero de 2008, rad. 17.344, M.P Javier Ricaurte Gómez; sent. del 1 de abril de 2008, rad. 17.738, M.P Gustavo José Gnecco Mendoza; sent. del 29 de abril de 2008, rad. 17.894, M.P Eduardo López Villegas; sent. del 2 abril de 2008, rad. 17.766, M.P Elsy del Pilar Cuello Calderón; sent. del 29 de abril de 2008, rad. 17.858, M.P Eduardo López Villegas; sent. del 5 de febrero de 2008, rad. 17468, M.P Gustavo José Gnecco Mendoza; sent. del 26 de febrero de 2008, rad. 17.564, M.P Camilo Tarquino Gallego; sent. del 27 de marzo de 2008, rad. 17.690, M.P Luís Javier Osorio López; sent. del 28 de mayo de 2008, rad. 18.076, M.P Isaura Vargas Días; sent. del 7 de mayo de 2008, rad. 17.992, M.P Gustavo José Gnecco Mendoza. Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación civil, sent. del 24 de enero de 2008, rad. 2008-075, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 28 de enero, rad. 2008-026, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 21 de enero de 2008, rad. 2008-2082, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 30 de enero de 2008, rad. 2008-058, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 21 de enero de 2008, rad. 2007-2141, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 25 de enero de 2008, rad. 2008-001, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 16 de abril de 2008, rad. 2008-524, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 30 de abril de 2008, rad. 2008-642, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 10 de abril de 2008, rad. 2008-468, M.P William Namén Vargas; sent. del 24 de abril de 2008, rad. 2008-620, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 22 de abril de 2008, rad. 2008-617, M.P William

Namén Vargas; sent. del 22 de abril de 2008, rad. 2007-2593, M.P William Namén; sent. del 19 de febrero de 2008, rad. 2008-178, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 22 de febrero, rad. 2008-234, M.P William Namén Vargas; sent. del 19 de febrero de 2008, rad. 208-104, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 20 de febrero de 2008, rad. 2008-284, M.P William Namén Vargas; sent. del 4 de marzo de 2008, rad. 2008-282, M.P Pedro Munar Cadena; sent. del 9 de junio de 2008, rad. 2008-850, M.P William Namén Vargas; sent. del 8 de mayo de 2008, rad. 2008-677, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 17 de mayo de 2008, rad. 2008-692, M.P William Namén Vargas; sent. del 8 de mayo de 2008, rad. 2008-723, M.P Jaime Arrubla Paucar; sent. del 7 de mayo de 2008, rad. 2008-661, M.P William Namén Vargas. Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación penal, sent. del 24 de enero de 2008, rad. 34.896; sent. del 24 de enero de 2008, rad.34.903; sent. del 21 de febrero de 2008, rad. 35.461; sent. del 6 de marzo de 2008, rad. 35.612, sent. del 31 de marzo de 2008, rad. 36.093; sent. del 3 de abril de 2008, rad. 36.172; sent. del 10 de abril de 2008, rad. 36.243; sent. del 24 de abril de 2008, rad. 36.519; sent. del 16 de mayo de 2008, rad. 36.770; sent. del 22 de mayo de 2008, rad. 37.047; sent. del 30 de mayo, rad. 36.915; sent. del 5 de junio de 2008, rad. 37.181; sent. del 19 de junio de 2008, rad. 37.372; sent. del 3 de julio de 2008, rad. 37.570; sent. del 3 de julio de 2008, rad. 37.610; sent. del 31 de julio de 2008, rad.37.970. Todas con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

Legislación

Congreso de la República de Colombia, Código Penal Colombiano.

Congreso de la República de Colombia ley 153 de 1887.

Congreso de la República de Colombia ley 270 de 1996.

Congreso de la República de Colombia, Código Civil, Bogotá, Leyer, 2018.

Congreso de la República de Colombia, ley 153 de 1887.

Congreso de la República de Colombia, ley 169 de 1896.

