

UNIVERSIDAD DE PALERMO

Buenos Aires-Argentina

TESIS DE MAESTRIA

**“COHERENCIA EN LA PRACTICA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA:
REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LAS
SENTENCIAS DE LOS ORGANOS DE CIERRE DE LA JURISDICCION
ORDINARIA”**

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

**Tesis de Maestría para optar por el título de
Magister en Derecho de la Universidad de Palermo**

Director

Lucas Sebastián Grosman

A Dios

A mis Padres por todo el apoyo

A Patricia por su amor y compañía

A mis hermanas por su comprensión

Reconocimientos

A mi tutor Lucas Grosman por la coordinación de esta tesis y por sus enseñanzas en los cursos en la cursada de la Maestría.

A Joaquín Millón por su colaboración, generosidad y amistad.

A Hernando Gutiérrez Prieto por el apoyo para poder desarrollar con tranquilidad esta investigación.

Las buenas ideas que puede tener este trabajo se deben a los comentarios y sugerencias de Lucas Grosman, Joaquín Millón, Juan Carlos Lancheros, Andrés Mancipe y Luis Sánchez.

A la Universidad de Palermo y especialmente a los profesores y profesoras Mariela Puga, Roberto Saba, Juan González Bertomeu, Martin Farrell, Laura Saldivia, Martin Sigal y Marcelo Alegre.

Por último agradezco al profesor Asdrúbal Aguiar por sus enseñanzas y ejemplo.

Resumen

En este trabajo se defiende que el desarrollo coherente del derecho en Colombia depende de cómo se resuelva el asunto de la acción de tutela contra sentencias de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria. Para ello se señala que la práctica constitucional debe estar sujeta a un sistema coherente de reglas y principios para lo cual necesita de medidas institucionales tales como el establecimiento de órganos de cierre y mecanismos de disciplina jurisprudencial. En seguida se expone la manera en que la acción de tutela contra sentencias, principalmente contra las sentencias de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, se justifica como garante de las medidas institucionales estudiadas. Posteriormente se describe el desarrollo que ha presentado la jurisprudencia como fuente de derecho en Colombia. Por último se muestra, con base en un estudio jurisprudencial, la instrumentalidad de la acción de tutela contra sentencias para asegurar el desarrollo coherente del derecho.

INDICE

	Pág.
Introducción	6
CAPÍTULO 1. DESARROLLO COHERENTE DEL DERECHO	9
1.1 Indeterminación y coherencia del Derecho.	9
1.2 Mecanismos institucionales.	12
CAPÍTULO 2. JURISDICCIÓN DUALISTA EN COLOMBIA	19
2.1 Jurisdicción Dualista en Colombia.	19
2.2 Necesidad de un órgano de cierre en la jurisdicción dual impura: la AT contra providencias judiciales.	24
CAPÍTULO 3. EL RESPETO POR LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL DERECHO COLOMBIANO	31
3.1 Desarrollo de la jurisprudencia como fuente de derecho en la práctica constitucional colombiana.	32
CAPÍTULO 4. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE DISCIPLINA JURISPRUDENCIAL	41
4.1 La CSJ como órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria.	42
4.2 La TCS como mecanismo para asegurar el sistema de precedentes Constitucionales.	45
4.3 Organización interna de las corporaciones judiciales como argumento ilegítimo para no seguir un precedente.	47
4.4 Cambio en el material jurídico relevante como argumento legítimo para no seguir un precedente.	51
4.5 Recapitulación.	54
CONCLUSIONES	56
LISTA DE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991 trajo consigo fundamentales reformas jurídico-políticas al país. En lo referente al sistema de control de constitucionalidad, las innovaciones más sobresalientes fueron la creación de una Jurisdicción Constitucional con un control mixto de constitucionalidad y la creación de una Corte Constitucional a la que se confió la guarda y la supremacía de la Constitución (Art. 241), a través de dos mecanismos específicos: (1) competencias de control concentrado y abstracto de constitucionalidad, y (2) revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela (en adelante AT) para la protección de los derechos fundamentales de las personas. Este último mecanismo ha sido objeto de diversas discusiones. Una de ellas ha girado en torno a la procedencia de la AT contra sentencias y providencias judiciales, en especial cuando por medio de ésta se pretende impugnar providencias de las altas Cortes de la Jurisdicción Ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura).

En los primeros años de desarrollo de la Constitución Política de 1991 se dio vía libre a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias (en adelante TCS), mediante el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la AT. Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-543 de 1992, declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de dicho decreto que autorizaban la TCS. No obstante, en la misma providencia se dejó abierta la posibilidad de la TCS en casos de actuaciones de hecho por parte de funcionarios judiciales, lo cual sirvió para que la misma Corte formulara la doctrina para la procedencia de la TCS. Sin embargo, dado que se habían declarado inconstitucionales las mencionadas normas, se presentó un vacío jurídico al no existir normas que regularan la competencia en materia de TCS, lo cual hizo posible que cualquier juez conociera de las tutelas contra las sentencias de las altas Cortes. Mediante el Decreto 1832 del 12 de julio de 2000, se pretendió dar solución a este problema, al establecerse que la AT en contra de providencias de la Corte Suprema, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura debían entablarse ante estas mismas corporaciones y de conformidad con sus propios reglamentos.

En los años siguientes al Decreto 1832 del 12 de julio de 2000, el número de AT contra sentencias de las altas Cortes aumentó, dejándose sin efecto varias de estas sentencias, lo cual ha incrementado el debate en torno al tema. Tanto es así, que la discusión ha tomado tintes de crisis institucional, dada la reiterada renuencia que han mostrado las altas Cortes, por una parte al negar rotundamente la procedencia de las TCS (especialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia) y por otra al negarse a enviar los procesos de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión. En este contexto, la Corte Suprema, junto con el Consejo de Estado, presentaron el 27 de septiembre de 2006 un proyecto de acto legislativo para modificar el Art. 86 de la CP y eliminar la posibilidad de que la Corte Constitucional revisara las decisiones de las altas Cortes, así como la procedencia de la TCS contra tales providencias.

En desarrollo de lo anterior, se hace necesario el estudio de dicha crisis institucional a la luz de los postulados de la justicia constitucional y de la idea del desarrollo coherente de la práctica constitucional.

En definitiva, en este trabajo se mostrará cómo el desarrollo coherente de la práctica constitucional colombiana depende de la manera en que se resuelva la discusión en torno a la AT contra sentencias, y principalmente contra sentencias de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria. Esta hipótesis general consta de dos variables:

(1) Mediante la revisión de TCS por parte de la Corte Constitucional se unifica la jurisprudencia en materia de interpretación de derechos fundamentales, de manera que si se elimina la posibilidad de tal revisión se establecería una multiplicidad de sistemas constitucionales por cada órgano de cierre que exista.

(2) Mediante la AT contra sentencias de las altas Cortes se asegura el sistema de precedentes, de tal manera que si es eliminada se perdería un importante mecanismo de disciplina jurisprudencial.

El desarrollo del tema se articulará en cuatro capítulos. En el primer capítulo se expondrá la idea según la cual la práctica constitucional, como institución básica de justicia, debe estar sujeta a un sistema coherente de reglas y principios, por razón de lo cual requiere de algunas medidas institucionales, como las adoptadas con el establecimiento de órganos de cierre y con la demanda de respeto por las decisiones judiciales del pasado. En el segundo capítulo se expondrán las características

generales de la Jurisdicción en Colombia y se explicará el desarrollo y la crisis de la TCS. En el tercer capítulo se describirá el desarrollo que ha presentado la jurisprudencia como fuente de derecho en Colombia. En el cuarto capítulo, por último, se mostrará, con base en un estudio jurisprudencial, la instrumentalidad de la TCS en el desarrollo coherente del derecho en función de las variables antes mencionadas.

1. DESARROLLO COHERENTE DEL DERECHO

1.1 Indeterminación y coherencia del Derecho.

La teoría jurídica tradicional desarrolló el modelo dogmático de interpretación del derecho, que concebía el ordenamiento jurídico como un sistema completo y coherente de normas que no dejaban lugar a la intervención del intérprete. El razonamiento judicial fue entendido como una actividad deductiva que arrojaba conclusiones evidentes y, por ende, previsibles. En atención a esto, el ideal del modelo dogmático propugnó la sistematización completa y coherente del ordenamiento jurídico, la instauración del razonamiento deductivo como único método de interpretación, y la caracterización del juez como un funcionario autómatas sin posibilidad de ejercer funciones creativas¹.

Sin embargo, desde hace tiempo se evidenciaron los problemas que presenta este modelo², pues se ha demostrado que por medio de los argumentos de coherencia y completitud, como presupuestos aparentemente lógicos y necesarios de los sistemas jurídicos, los actores jurídicos atribuyen diferentes soluciones originales al derecho, camuflando bajo una pretendida descripción del derecho positivo las verdaderas razones que fundamentan las decisiones (Nino, 1987). Por ello, la pretendida coherencia y completitud del derecho fracasa ante la naturaleza indeterminada del lenguaje normativo, que en lugar de asegurar los postulados de certeza y seguridad jurídica, produce resultados insatisfactorios, “pues las decisiones judiciales no son

¹ Sobre la caracterización de este modelo, v. Merryman (1989), Aftalión, Villanova y Raffò (2004) y Vigo (1999). Desde luego, esta es una versión simplificada del modelo dogmático. En efecto, la dogmática jurídica continental superó estos postulados hace ya varios años. No obstante, el modelo dogmático, caracterizado por los ideales de coherencia, completitud y certeza de los ordenamientos jurídicos, ha ejercido una fuerte influencia en la práctica de los sistemas jurídicos de tradición continental, y especialmente en Latinoamérica (Saba, 2007).

² Hace más de cien años el realismo jurídico denunció las falacias de la coherencia lógica del derecho (Rodríguez, 1999). El propio Kelsen (1999) criticó el modelo dogmático al considerar la norma jurídica como un marco abierto a diferentes posibilidades interpretativas, el cual, por lo tanto, no conduce necesariamente a una solución única.

congruentes con las expectativas y el sentimiento de justicia de los asociados” (Uprimny, 1997, p. 131).

Se ha reconocido que el lenguaje normativo adolece de indeterminaciones causadas por las ambigüedades, vaguedades e imprecisiones de las palabras, y por las contradicciones, redundancias y lagunas en el conjunto de normas jurídicas³. Además, con el surgimiento de constituciones ricas en principios y derechos se crean indeterminaciones aún más profundas, que autores como Dworkin (1989) y Waldron (1994) denominan “conceptos esencialmente controvertidos” (*Essentially Contested Concepts*). Estas indeterminaciones se presentan al incorporarse en los textos constitucionales cláusulas excesivamente abstractas sólo expresables en conceptos que admiten diversos significados⁴ (Dworkin, 1989).

En consecuencia, en el panorama del material jurídico, esto es, en los enunciados normativos tal y como están expresados en las fuentes formales del derecho, se revela una profunda indeterminación. Así, es común encontrar diferentes resultados interpretativos, especialmente respecto de las cláusulas constitucionales, ya que, siguiendo a Nino, “la tarea de asignar significado a actos lingüísticos, textos y prácticas es un paso valorativo sumamente complejo y controvertido” (1992, p. 82). Más aún cuando, con la proliferación de las distintas indeterminaciones, y sobre todo de conceptos esencialmente controvertidos, observamos que el ordenamiento jurídico incorpora un fuerte componente de moralidad que determina un proceso interpretativo inherentemente incierto y controvertido⁵.

No obstante, la indeterminación no es necesariamente un defecto. Las cláusulas constitucionales controvertidas son útiles para satisfacer la necesidad social de no cerrar cuestiones que sólo pueden ser apreciadas y resueltas en el futuro (Hart, 1963). Por ello, los textos constitucionales, que “son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones

³ Sobre las indeterminaciones en los sistemas jurídicos, v. Carrio (1972), Alchourron y Bulygin (1974), Nino (1987) y Waldron (1994).

⁴ En su mayoría, los principios, valores y derechos constitucionales se apoyan en conceptos esencialmente indeterminados. Estos conceptos aparecen cuando es claro que una norma constitucional expresa un criterio, pero hay personas que están en desacuerdo acerca de cuál es su contenido específico. Los conceptos esencialmente controvertidos se presentan cuando: (1) la disputa por su significado corresponde no sólo a casos marginales, sino que los propios casos paradigmáticos son discutidos; (2) la controvertibilidad forma parte del concepto, y (3) el desacuerdo en la aplicación del concepto es indispensable para su utilidad (Ferrerres Comella, 1997).

⁵ Esto es lo que Dworkin (1999) entiende como *lectura moral de la constitución*, algo que, quiérase o no, está inevitablemente incorporado a la práctica jurídica.

entre distintas disposiciones” (Nino, 1992, p. 89), son redactados en un lenguaje vago y general⁶. En consecuencia, los conceptos controvertidos pueden ser vistos como mecanismos de ajuste en la tensión entre constitucionalismo y democracia⁷, y los textos constitucionales, por su parte, como capacitadores de la democracia, al evitar el cierre de los debates y soslayar así los problemas antidemocráticos que ello acarrearía, potenciando, por el contrario, la libertad de la comunidad que se autogobierna (Holmes, 1999).

De tal manera, el desarrollo de las cláusulas constitucionales requiere de una práctica posterior coherente por parte de los diferentes actores, con el fin de que se realicen las expectativas constitucionales de una manera integrada. Constitucionalización coherente del derecho significa, siguiendo a autores como Nino (1992) o Dworkin (1988), que el hilo conductor en el desarrollo de la práctica constitucional debe ser el valor de la integridad del derecho⁸, para lo cual el razonamiento práctico en la toma de decisiones debe derivarse de un esquema coherente de principios, con el fin de que las decisiones de los diferentes actores jurídicos formen parte del cuerpo de dicho esquema. Se pretende que, en la medida en que evoluciona la práctica, se respeten las decisiones legítimas del pasado y, naturalmente, los derechos de las personas. Respecto de la actividad judicial en particular, se espera que sus decisiones estén limitadas y fundamentadas por decisiones legítimas del pasado⁹. En consecuencia, la coherencia constituye un límite para la discrecionalidad de los funcionarios, lo cual no implica que ellos tengan una simple tarea de reproducción mecánica de las decisiones del pasado, sino que pueden

⁶ Uprimny (1997, p. 131) sostiene que en tiempos del auge del capitalismo liberal del siglo XX, el modelo exegético podía funcionar, dada “la homogeneidad de valores y principios a nivel jurídico, con lo cual se reducen las tensiones y contradicciones normativas”; por el contrario, con el afianzamiento del Estado social de derecho, el método exegético fracasa, “pues no sólo las normas constitucionales tienen textura abierta sino que, además, las posibilidades de antinomias y conflictos normativos son mayores”.

⁷ Esta tensión se observa en un hecho fundamental: por medio de una constitución, una comunidad limita a las generaciones futuras, aunque, por otra parte, cada generación desea ser libre y obligar a su vez a las próximas, sin estar atado por sus predecesoras (Gargarella, 2004).

⁸ Según Dworkin, los jueces “no pueden leer sus propias convicciones en la constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular, sin importar cuánto les importa ese juicio, a menos que lo consideren consistente, en principio, con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y también con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones de otros jueces” (1999, p. 110).

⁹ En efecto, una de las ideas centrales del *Rule of Law* consiste en que las decisiones de los jueces deben estar determinadas por el derecho preexistente, para así asegurarse de que la respuesta judicial no dependa de su arbitrio (Caracciolo, 2001).

actuar según sus convicciones siempre que éstas logren ser justificadas dentro de un sistema coherente de principios¹⁰.

1.2 Mecanismos institucionales.

Para asegurar la coherencia de la práctica jurídica en general y de la constitucional en particular, dentro de un contexto de desarrollo coherente del derecho y de respeto por el *Rule of Law*¹¹, son especialmente relevantes dos mecanismos institucionales: (1) un órgano de cierre que tenga la última voz en las discusiones jurídicas que se presentan en el desarrollo del derecho, y (2) el respeto por las decisiones judiciales del pasado.

1.2.1 Necesidad de un órgano de cierre.

La constitución en cuanto práctica social continua implica una regularidad de conductas. Por ello, la constitución trasciende el texto y se moldea gracias al desarrollo posterior de las conductas que dicho texto genera (Gargarella, 2004). En concordancia con esto, se ha aceptado que el desarrollo de la práctica constitucional debe contar, por parte de los diferentes actores, con una actitud interpretativa hacia las decisiones constitucionales legítimas del pasado, de manera que las controversias que inevitablemente se susciten en el desarrollo de la práctica constitucional sean resueltas desde una posición que presente el derecho bajo la mejor luz (Nino, 1992; Dworkin, 1988).

¹⁰ Cabe aclarar que aquí no se alude a la coherencia del ordenamiento jurídico como cualidad necesaria de todo sistema jurídico, según el tradicional modelo dogmático, sino al derecho como integridad, de acuerdo con Dworkin. Este modelo exige que los jueces se guíen por el *valor moral de la coherencia* con el propósito de que interpreten las decisiones del pasado de tal manera que se tornen consistentes por principio (Marmor, 2000). La coherencia aquí formulada, entonces, no es igual a la coherencia de los sistemas normativos lógicos. En estos sistemas la coherencia responde a la necesidad, connatural a todo sistema, de no integrar soluciones normativas contradictorias. La coherencia como principio ha de entenderse como algo más que una mera consistencia lógica del sistema: dando por sentado que los diferentes principios y reglas de los sistemas constitucionales son comúnmente contradictorios, este ideal de coherencia pretende que los diferentes actores de la práctica constitucional ajusten entre sí los diferentes planes de acción derivados de dichos sistemas, de tal manera que formen un programa de acciones coherente. Al respecto, v. Dworkin (1989), Marmor (2000) y Rawls (2004).

¹¹ Tradicionalmente se ha traducido la expresión *Rule of Law* como Estado de derecho. Sin embargo, dado que Estado de derecho no trasmite las verdaderas implicaciones de aquella idea, se ha recurrido a la expresión *primacía del derecho*, dando a entender que la idea del *Rule of Law* implica la primacía de las razones de derecho sobre otros sistemas normativos (Farrell, 2003). En todo caso, en este trabajo se prefiere usar la expresión inglesa.

A causa la proliferación de conceptos controvertidos en las constituciones, es común encontrar profundas divergencias acerca de cuál es la mejor interpretación de la práctica constitucional, o lo que es igual, diferentes lecturas morales de las cláusulas constitucionales. Así las cosas, se hacen necesarios diseños institucionales que garanticen la coherencia en el desarrollo de la práctica constitucional. Uno de ellos consiste en el establecimiento de tribunales de justicia encargados de definir las discusiones interpretativas con autoridad de órganos de cierre.

En este punto, las analogías empleadas por Dworkin (1997) y Nino (1992) para referirse a la práctica del derecho, el primero con la redacción de una novela en cadena y el segundo con la construcción de una catedral, son esclarecedoras¹². De ellas se deriva una idea en común: quien participa en una tarea colectiva debe respetar la lógica interna de la obra y hacer ver a la misma bajo su mejor luz. No obstante, y en todo caso, es preciso que una última voz defina cuál es la interpretación que representa la obra bajo su mejor luz. Por ello, en el diseño de la jurisdicción debe establecerse un órgano de cierre que defina las discusiones judiciales en materia de interpretación constitucional. Si no existiese este órgano de cierre facultado para administrar la última palabra, se construirían con los mismos materiales, según el ejemplo de Nino, múltiples “catedrales” en el mismo terreno¹³.

¹² Para Nino, las acciones y decisiones que conforman la práctica constitucional forman parte de un proceso de interacción colectiva que se extiende en el tiempo, similar a la construcción de una catedral gótica iniciada en el siglo XIII y sólo concluida en el siglo XVI. Observa el autor que al arquitecto encargado de proseguir la obra le será indispensable respetar las diferentes normas técnicas, físicas y estéticas de la catedral, aunque él mismo tenga otra opinión respecto de lo que sería mejor para continuarla. Tiene que considerar, inclusive, que a un mismo tiempo hay más arquitectos, que en el futuro llegarán otros nuevos y que en todo caso debe asegurarse de respetar la obra colectiva (1992, p. 65). De manera similar, puede citarse a Friedman y Smith (1998), quienes sugieren que la constitución debe ser vista como una construcción “sedimentaria”, con montañas de desarrollos históricos que han propiciado la construcción de las cláusulas constitucionales, y con profundos valles de textos no interpretados.

¹³ La última palabra en materia de interpretación constitucional pone en evidencia, nuevamente, la tensión con el ideal democrático, más aún cuando aquélla es privativa de un tribunal de justicia. Parece ser, entonces, que la función capacitadora de la indeterminación constitucional es anulada por el establecimiento de un órgano de cierre judicial. En todo caso, y sin pretender cerrar la cuestión, no es lógicamente necesario que la existencia de la última palabra en materia de interpretación anule la función capacitadora. El hecho de que exista un órgano de cierre no significa necesariamente que sus decisiones sean inmodificables: ellas pueden, por ejemplo, ser sensibles a momentos democráticos especiales (Ackerman, 1991), o practicar alguna forma de *virtud pasiva*, como dejar abierta la discusión en provecho de la definición de aspectos sustanciales en la interpretación de un derecho. De manera similar, Robert Alexy ha manifestado que “se debe evitar la sobreconstitucionalización, desde luego. Pero el medio adecuado para evitar una sobreconstitucionalización no es la eliminación del vínculo prejudicial. Al contrario, es justamente en [las decisiones del órgano de cierre] donde se habrán de destacar cuáles márgenes de acción y libertad tiene el legislador. Por eso necesitamos los precedentes, que dicen cuál es la amplitud de los márgenes de acción del legislador. Con eso el

Como lo recuerda Uprimny (1997), al aceptarse que una decisión judicial no es un juicio hipotético-deductivo, es necesario establecer esquemas institucionales con el fin de evitar las incoherencias que se presentarían ante la variedad de interpretaciones autorizadas de una misma disposición, y con ello garantizar la seguridad jurídica y el desarrollo coherente de la práctica constitucional. El diseño institucional ideado por el constituyente colombiano de 1991 se encaminó al establecimiento de un órgano de cierre que tuviera la última palabra y unificara el desarrollo de la práctica constitucional. Con tal objeto, la Constitución de 1991 consagró a la Corte Constitucional como su máxima intérprete y garante, y para tal efecto le encargó el control abstracto de constitucionalidad de la ley y la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la AT para la protección de los derechos fundamentales. Particularmente, mediante la revisión de los procesos de tutela, que son conocidos, como se verá, por los diferentes jueces del país, la Corte Constitucional cumple con su misión de unificar la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. De lo contrario, si fuera posible que se produjeran dos o más decisiones con autoridad definitiva, ello implicaría la transformación del ordenamiento jurídico integral y coherente en otro lleno de sistemas paralelos correspondientes a igual número de autoridades con potestad para interpretar en última instancia.

En todo caso, la idea de asegurar una interpretación coherente y unificada del derecho por medio de tribunales de justicia no es nueva. Desde hace tiempo se sabe que para asegurar una interpretación coherente del derecho es necesario establecer un tribunal especializado que unifique la jurisprudencia y asegure el principio de legalidad de la actividad judicial. Esta función fue encargada a las cortes supremas al adjudicárseles el recurso de casación. Mediante el recurso de casación se busca la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, lo primero para asegurar que los jueces no vulneren el principio de legalidad y lo segundo para garantizar la seguridad jurídica, evitando así que los jueces establezcan diferentes criterios interpretativos de la ley. Por esta razón, se ha reconocido que el recurso de casación tiene por objeto hacer que un órgano judicial supremo garantice la

legislador tiene la libertad asegurada” (Quintero, 2003, p. 93). Asimismo, se ha dicho que el debate sobre el precedente puede servir para mediar en los debates subyacentes a la práctica constitucional y facilitar el encuentro entre los diferentes puntos de vista sobre ellos (Shapiro, 2008, p. 938). De tal modo, ante la [inevitable] indeterminación del derecho escrito, el legislador y los jueces cooperan en la creación y precisión del derecho (Levy, 1971).

coherencia del ordenamiento jurídico mediante la unificación de la interpretación de las normas legales (Murcia Ballén, 1997).

1.2.2 Respeto por las decisiones judiciales del pasado.

Si bien el derecho colombiano se enmarca dentro de un sistema jurídico de tradición continental, en el que parece extraño el valor vinculante de las decisiones judiciales¹⁴, existen razones de peso que justifican su tratamiento desde esta perspectiva, según se verá a continuación.

Los enemigos del sistema de precedentes sustentan su posición con base en argumentos extraídos del modelo dogmático tradicional, tales como: a) separación de poderes con prevalencia del poder legislativo; b) neutralización política del poder judicial mediante el principio de legalidad y la idealización de la subsunción lógico-formal como método de interpretación del derecho, con lo cual se defiende la independencia judicial como dependencia absoluta a la ley; c) un poder judicial que cumple una función retroactiva por cuanto reconstruye una realidad normativa; d) los litigios individuales y con efectos inter-partes; e) el ordenamiento jurídico que prioriza la seguridad jurídica fundada en la generalidad y universalidad de la ley y en la idea de la aplicación automática de la misma, y que de esta manera consolida la seguridad procesal del presente mediante la observancia de las formalidades procesales, y la seguridad procesal del futuro mediante el principio de la cosa juzgada (Sousa Santos, 2001). Dentro de este modelo, la jurisprudencia cumple un papel secundario y en ningún caso vinculante como fuente de derecho.

Sin embargo, el modelo de juez que de aquí se deriva no da cuenta de los ordenamientos jurídicos contemporáneos caracterizados por la constitucionalización del sistema, en donde, como ya se ha dicho, abundan indeterminaciones y conceptos esencialmente controvertidos, y en donde no es posible esperar que los jueces apliquen las fuentes de derecho como una norma técnica de acuerdo a un procedimiento mecánico deductivo. Por el contrario, si continúan defendiéndose los dogmas del juez formalista, se pone en riesgo el *Rule of Law*, pues con argumentos

¹⁴ En todo caso, es conveniente anotar que en la práctica la jurisprudencia ha jugado un papel importante en los sistemas jurídicos de tradición continental. Así, por ejemplo, en Francia se ha reconocido que la jurisprudencia ha sido un bastión para la renovación del derecho civil y ha jugado un papel fundamental en la elaboración del derecho administrativo (Bernal Pulido, 2005).

como la subsunción lógico-formal, la pasividad judicial, etc., se llega a decisiones tan plurales como jueces existen.

Así las cosas, y atendiendo a la necesaria lectura moral del derecho, se da como consecuencia la proliferación de casos difíciles, en los que existe una amplia variedad de soluciones normativas y, por lo mismo, la posibilidad de que los jueces interpreten de manera contradictoria los mismos materiales jurídicos. En este contexto, es preciso recordar que los jueces están obligados a justificar la norma mediante la cual van a decidir el respectivo caso, teniendo aquí en cuenta que las decisiones judiciales del pasado deben limitar la discreción judicial; en efecto, los fundamentos empleados por los jueces en la decisión de cuestiones determinadas deben formar parte del razonamiento de los jueces que deciden nuevos casos, para que así pueda asegurarse la coherencia en la toma de decisiones¹⁵. En consecuencia, las decisiones judiciales no pueden considerarse correctas o incorrectas simplemente abstrayéndolas del contexto general del desarrollo de la práctica constitucional, pues su corrección ha de ser valorada según su capacidad de incorporarse congruentemente en el conjunto de decisiones judiciales del pasado¹⁶ (Dworkin, 1989). Debe reconocerse que, dada la indeterminación radical de los textos constitucionales, éstos solo pueden ser operativos si se establece un cuerpo de precedentes que determine respecto de un conjunto de casos lo que está constitucionalmente prescrito, a fin de que sea posible concretar la abstracción constitucional, pues de otro modo la constitución difícilmente podrá ser norma jurídica¹⁷.

Por otra parte, como ya se ha dicho, la coherencia del derecho se refiere a una coherencia de principio, es decir que las razones valederas en la toma de decisiones han de formar parte de un sistema coherente de principios (Marmor, 2000). En este

¹⁵ En este sentido, se advierte la necesidad de contar con los precedentes como criterio necesario para la construcción coherente de la práctica constitucional, a la manera como lo reflejan las metáforas de Nino y Dworkin.

¹⁶ De esta manera, el precedente parece ser una consecuencia necesaria de la inevitable labor creativa de los jueces. En efecto, ante la indeterminación del derecho, los jueces instituyen reglas para resolver los casos, de manera que “nutren el derecho con sus decisiones, las cuales establecen verdaderas normas generales y no solo determinan los criterios de interpretación y aplicación de normas preexistentes” (Magaloni Kerpel, 2001, p. 71).

¹⁷ Bernal Pulido (2005) argumenta que los casos difíciles se caracterizan por la gran distancia entre las circunstancias del caso y la disposición, distancia que sólo puede reducirse por medio de una norma que se relacione con el caso y que pueda fundamentarse en la disposición normativa. Así, la jurisprudencia se encarga de fundamentar y concretar dichas disposiciones mediante normas adscritas. Estas normas vinculan a los destinatarios del derecho y son las que confieren, por la misma vía, fuerza vinculante a la jurisprudencia.

sentido, los jueces están obligados a justificar las razones en las que se basan para formular la norma mediante la cual deciden el caso. El proceso de la toma de decisiones requiere como condición necesaria, entonces, la utilización de una premisa universal, y supone que tal premisa afecte a todos los sujetos del caso y al futuro; en otras palabras, exige resolver del mismo modo los casos iguales al ya decidido. La universalidad se presenta, de esta suerte, como condición necesaria para garantizar la igualdad formal, la cual supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de igual manera¹⁸. En efecto, si un juez no aplica el precedente de un primer caso, trataría de manera distinta al titular del derecho afectado en el segundo caso respecto del titular del primero en donde se creó el precedente¹⁹. En consecuencia, el juez que decide sobre un caso semejante a otro ya decidido está obligado a resolverlo de la misma forma, pues de ello depende el respeto por el derecho a la igualdad y la garantía de coherencia en el ordenamiento jurídico²⁰.

Se ha reconocido, por lo tanto, que en el caso de decisiones judiciales con presupuestos fácticos similares y respuestas incompatibles se presenta una evidente injusticia que debe ser corregida (Bobbio, 1999). Un sistema jurídico vulnera la igualdad cuando no le reconoce valor a los precedentes judiciales y admite así que los funcionarios judiciales consideren de manera diferente situaciones jurídicas similares. Así pues, si se reconoce como un derecho fundamental el recibir igual trato y protección por parte de las autoridades, ¿con qué justificación las autoridades judiciales pueden dar soluciones distintas a situaciones similares? Si se exige que los jueces fundamenten sus decisiones conforme a la teoría que mejor justifique el sistema, ¿por qué razón un caso que es similar en los aspectos relevantes no ha de seguirse con la misma fundamentación? La exigencia, de conformidad con las normas vigentes, de que los jueces procedan del mismo modo cuando los casos son similares

¹⁸ A este respecto, la Corte Constitucional afirma, en la sentencia C-447-1997 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero) que “el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”.

¹⁹ En palabras de Alexy, esto implica un compromiso por la universalidad: “Si se aplica un predicado ‘F’ a un hecho ‘A’ se debe estar dispuesto a aplicar ‘F’ a cualquier otro hecho igual a ‘A’ en todos los aspectos relevantes” (1989, p. 185). A este respecto, v. Bernal Pulido, 2006, p. 161.

²⁰ Con todo, como se mostrará más adelante, este deber no es absoluto, pues existen razones que justifican variar el precedente, por ejemplo, cuando operan cambios en el derecho objetivo o es posible distinguir circunstancias relevantes.

en sus aspectos relevantes, de manera que el sistema jurídico sea aplicado coherente e imparcialmente, es una pretensión básica de justicia formal, pues si se entiende que la justicia expresa siempre un tipo de igualdad, la justicia formal presupone que las leyes e instituciones se apliquen igualitariamente a aquellos que pertenecen a las clases definidas por ellas (Rawls, 2004; Dworkin, 1989).

Parece entonces necesario establecer un sistema de precedentes como mecanismo para evitar aquella injusticia, o lo que es igual, para asegurar la igualdad formal en la toma de decisiones judiciales.

Por último, la seguridad jurídica, tradicionalmente considerada como valor supremo en los sistemas jurídicos continentales (Merryman, 1989), busca garantizar, principalmente, que los jueces no tomen decisiones arbitrarias, y así proteger la libertad de los ciudadanos. Si esto es así, el sistema de precedentes debe constituir un mecanismo instrumental para la seguridad jurídica, pues si los jueces pueden cambiar arbitrariamente el fundamento de sus providencias y solucionar de manera distinta las situaciones jurídicas similares que llegan a su conocimiento, evidentemente el valor de la seguridad jurídica se desvanece²¹.

En conclusión, al ser necesarios los órganos de cierre y el respeto por las decisiones judiciales del pasado, los sistemas jurídicos deben contar con mecanismos institucionales que garanticen esos postulados. Debe existir una organización judicial que garantice la existencia de un órgano de cierre y un mecanismo que asegure el respeto por dichas decisiones judiciales del pasado. En los capítulos siguientes se expondrá la manera en que operan estos postulados en la práctica jurídica colombiana, y especialmente cómo la AT contra sentencias, en particular contra las proferidas de los órganos de cierre en la Jurisdicción Ordinaria, es fundamental en este sentido.

²¹ La Corte Constitucional colombiana justifica la fuerza vinculante de la jurisprudencia con base en una argumentación similar a la que aquí se expone. En efecto, en la sentencia C-836-2001 (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil), sostiene que “la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”.

2. JURISDICCIÓN DUALISTA EN COLOMBIA: LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO DE CIERRE EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En este capítulo se expondrá la manera en que la acción de tutela contra sentencias (TCS), principalmente contra las sentencias de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, se justifica en calidad de garante de un órgano de cierre en materia constitucional, tal como fue establecido por la propia Constitución de Colombia de 1991. Para ello, se describirá la estructura de la administración de justicia en Colombia, y después se mostrará cómo el debate en torno a la TCS afecta sustancialmente dicha estructura y, principalmente, el rol de la Corte Constitucional como órgano de cierre.

2.1 Jurisdicción Dualista en Colombia.

Según Ferreres Comella (2005), los modelos de justicia constitucional pueden ser centralizados (modelo europeo) o descentralizados (modelo americano). El primero se caracteriza por establecer una estructura dualista en tanto que divide el poder judicial en (1) una función constitucional encargada al Tribunal Constitucional y (2) una función ordinaria encargada de aplicar la legislación a casos concretos. Asimismo, la estructura dualista puede ser más o menos rígida, según dos variables: la pureza y la autonomía. La primera variable depende de si el control constitucional abstracto es la única competencia del Tribunal Constitucional, por lo que, en ese caso, se dirá que la estructura dualista es *pura*. La segunda variable depende del grado en que el Tribunal Constitucional está desligado de la Jurisdicción Ordinaria, y en este sentido la estructura dualista será más pura cuanto menor sea la vinculación del Tribunal Constitucional con la Jurisdicción Ordinaria. De esta manera, si mediante algún tipo de recurso o acción judicial el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de revisar las decisiones provenientes de la Jurisdicción Ordinaria, el sistema pierde

su pureza y se convierte en un verdadero tribunal judicial de cierre en lo referente a derechos fundamentales e interpretación constitucional.

La jurisdicción colombiana²² está conformada dentro de una estructura dualista *impura*, en donde una delimitada Jurisdicción Ordinaria, con órganos de cierre independientes, coexiste con una Jurisdicción Constitucional, cuyo órgano de cierre es la Corte Constitucional. Se trata de una estructura dualista impura, dado que la Jurisdicción Ordinaria está vinculada a la Constitucional a través de la AT para la protección de los derechos fundamentales, por medio de la cual todos los jueces, tribunales y Cortes orgánicamente pertenecientes a la Jurisdicción Ordinaria están involucrados en asuntos relativos a la defensa y la garantía de estos derechos, instituyéndose la Corte Constitucional como órgano de cierre en la materia.

A continuación se examinarán, un poco más de cerca, algunos detalles de la estructura de la jurisdicción colombiana.

2.1.1 Jurisdicción Ordinaria.

Por jurisdicción se entiende la facultad del Estado de administrar justicia. En Colombia, de conformidad con el Art. 116 de la Constitución Política (en adelante CP), “administran justicia la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces, y la justicia penal militar”. Asimismo, el título VIII de la CP establece que la rama judicial encargada de administrar justicia está conformada por la Jurisdicción Ordinaria, la contencioso-administrativa, la Constitucional, las especiales, la Fiscalía General de la Nación²³ y el Consejo Superior de la Judicatura. Aun cuando la CP establece que por Jurisdicción Ordinaria se entiende, en estricto sentido, aquella cuyo máximo órgano es la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), diferentes autores han entendido por Jurisdicción Ordinaria

²² Es necesario aclarar que la estructura de la jurisdicción en Colombia es mucho más compleja que lo que puede comprender el concepto de estructura dualista. En efecto, el diseño institucional de la administración de justicia en Colombia excede lo que en este trabajo se denomina jurisdicción dualista, conformada por una Jurisdicción Ordinaria y otra Constitucional: además de éstas, cumplen funciones judiciales la Fiscalía General de la Nación, los jueces de paz (jurisdicción en equidad), las autoridades de comunidades indígenas, la justicia penal militar, y los particulares en los tribunales de arbitramento y en los centros de conciliación. En todo caso, el concepto de jurisdicción dual es útil en el contexto de este trabajo, referido a la relación entre la Jurisdicción Ordinaria, encabezada por la Corte Suprema de Justicia, y la Constitucional, encabezada por la Corte Constitucional.

²³ La Fiscalía General de la Nación se encarga de la instrucción de los procesos penales. Por su parte, la jurisdicción especial está conformada por la justicia indígena y los jueces de paz.

toda función judicial encargada de administrar justicia y aplicar la ley a casos concretos (Julio, 2003). De esta manera, la Jurisdicción Ordinaria en un sentido amplio comprende:

(i) Jurisdicción contencioso-administrativa: De conformidad con el Art. 82 del Código Contencioso Administrativo (CCA), a esta jurisdicción se le encarga el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados en las entidades públicas y en las personas privadas que desempeñan funciones públicas. El Consejo de Estado como órgano de cierre, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

(ii) Jurisdicción disciplinaria: A esta jurisdicción se le encarga el control disciplinario de la rama judicial (Art. 254 de la CP y Art. 75 de la Ley estatutaria de justicia). La jurisdicción disciplinaria esta conformada por los consejos seccionales de la judicatura y por el Consejo Superior de la Judicatura como órgano de cierre. Vale la pena precisar que el Consejo Superior de la Judicatura y los consejos seccionales de la judicatura cumplen funciones de administración de la rama judicial cuya naturaleza es enteramente administrativa, por lo cual no pueden ser clasificados dentro de la jurisdicción colombiana.

(iii) Jurisdicción Ordinaria en estricto sentido: Esta jurisdicción está encargada del juzgamiento de todos los asuntos civiles, penales, laborales y de familia. Tiene una estructura piramidal, con la CSJ como órgano de cierre, tribunales superiores de segunda instancia y juzgados.

Para lo que interesa en esta exposición, se debe puntualizar que cada uno de los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones (Consejo de Estado, CSJ y Consejo Superior de la Judicatura) tiene la función de “asegurar la coherencia del ordenamiento legal, gracias a la unificación de criterios de interpretación de la ley, para de esa manera, lograr la realización del derecho objetivo y asegurar el respeto de los principios de igualdad y legalidad” (Julio, 2003, p. 199).

2.1.2 Jurisdicción Constitucional.

La Jurisdicción Constitucional en Colombia²⁴ ha sido encargada de dos asuntos específicos: (1) control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley, y

²⁴ Caracterizar la Jurisdicción Constitucional colombiana no es tarea sencilla. De acuerdo con un criterio funcional de justicia constitucional, ella comprende no solamente el control de

(2) control concreto mediante la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la AT de los derechos constitucionales²⁵.

Por lo que toca a lo primero, la Corte está encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos reformativos de la constitución. Esta función llega a su conocimiento a través de dos vías. En primer lugar, mediante acción pública de inconstitucionalidad contra leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno nacional, cuestionados por su contenido material y por vicios de procedimiento en su formación, y contra actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación. En segundo lugar, mediante decisión, sin necesidad de acción pública, respecto de la constitucionalidad de leyes estatutarias, referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos, convocatoria a la asamblea nacional constituyente, tratados internacionales y leyes que los aprueben, y decretos legislativos dictados por el gobierno en los estados de excepción; también, mediante decisión definitiva respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y mediante decisión, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente que tenga como objeto reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

constitucionalidad de las leyes, sino toda acción y todo recurso de índole judicial destinados a asegurar la prevalencia de la constitución. De conformidad con este criterio, la Jurisdicción Constitucional es más amplia que el sistema de control judicial de leyes mediante el cual se verifica el respeto de las leyes de la constitución, y comprende todo mecanismo judicial encargado de defender la constitución y garantizar su vigencia y el respeto de los derechos en ella reconocidos. En efecto, el concepto de justicia constitucional hace referencia a la función judicial encargada no solamente de garantizar y defender la supremacía constitucional, sino también de asegurar la tutela de los derechos constitucionales. No obstante, esta forma de concebir la justicia constitucional, pese a ser correcta desde determinado punto de vista, es excesivamente amplia para los fines de este trabajo. La Jurisdicción Constitucional, según esta concepción, incluye, además de la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes, la AT y otras acciones constitucionales como la acción de cumplimiento, la acción pública de constitucionalidad contra decretos generales del gobierno nacional, las acciones populares, las acciones de grupo, entre otras, cada una de las cuales dispone de diferentes órganos de cierre y procedimientos específicos (así, por ejemplo, en lo referente a acciones populares, el órgano de cierre es la CSJ o el Consejo de Estado, según si el sujeto pasivo de la acción es un particular o es el Estado). Debe tenerse en cuenta, inclusive, que además de las funciones encomendadas específicamente a la Corte Constitucional, la CP dispone en su Art. 4 que “en caso de incompatibilidad de la constitución y la ley, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, por lo cual existe también un control de tipo difuso y concreto encomendado a todos los jueces del país.

²⁵ En lo referente a la nomenclatura de las sentencias, la Corte Constitucional identifica las sentencias de constitucionalidad abstracta con la letra C, seguida del número de la sentencia y el año de la misma; por su parte, las sentencias de tutela las identifica con las letras T ó SU (sentencias de unificación), seguidas por el número de la sentencia y el año.

Por su parte, mediante la AT se garantiza la eficacia de los derechos fundamentales y se asegura el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares²⁶. A su vez, mediante la revisión de las AT, de conformidad con el numeral 9 del Art. 241 de la CP, se instituye a la Corte Constitucional como órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, en aras de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica (Botero, 2006).

Siendo todos los jueces competentes para conocer la AT, y teniendo la Corte Constitucional competencia para ser su órgano de cierre mediante la revisión de decisiones judiciales referentes a ella, la jurisdicción en Colombia es dualista impura. Mediante la AT se establece un vínculo entre la Corte Constitucional y los jueces que forman parte orgánica de la Jurisdicción Ordinaria, quienes siempre que conocen de AT conforman funcionalmente la Jurisdicción Constitucional en materia de derechos fundamentales, instituyéndose a la Corte Constitucional como órgano de cierre de esta jurisdicción, al serle concedida la facultad de revisar las decisiones de tutela conforme al Art. 241 de la CP. Por lo anterior, corporaciones judiciales que en la Jurisdicción Ordinaria cumplen funciones de órganos de cierre, en materia de derechos fundamentales las cumplen como órganos de instancia. (Ver Tabla 1).

²⁶ La AT contra particulares procede en tres casos: (1) contra acciones u omisiones de particulares que cumplen funciones públicas o que están encargados de la prestación de un servicio público; (2) contra particulares cuyas acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo, y (3) contra particulares respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Art. 86 de la CP y Arts. 42 y 43 del Decreto-Ley 2591 de 1991).

Tabla 1. La Jurisdicción dualista en Colombia*.

	JURISDICCIÓN ORDINARIA			JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	
	CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	DISCIPLINARIA	ORDINARIA EN ESTRICTO SENTIDO	CONCRETA MEDIANTE ACCIÓN DE TUTELA	ABSTRACTA
ÓRGANO DE CIERRE	Consejo de Estado	Consejo Superior de la Judicatura	Corte Suprema de Justicia	Corte Constitucional	Concentrada en la Corte Constitucional
ÓRGANOS DE INSTANCIA	Tribunales administrativos	Consejos seccionales de la judicatura	Tribunales superiores	Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura	
	Juzgados administrativos		Juzgados	Consejos seccionales de la judicatura, tribunales administrativos y tribunales superiores	
				Juzgados administrativos y ordinarios	

*Tabla de elaboración propia.

2.2 Necesidad de un órgano de cierre en la jurisdicción dual impura: la AT contra providencias judiciales.

Se ha demostrado que la jurisdicción colombiana se caracteriza por ser dualista impura, al observarse que todos los jueces son competentes para conocer de la AT y al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre en esta materia mediante la revisión de decisiones de tutela. Además, mediante la TCS se asegura que las decisiones de los jueces ordinarios, y principalmente las de sus órganos de cierre, estén conformes al desarrollo de la práctica constitucional colombiana. En relación con esto, se mostrará cómo la crisis de la AT contra sentencias judiciales (en especial contra sentencias de los órganos de cierre), y particularmente los proyectos de reforma constitucional sobre

esta materia, desmontan este sistema y establecen una jurisdicción múltiple sin órganos de cierre en materia de interpretación constitucional²⁷.

2.2.1 Desarrollo de la AT contra providencias judiciales.

Siguiendo a Quinche Ramírez (2007), en el desarrollo de la AT contra providencias judiciales se han reconocido cuatro etapas: (i) etapa de asentamiento; (ii) teoría de los defectos; (iii) teoría del test, y (iv) causales genéricas de procedibilidad²⁸.

(i) En la etapa de asentamiento (1992-1994) se utilizó la doctrina de las actuaciones de hecho²⁹, entendiendo que la AT no procedía en contra de providencias judiciales sino en contra de actuaciones que, dados diversos factores de violación de derechos fundamentales, no podían ser consideradas como tales. Esta etapa se caracteriza por el hecho de que las decisiones sobre TCS fueron producidas de manera aislada y sin una doctrina unitaria sobre el tema.

(ii) En la etapa de formulación de la doctrina de los defectos para las vías de hecho (1994-1999), la Corte Constitucional caracterizó los momentos en que una actuación judicial no podía ser considerada como providencia judicial. La Corte configuró la teoría de los defectos como una manera de identificar los yerros de los funcionarios judiciales que hacían que sus decisiones judiciales se convirtieran en vías de hecho. De esta manera, fueron identificados cuatro yerros judiciales como constitutivos de las vías de hecho: *defecto sustantivo*, por la aplicación de una norma claramente inaplicable al caso concreto; *defecto fáctico*, cuando se toma la decisión sin el apoyo de hechos determinantes, o lo que es lo mismo, cuando el juez toma la decisión sin el apoyo probatorio que permita la aplicación de la norma en la que

²⁷ Sobre el particular, este trabajo se apoya en García Villegas y Uprimny (2006).

²⁸ V. Quinche Ramírez (2007), p. 44-86, y Botero (2006), p. 52-77.

²⁹ El argumento de las actuaciones de hecho fue ideado en la sentencia C-543 de 1992, que, paradójicamente, declaró inexecutable la norma del Decreto 2591 de 1991, la cual admitía la procedencia de la AT contra providencias judiciales. Dicho argumento consiste en que, si bien en ningún caso la AT procede en contra de providencias judiciales, no obsta para que proceda en contra de “actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales”. De esta forma, en palabras de la Corte, “no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial”, pero, dado que los funcionarios judiciales son autoridades públicas, “[e]n esa condición no están excluidos de la tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias”, y agrega que “no riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales”.

sustenta su decisión; *defecto orgánico*, cuando el funcionario que toma la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo, y *defecto procedimental*, cuando el funcionario actúa completamente por fuera del procedimiento establecido.

(iii) En la etapa del test para las vías de hecho (1999-2003) se quiso establecer criterios más claros para identificar los defectos constitutivos de las vías de hecho. Con estos criterios se pretendió examinar la consistencia constitucional de una providencia judicial. Para la Corte Constitucional, un test *estricto* corresponde al estudio de una situación identificable en cada uno de sus defectos. De otra parte, la Corte ha establecido que ante un fallo inhibitorio debe realizarse un test *débil* y debe verificarse, simplemente, que tal decisión existe y que con la información recaudada en el proceso se puede proferir un fallo de fondo³⁰.

(iv) Por último, en la etapa de las causales genéricas de procedibilidad se inicia un importante giro en la doctrina de la Corte Constitucional en torno a la TCS, al modificarse la doctrina dominante desde la sentencia C-543 de 1992, la cual dictaminaba que la AT no procede contra providencias judiciales sino contra actuaciones de funcionarios judiciales que no pueden ser consideradas como tales sino como vías de hecho. En esta nueva etapa, en rigor, comienza a hablarse de tutela contra sentencias (TCS), y ya no únicamente contra aquellas situaciones arbitrarias o groseras contempladas por la doctrina de las vías de hecho. Esto no significa que dejaran de ser aplicables los criterios de los defectos enunciados antes, sino que el control constitucional a las providencias judiciales mediante la AT se hizo integral, pues además de los criterios para identificar los defectos de las decisiones judiciales que las convierten en vías de hecho, se estableció que son causales para la procedencia de la AT contra providencias judiciales: (1) decisión judicial sin motivación y (2) violación de la constitución. Mediante la primera, la Corte Constitucional ha querido asegurar que las providencias guarden solidez argumentativa. Así, en la sentencia T-171 de 2006, la Corte manifestó que esta causal se configura “cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos”. Esta causal busca ponerle fin a la ilegítima costumbre judicial de

³⁰ V. Quinche Ramírez (2007), y la sentencia T-1017-1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

controlar el despliegue de argumentación aparente que es fachada de un simple acto de poder (Quinche Ramírez, 2007). Por su parte, la violación de la constitución puede producirse por desconocimiento del sistema de precedentes judiciales, y como violación directa cuando un funcionario judicial deja de aplicar una disposición *iusfundamental* a un caso concreto, cuando desconoce un fallo de constitucionalidad abstracta al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución, cuando no aplica una norma que ha sido declarada constitucional, o cuando aplica una que ha sido declarada inconstitucional (Botero, 2006).

En definitiva, la TCS se ha convertido en un mecanismo para garantizar que las decisiones de la Jurisdicción Ordinaria se incorporen al desarrollo de la práctica constitucional colombiana. Además, siguiendo a Bernal Pulido (2005, p. 183), TCS constituye una “vía de comunicación” entre la Jurisdicción Ordinaria y la Constitucional, pues gracias a ella los jueces ordinarios, y principalmente sus órganos de cierre, pueden proponer cambios en la jurisprudencia constitucional, que luego son examinados por la Corte Constitucional, entidad que cuenta con el mecanismo para avalarlos o rechazarlos, con el fin de que la práctica constitucional se conserve o desarrolle según el caso.

2.2.2 Crisis de la AT contra decisiones judiciales.

La AT contra providencias judiciales, y particularmente contra las decisiones de la CSJ y el Consejo de Estado, está en el centro del debate jurídico-político del país. A partir del año 2003, cuando se estableció la doctrina de las causales genéricas de procedibilidad, las discusiones en torno a la procedencia de la AT contra providencias judiciales se han hecho más frecuentes y profundas. El denominado “choque de trenes” entre los órganos de cierre en torno a la AT contra providencias, ocasionado cuando las altas Cortes de la Jurisdicción Ordinaria, especialmente la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se niegan a cumplir con las decisiones que la Corte Constitucional emite al momento de revisar sus sentencias por medio de la AT, ha provocado una crisis en la estructura jurisdiccional colombiana.

A partir del año 2004, la CSJ se ha negado a darle trámite a las AT en contra de sus propias sentencias, ante lo cual la Corte Constitucional respondió con el Auto 004 de 2004, en donde establece que todas las personas a cuyas demandas de tutela les había sido negado el trámite, podrían presentarlas directamente ante cualquier juez,

incluyendo las demás altas cortes. El conflicto ha llegado a ser tan grave, que en 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió una petición de un ciudadano colombiano que demandó al Estado por denegación de justicia, siendo el caso que la CSJ se negó a cumplir la sentencia SU-1185 de 2001 de la Corte Constitucional, que le reconoció una pensión de jubilación al peticionario. Por último, en 2006 se propusieron diferentes proyectos de reforma constitucional para limitar la AT contra providencias judiciales y eliminar la posibilidad de revisión de tutelas de las altas cortes y su procedencia contra sentencias de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria (proyectos 13 de 2006, 133 de 2006 y 150 de 2006)³¹.

El Consejo de Estado, coadyuvado por la CSJ, propuso una reforma constitucional del Art. 86 (proyecto de acto legislativo 13 de 2006), cuyos puntos principales en materia de TCS son:

- a) Sólo procede contra aquellas providencias que pongan fin al proceso.
- b) Conocerá de ellas exclusivamente el superior de quien emitió la decisión.
- c) Deben interponerse por medio de abogado.
- d) Se establece un término de caducidad de un mes después de su ejecutoria.
- e) Cuando se impugne una decisión de tutela emitida por la CSJ, el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ella se tramitará como lo dispongan sus reglamentos y *en ningún caso habrá revisión ante la Corte Constitucional*.

f) No procede la AT si el interesado no hizo uso de los recursos y oportunidades dentro del proceso.

g) *Se elimina la AT contra las decisiones adoptadas por la CSJ, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.*

Por lo que corresponde a este trabajo, son de especial interés los puntos e y g. Como se observa claramente, en ellos se desmonta el sistema de jurisdicción dual al eliminarse la revisión por parte de la Corte Constitucional de los fallos de tutela emitidos por las altas corporaciones judiciales, y al quedar las decisiones de dichas corporaciones sin posibilidad de control constitucional. La tesis en contra de la AT contra providencias judiciales se centra en cuatro puntos: (1) las decisiones judiciales

³¹ Sobre la crisis de la TCS, v. Botero (2007), Henao (2006) y García Villegas y Uprimny (2006).

no pueden quedar indefinidamente sujetas a una posible AT, pues, en ese caso, no habría cosa juzgada ni seguridad jurídica; (2) el juez de tutela, que no es experto en una determinada materia, no puede revocar una sentencia del juez natural; (3) la CSJ y el Consejo de Estado son los órganos de cierre de sus jurisdicciones y sus decisiones deben ser inimpugnables, por lo que es inadecuado que sus decisiones puedan ser discutidas mediante AT ante otros jueces, rompiendo así la coherencia de la estructura judicial; (4) los eventuales errores judiciales no justifican tampoco la AT contra providencias judiciales a causa de que, en primer lugar, los procesos ordinarios son el escenario para la garantía de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, nada asegura la infalibilidad de los jueces de tutela.

En todo caso, y de acuerdo con lo dicho en el primer capítulo de este trabajo respecto del valor de la coherencia del derecho, la AT contra sentencias de los órganos de cierre de las jurisdicciones es necesaria para asegurar una interpretación coherente de la constitución. De esta manera se ratifica a la Corte Constitucional como órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional en materia de derechos fundamentales. En efecto, se ha reconocido que en todo sistema jurídico con Jurisdicción Constitucional, la Corte Constitucional debe ser la cúspide de la jurisdicción, dejando en claro que la CSJ y el Consejo de Estado (según sea el caso) siguen siendo los órganos máximos en asuntos de mera legalidad, siempre y cuando no se trate de asuntos de naturaleza constitucional, en cuyo caso los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria dejan de ser órganos superiores. Entonces, si se reforma la Constitución según el proyecto de acto legislativo 13 de 2006, no existirá un órgano de cierre que defina las discusiones en torno a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales y, por el contrario, se tendrá una cabeza cuádruple en ese sentido (ver Tabla 2), lo cual, evidentemente, afectará el desarrollo coherente de la práctica constitucional y, por ende, los derechos de las personas.

Tabla 2. Jurisdicción Constitucional según el proyecto legislativo 13 de 2006*.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL					
CONCRETA MEDIANTE ACCIÓN DE TUTELA					ABSTRACTA
ÓRGANO DE CIERRE	Corte Constitucional	Corte Suprema de Justicia	Consejo de Estado	Consejo Superior de la Judicatura	Concentrada en la Corte Constitucional
ÓRGANOS DE INSTANCIA	Consejos seccionales de la judicatura, tribunales administrativos y tribunales superiores				
	Juzgados administrativos y ordinarios				

*Tabla de elaboración propia

3. EL RESPETO POR LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL DERECHO COLOMBIANO

La tesis defendida en este trabajo sostiene que para asegurar institucionalmente la coherencia de la práctica jurídica en general y de la constitucional en particular, dentro de un contexto de desarrollo coherente del derecho y de respeto por el *Rule of Law*, son especialmente relevantes dos mecanismos: (1) un órgano de cierre que tenga la última palabra en las inevitables discusiones jurídicas que se presentan en el desarrollo del derecho, y (2) el respeto por las decisiones judiciales del pasado. Hasta ahora se ha explicado cómo la revisión de las TCS por parte de la Corte Constitucional es necesaria para garantizar un órgano de cierre en la Jurisdicción Constitucional colombiana. Este capítulo tratará del segundo mecanismo: el respeto por las decisiones judiciales del pasado en la práctica jurídica colombiana, o lo que es lo mismo, la fuerza vinculante de la jurisprudencia³². Se describirá el desarrollo de esta fuerza vinculante a partir de la CP de 1991, a modo de preámbulo para el último capítulo, donde se realizará un breve estudio de la relación entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en el cual se esclarezca la función de la TCS como mecanismo de disciplina jurisprudencial.

³² Doctrinalmente se ha diferenciado entre jurisprudencia y sistema de precedente en materia de decisiones judiciales como fuente de derecho. De esta manera, por jurisprudencia se entiende el conjunto de sentencias de un ordenamiento jurídico y su valor como fuente de derecho en los sistemas jurídicos de tradición continental. Por su parte, el sistema de precedentes proviene de la doctrina del *stare decisis* en los sistemas jurídicos del *common law* (v. Aguiló, 2000). De otro lado, se ha establecido que existe una diferencia conceptual entre precedente y doctrina judicial vinculante, según la cual el primero corresponde a una decisión de los órganos de cierre que han de regir controversias similares, mientras la segunda se aplica al ordenamiento del conjunto de decisiones judiciales establecido con el fin de tener una visión global acerca de las diferentes variables del problema jurídico y del derecho que ha de regir en cada caso (Magaloni Kerpel, 2001, p. 61-63). Con todo, en este trabajo se utilizan las expresiones *jurisprudencia* y *sistema de precedentes* indistintamente.

3.1 Desarrollo de la jurisprudencia como fuente de derecho en la práctica constitucional colombiana.

Uno de los principales inconvenientes que ha debido enfrentar la práctica constitucional colombiana en el afianzamiento del sistema de precedentes es la inexistencia de un fundamento normativo expreso que reconozca la fuerza vinculante de la jurisprudencia. En sentido contrario, parece existir una negación de dicha fuerza en el Art. 230 de la CP, el cual establece que la jurisprudencia es “criterio auxiliar de la administración de justicia”. No obstante, la Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina tendente a establecer que dicha cláusula no implica la negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, y por el contrario, que una correcta interpretación de la Constitución de 1991 implica el reconocimiento de la misma. No se pretende ahora explicar las razones en las que la Corte sustenta la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Baste aquí con decir que tales razones son similares a las ya expuestas en el primer capítulo de este trabajo³³.

En esta sección se describirán los rasgos generales del desarrollo de la jurisprudencia como fuente del derecho a partir de la CP de 1991. Desde luego, infinidad de temas quedarán abiertos, pues, se reitera, la intención de este capítulo no es agotar el tema del sistema de precedentes en Colombia, sino hacer una presentación general de éste. Para ello, se estudiará el desarrollo que ha exhibido este asunto de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁴.

3.1.1 Sistema de precedentes en las jurisdicciones.

En un estudio del valor jurídico del precedente en la Jurisdicción Constitucional debe diferenciarse según se hable (a) de sentencias de constitucionalidad abstracta, o (b) de constitucionalidad concreta referida a la AT de derechos fundamentales.

(a) Sentencias de constitucionalidad abstracta³⁵: La fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad abstracta se fundamenta en el Art. 243 de la CP, en donde a éstas se les concede efectos *erga omnes*. Dados estos efectos, es obligatorio para todos los operadores jurídicos seguir la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

³³ V. nota 21, p. 13.

³⁴ Para un estudio amplio sobre el tema, v. López (2006) y Bernal Pulido (2005).

³⁵ Sobre la nomenclatura que usa la Corte Constitucional para identificar sus sentencias, v. nota 25, p. 17.

El problema ha consistido en determinar qué parte de la sentencia tiene dicha condición. Para definir este asunto, la Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina de la diferenciación entre cosa juzgada explícita e implícita, con el fin de establecer los apartes de las sentencias de constitucionalidad abstracta con efectos vinculantes *erga omnes*. La cosa juzgada explícita se refiere a la decisión comprendida en la parte resolutive de la respectiva decisión de la Corte, o sea en la decisión precisa de declarar constitucional o inconstitucional la respectiva norma en estudio. Por su parte, la cosa juzgada implícita se refiere a aquellos apartes de las consideraciones de la Corte que constituyen la razón de la decisión y que guardan unidad de sentido con la parte resolutive de la sentencia³⁶. En conclusión, constituyen precedente constitucional la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad abstracta (cosa juzgada explícita) y las razones que guardan relación de sentido con ella (cosa juzgada implícita).

(b) Sentencias de constitucionalidad concreta: El desarrollo del sistema de precedentes en torno a las sentencias de tutela ha sido todavía más problemático, dadas las características de la AT como mecanismo de justicia constitucional concreta con efectos, en principio, inter-partes. En efecto, como sucede con el problema planteado en el contexto del *common law*, el problema consiste en determinar cómo las decisiones particulares de los jueces, relativas a partes y casos particulares, pueden ser empleadas en la construcción de reglas aplicables de manera general (Iturralde Sesma, 1995). El problema fue tratado en la sentencia C-037 de 1996, en la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de justicia), específicamente el numeral 2 del Art. 48, en donde se dispone que “[l]as decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes”, y que su “motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”, con lo que parecía eliminarse la posibilidad de un sistema de precedentes en la Jurisdicción Constitucional en torno a la AT. No obstante, la Corte Constitucional, en la referida sentencia de constitucionalidad, condicionó la interpretación del Art. 48 de la ley enjuiciada, y estableció que las

³⁶ Se puede afirmar que la diferencia entre cosa juzgada implícita y explícita es la misma que existe entre *ratio decidendi* y parte resolutive; de esta manera, lo que aquí se ha denominado *contenido meramente indicativo* correspondería al *obiter dictum* (estos conceptos se precisarán más adelante). En otras palabras, la cosa juzgada implícita es la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad. V. sentencias C-037 de 1996, C-774 de 2001 y C-028 de 2006.

sentencias de la Corte Constitucional por medio de las cuales se revisan las sentencias de AT, “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”.

De este modo, el sistema de precedentes, referido específicamente a las decisiones de tutela emitidas por la Corte Constitucional, debe entenderse de manera tal que el efecto inter-partes de las sentencias de tutela se limite en exclusiva a la resolución concreta del caso, mientras que la razón constitucional en la que se fundamentó el resultado tiene fuerza gravitacional respecto de los demás casos que sean planteados y que sean fácticamente similares al ya decidido por la Corte³⁷. Así, el juez debe seguir el precedente constitucional, salvo en caso de que pueda justificar el tratamiento diferencial que pretende otorgar (López, 2006). De lo contrario, si no verifica el precedente constitucional con fuerza gravitacional y no manifiesta las razones del cambio, el juez viola la igualdad de trato prescrita por el Art. 13 de la CP.

Por otra parte, el valor de los precedentes en la Jurisdicción Ordinaria fue tratado por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001. En esta sentencia concluyó que la doctrina del precedente judicial referido a las sentencias de tutela es aplicable igualmente a la jurisprudencia de los órganos de cierre de esa jurisdicción, por las mismas razones y condiciones³⁸, es decir, por la misión encargada a estos órganos de unificar la Jurisprudencia Ordinaria y por la obligación que tienen los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato.

3.1.2 Sistema flexible de precedentes.

Por último, es preciso aclarar que en el sistema jurídico colombiano existe un sistema flexible de precedentes³⁹, en virtud del cual los jueces, si bien tienen el deber *prima facie* de respetar el precedente propio (horizontal) y el de los órganos de cierre (vertical), pueden también apartarse de esas decisiones judiciales. Esto puede verificarse sólo si los jueces (i) dan a conocer y explicitan los precedentes vigentes,

³⁷ Sobre el concepto de fuerza gravitacional, v. Dworkin (1989).

³⁸ V. nota 21, p. 13.

³⁹ “La flexibilidad del sistema del precedente es preservada por la relativa libertad con que los tribunales pueden y a menudo determinan el fin y los límites de los precedentes pasados y si los aplican a las nuevas circunstancias o las distinguen de los casos y circunstancias que se consideraron esenciales en casos anteriores” (Iturralde Sesma, 1995, p. 68).

evitando con ello los cambios ocultos de jurisprudencia, y (ii) argumentan con claridad por qué consideran que la nueva posición es superior a la anterior, evitando así el cambio de jurisprudencia discrecional (Lopez, 2006). De esta manera, se ha establecido que el Art. 230 de la CP⁴⁰, al referirse a la jurisprudencia como criterio auxiliar, afirma que los precedentes son razones que cumplen un rol concreto en el razonamiento práctico judicial, de manera que desplazan *prima facie* otro tipo de razones, incluso la de la autonomía judicial; pero que, en todo caso, como criterio auxiliar, el precedente judicial no es definitivo ni excluyente respecto de otras razones, y por eso los jueces están facultados para apartarse de él siempre que ofrezcan una justificación suficiente y adecuada para ello.

En desarrollo de lo anterior, se han considerado como argumentos legítimos para apartarse del precedente: (i) las distinciones de hecho, (ii) la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, y (iii) la modificación del precedente (Lopez, 2006; Bernal Pulido, 2005).

(i) Distinciones de hecho⁴¹: En principio, todo precedente debe ser respetado a menos que pueda ser distinguido, es decir, que se encuentren razones para realizar una distinción relevante entre las circunstancias del caso precedente y el que está por decidirse. En otras palabras, cada caso nuevo presentado ante la judicatura que sea similar a los anteriormente decididos debe ser gobernado por la misma regla de derecho que se aplicó en éstos; pero si los jueces logran argumentar que el caso nuevo, en sus características esenciales, no se enmarca en las circunstancias fácticas de los anteriormente decididos, se encuentran facultados para no aplicar el precedente. Los precedentes son obligatorios siempre que los casos en curso sean análogos a los previamente fallados; si no se da tal circunstancia, el juez debe aplicar otro precedente que sea análogo al nuevo caso, y si no existe éste, queda en libertad de interpretar directamente las fuentes de derecho (López, 2006). En definitiva, los jueces están facultados para identificar las circunstancias relevantes del caso que pueden

⁴⁰ Art. 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”.

⁴¹ Las distinciones de hecho pueden ser entendidas como una aplicación del *distinguish* anglosajón por parte de la Corte Constitucional colombiana. López (2006) denomina a esto *disanalogía*. Este último concepto puede equipararse a lo que Garay (1997, p. 59) entiende por *asimilaciones improcedentes*, o sea aquello que resulta de “no advertir que la situación de hecho que sirve de marco al precedente no es análoga, en sus circunstancias relevantes, a la del caso a resolver”.

distinguirlo del precedente, pues al actuar bajo este supuesto ya no se vulneraría la igualdad de trato⁴².

De esta manera, la Corte Constitucional, en la sentencia C-836 de 2001, estableció que las circunstancias relevantes del caso deben examinarse a la luz de la *ratio decidendi* del caso precedente, es decir, que la respuesta debe ser igual si la *ratio decidendi* del precedente puede aplicarse al caso en estudio, toda vez que éste pueda subsumirse en el supuesto de aquella *ratio decidendi*⁴³. Además, es obligación del juez demostrar claramente las razones que fundamentan la distinción y las razones en las que se basa para pensar que existe un vacío jurisprudencial. Como se observa, el argumento relativo a las distinciones es de índole *fáctica*. Por su parte, las distinciones *normativas* nos llevan directamente al segundo tipo de argumentos legítimos para apartarse del precedente: la identificación de la *ratio decidendi*.

(ii) Distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*: Los sistemas jurídicos que de alguna manera han establecido un sistema de precedentes se han enfrentado con el problema de determinar qué parte de todo el aparato argumentativo que conforma una decisión judicial es vinculante (MacCormick y Summers, 1997). Por este motivo, en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona se han diferenciado dos partes principales en el cuerpo argumentativo de las sentencias: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*⁴⁴. En estricto sentido, los jueces no están obligados a seguir las sentencias precedentes sino la *ratio decidendi* de las mismas, y por ello están facultados para identificar la regla o principio jurisprudencial vinculante (*ratio decidendi*).

⁴² La problemática de este tipo de argumentos radica en la dificultad de precisar cuáles son los hechos relevantes y cuáles no lo son. Además, la distinción de un precedente está esencialmente condicionada por la opinión que la Corte tenga respecto de si existen buenas razones para distinguirlo (Iturralde Sesma, 1995). Cueto Rúa (1997, p. 152) asegura que la identificación de los hechos relevantes “no obedece a principios lógico-formales, pero se funda en los sentidos immanentes de justicia que presenta cada caso sometido a consideración de un juez”. En el mismo sentido, Lucke (1989) remarca que los jueces tienen una gran discreción en la manera en que aplican el precedente, y que están dispuestos a distinguir incluso el precedente más similar si consideran que tiende a un resultado no deseado. Esto ha llevado a algunos autores a negar que los precedentes obliguen a los jueces de una manera significativa.

⁴³ Bernal Pulido (2005, p. 181) afirma que en estos casos, cuando “la subsunción no es posible o si la *ratio decidendi* del segundo caso es distinta, el juez debe apartarse de la *ratio* del primer caso y fundamentar una nueva para el segundo caso, o introducir una excepción a la *ratio decidendi* del primero”.

⁴⁴ La *ratio decidendi*, en el derecho norteamericano, es equivalente al *holding*, propio del derecho inglés. Por su parte, la expresión *obiter* es empleada por los juristas acompañada de las acotaciones *dicta* (plural) o *dictum* (singular) (Magaloni Kerpel, 2001). Es de observar, por lo demás, que la cosa juzgada implícita en las sentencias de constitucionalidad abstracta corresponde a la idea de *ratio decidendi*.

Por *ratio decidendi* se entiende aquel aparte del fallo que es necesario para la decisión y que guarda con éste unidad de sentido. Por su parte, las expresiones generales y teóricas se consideran *obiter*, y por ende, de contenido meramente indicativo o doctrinal. Con esta distinción como fundamento, los jueces están facultados para diferenciar, en los apartes de una sentencia, lo que es *obiter* y lo que es *ratio*, con objeto de no seguir, así, el supuesto precedente.

En todo caso, no hay manera evidente de trazar una línea divisoria entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*⁴⁵, y ciertamente el hecho de decir que *ratio decidendi* es la regla o principio necesario para la decisión no contribuye mucho a ello. El problema radica en determinar qué criterios⁴⁶ han de usarse para calificar como necesaria una decisión. Las definiciones clásicas de *ratio decidendi* giran en torno a visiones *formalistas* que buscan identificar en ella (1) razones explícitamente dadas por el juez como fundamento de la decisión, es decir, la justificación explícita a la cuestión de derecho, o (2) la regla de derecho explícitamente establecida como fundamento de la decisión. Por otra parte, las tesis *realistas* pretenden establecer que la *ratio decidendi* no refiere la regla o principio explícitamente proporcionado por los jueces para fundamentar sus decisiones, sino las razones o reglas implícitas que ellos utilizan y que explican esas mismas decisiones⁴⁷ (Iturralde Sesma, 1995; López, 2006; MacCormick y Summers, 1997).

Aun cuando el problema en torno a la identificación de la *ratio decidendi* es sumamente complejo como para ser resuelto en este trabajo⁴⁸, es importante precisar, de acuerdo con Stone (1985), que la identificación de la *ratio decidendi* no obedece a una cuestión de simple similitud material de los hechos pasados con los presentes,

⁴⁵ Lord Aquisth dijo: “si estás de acuerdo con el otro sujeto di que es parte de la *ratio*, si no di que es *obiter dictum*”. Citado en Iturralde Sesma (1995, p. 101).

⁴⁶ Sobre las diferentes técnicas a la hora de identificar *ratio decidendi* y diferenciarla de *obiter dicta*, v. Iturralde Sesma (1995), p. 83-89, y López (2006), p. 216-230.

⁴⁷ Como clásico ejemplo de las tesis formalistas suele citarse la del test de Wambaugh, la que sostiene que para identificar la *ratio decidendi* debe indagarse cuál fue la regla general usada por el juez sin la cual el caso hubiera sido decidido de otra manera, de donde se infiere que dicha regla constituye la premisa mayor de un silogismo cuya premisa menor es la situación de hecho del caso y cuya conclusión es la decisión. Por otra parte, a modo de ejemplo de las teorías realistas podemos citar la de Oliphant, quien asegura que el elemento predecible de los precedentes judiciales debe ser encontrado en aquello que los tribunales dictaminan en respuesta a los estímulos de los hechos de los casos concretos y no en racionalizaciones vagas y cambiantes (Iturralde Sesma, 1995).

⁴⁸ Tanto es así que este asunto ha sido calificado como uno de los más problemáticos del sistema de precedentes en el *common law*. Siguiendo a MacCormick (1987), de por sí es discutible la existencia de la *ratio* de una decisión, y si ésta ha de ser encontrada, obligatoriamente, en una decisión determinada, o si es solamente una proposición de derecho que los jueces posteriores encuentran oportuno adscribir para ayudar a justificar la decisión.

sino a una cuestión de analogía entre situaciones relevantes de los casos precedente y posterior que le exige al juez de este último verificar una elección entre la variedad de posibilidades presentadas por el precedente. No obstante, cuando un juez tiene una duda razonable sobre las posibles interpretaciones de la *ratio decidendi* dispone de una amplia discreción que ninguna doctrina del sistema de precedentes puede limitar (Iturralde Sesma, 1995).

En consonancia con la doctrina de la diferenciación o distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, la Corte Constitucional ha establecido que los jueces pueden apartarse de un precedente si argumentan suficientemente que el aparte de una decisión previa no es vinculante por ser *obiter dictum*⁴⁹. Sin embargo, consciente de las dificultades interpretativas y metodológicas a la hora de identificar la *ratio decidendi*, la Corte Constitucional ha intentado fijar algunos criterios para ello. Con tal objeto, ha establecido que al momento de verificar si una *ratio decidendi* ha sido identificada correctamente, debe considerarse (1) si la sola *ratio* constituye una regla específica que resuelve el problema jurídico planteado ante la jurisdicción; (2) si en cuanto regla debe implicar una autorización, una prohibición o una orden, o (3) si debe fijar el sentido de la norma constitucional o legal en la cual se basó el juez para resolver el problema jurídico⁵⁰. Estos criterios corresponden a los que han sido reconocidos como criterios formalistas de identificación de la *ratio decidendi*, según se señaló antes. Sin embargo, la Corte ha intentado explorar criterios de tintes *realistas*, y a consecuencia de ello ha reconocido que la identificación de la *ratio decidendi* es una tarea compleja cuya ejecución adecuada depende del aporte de los fallos posteriores como criterios autorizados para tal efecto⁵¹. Por último, la Corte, en otras oportunidades, ha reconocido que la interpretación de la *ratio* debe consistir en la identificación del argumento (explícito o reconstruido) que mejor vincule los hechos materiales del fallo con el sentido de éste⁵². De esta manera se acoge la tesis de Goodhart, quien entiende que la *ratio decidendi* no debe buscarse sólo en las razones explícitamente manifestadas por el juez, sino también determinando los hechos materiales del caso (los hechos fundamentales) y comparándolos con los del

⁴⁹ V. sentencia SU-047-1999, Magistrados Ponentes Carlos Gaviria y Alejandro Martínez.

⁵⁰ V. sentencias C-039-2003 y T-292-2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

⁵¹ V. sentencia T-292-2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

⁵² V. sentencias SU-047-1999 y C-836-2001.

precedente, para concluir, entonces, que es precedente obligatorio si estos hechos son *idénticos* a los del caso (Iturralde Sesma, 1995).

(iii) Modificación del precedente⁵³: Los dos tipos de argumentos hasta ahora vistos, esto es, las distinciones fácticas y la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, no son, en estricto sentido, argumentos que justifiquen no seguir un precedente, sino, más exactamente, argumentos que formulan su no aplicabilidad para el caso en estudio; es decir, están destinados a señalar distinciones en torno a asuntos fácticos o de derecho, con objeto de demostrar que determinado precedente no es aplicable al caso a decidir. En otras palabras, si el caso no es análogo al del supuesto precedente, o lo que pretende ser *ratio decidendi* no lo es, el juez, en vez de negarse a seguir el precedente, argumenta que el precedente no es aplicable. El último argumento a enunciar, por el contrario, es el único que, en estricto sentido, legitima a los jueces para apartarse del precedente. Es decir, se reconoce su existencia, se reconoce que es aplicable al caso nuevo, pero se decide no aplicarlo, con lo cual, asimismo, se decide modificarlo (*overruling*).

La Corte Constitucional, en la sentencia C-836 de 2001, establece que los jueces pueden separarse de la jurisprudencia de las altas Cortes siempre que (1) exista un *cambio en el material jurídico relevante* que motive el cambio de jurisprudencia; (2) medie un *cambio en la situación social, política o económica*, que tenga relación directa con la forma como se había formulado el principio jurídico, y que esté razonablemente justificado conforme a una correcta ponderación de los bienes jurídicos comprometidos en el respectivo caso⁵⁴, y (3) la *jurisprudencia sea contradictoria o imprecisa*, caso en el cual los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios⁵⁵.

⁵³ En el *common law* se conoce este asunto como *overruling*. Para el caso estadounidense, v. Shapiro (2008).

⁵⁴ Respecto de esta técnica para apartarse del precedente es esclarecedora la obra de Ackerman (1991). El autor explica que en los Estados democráticos se presentan dos momentos: *higher lawmaking* y *normal lawmaking*. Según él, mientras en el segundo momento a los jueces les está vedado apartarse de las reglas precedentes, en el primero pueden interpretar lo excepcional de ciertos momentos y modificar los precedentes, así éstos provengan de las altas Cortes.

⁵⁵ Esta doctrina es similar a la establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Patterson vs. Malean Credit Union* (491 U.S. 164 1998). En esa oportunidad, el juez Kennedy elaboró una lista de argumentos para no seguir un precedente, en la que justificó tal proceder, entre otras razones, cuando la intervención de *cambios en el derecho* hagan el precedente anacrónico u obsoleto; cuando se muestre que el precedente *afecta la coherencia o consistencia* del derecho, y cuando se muestre que el precedente es *inconsistente con el sentido contemporáneo de justicia o de bienestar social* (lista citada en Shapiro, 2008).

Las altas Cortes pueden cambiar de jurisprudencia, además, cuando consideren que existe una jurisprudencia errónea, aunque no medie un cambio legislativo, político, social o económico determinante, siempre y cuando se argumente explícitamente por qué se considera que el nuevo precedente es superior jurídica y moralmente. Por esta razón, las altas Cortes tienen mayor capacidad de maniobra en torno al manejo del precedente que los órganos de instancia, tanto así que pueden modificar su jurisprudencia aun cuando no haya un cambio legislativo, social, político o económico, bajo la condición de que se justifique suficiente y adecuadamente dicho cambio.

En definitiva, el cambio de jurisprudencia debe cumplir con dos requisitos. Por una parte, debe ser realizado por los órganos de cierre, salvo en las ocasiones en que dicha posibilidad es concedida a los jueces de instancia, en los casos en que se producen cambios legislativos, sociales, políticos o económicos relevantes. Por otra, debe satisfacer dos condiciones prudenciales en aras de conciliar la seguridad jurídica y la evolución constante del derecho: (1) que el cambio únicamente lo realice la corporación judicial que formuló el precedente, y (2) que no baste con que la respectiva corporación considere que la nueva interpretación es mejor, sino que se aporten razones de peso en ese sentido, de manera tal que éstas primen sobre los criterios que sirvieron de sustento a la decisión anterior, y primen asimismo sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el respeto por el precedente⁵⁶.

⁵⁶ Sentencia C-400 de 1998.

4. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE DISCIPLINA JURISPRUDENCIAL: RELACIÓN ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

En el capítulo anterior se explicaron las características generales del sistema de precedentes en la jurisprudencia colombiana. Ahora se mostrará cómo la TCS es el mecanismo institucional disponible en el ordenamiento jurídico colombiano para garantizar el respeto por las decisiones judiciales del pasado. Siendo el vacío de mecanismos tutelares⁵⁷ uno de los más serios problemas planteados al desarrollo del sistema de precedentes en Colombia, la TCS se ha instituido como el mecanismo que permite el control del respeto por los precedentes constitucionales por parte de los jueces ordinarios⁵⁸, tanto así que a partir de 2001 la Corte Constitucional acepta la procedencia de la TCS por desconocimiento tanto del precedente constitucional como del ordinario⁵⁹.

Para examinar la instrumentalidad de la TCS como mecanismo de disciplina jurisprudencial, en la etapa investigativa de este trabajo se estudiaron las sentencias de la Corte Constitucional por medio de las cuales ésta revisó las AT contra sentencias de casación de la Sala Laboral de la CSJ. Se eligieron, específicamente, dichas providencias, a raíz de la enconada disputa que se ha generado, en materia de TCS, entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ⁶⁰. A este

⁵⁷ V. sentencia C-252-2002, en donde la Corte Constitucional reconoce la ausencia de mecanismos para garantizar el respeto por el sistema de precedentes.

⁵⁸ V. López (2006) y Bernal Pulido (2005). Para el primer autor, la revisión de las TCS es el principal mecanismo de disciplina jurisprudencial con que cuenta la Corte Constitucional. Por su parte, el segundo autor considera que son tres los mecanismos con que cuenta la Corte para garantizar el sistema de precedentes: la reiteración de jurisprudencia, la anulación de sus propias sentencias y la TCS. Sin embargo, en este trabajo se sostiene que la TCS es el mecanismo idóneo disponible en el ordenamiento jurídico colombiano para garantizar algún grado de disciplina jurisprudencial, dado que es el único entre ellos que tiene la característica de vincular coactivamente a la Jurisdicción Ordinaria.

⁵⁹ V. sentencias T-068-2001, SU-1184-2001 y T-1031-2001.

⁶⁰ Los casos tratados en las sentencias SU-1185 de 2001 y SU-120 de 2003 son paradigmáticos de esta lucha. A consecuencia del primero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió una petición del accionante en dicho proceso de tutela, quien demandó al Estado colombiano por denegación de justicia al darse el caso de que la CSJ se negó reiteradamente a cumplir la sentencia SU-

respecto, se observó que de las treinta y ocho sentencias en las cuales la Corte Constitucional revisó sentencias de casación laboral de la CSJ, desde el inicio de funciones de la Corte Constitucional hasta la sentencia T-635 del 16 de junio de 2005 (última sentencia previa al proyecto de reforma constitucional 13/06, propuesto por la propia CSJ), veintisiete de tales decisiones tuvieron por objeto la discusión en torno a las obligaciones de los órganos de cierre y, principalmente, al respeto por el sistema de precedentes⁶¹. Las decisiones estudiadas fueron reunidas en cuatro grupos, denominados de la siguiente manera: (1) la CSJ como órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria; (2) la TCS como mecanismo para asegurar el sistema de precedentes constitucionales; (3) organización interna de las corporaciones judiciales como argumento ilegítimo para no seguir un precedente, y (4) cambio en el material jurídico relevante como argumento legítimo para no seguir un precedente.

4.1 La CSJ como órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria.

Mediante la sentencia SU-120 de 2003, la Corte Constitucional acumuló diferentes AT contra sentencias de casación laboral que negaban a los demandantes la indexación de la primera mesada pensional. El problema jurídico que se debatió en la Jurisdicción Ordinaria laboral consistió en determinar si cuando el trabajador no había

1185 de 2001, que había tutelado su derecho y le había reconocido una pensión de jubilación. Por su parte, a consecuencia del segundo caso, tratado en la sentencia SU-120 de 2003, la CSJ resolvió rechazar las AT contra sentencias de la Sala de Casación Laboral y, por lo tanto, archivar los respectivos expedientes. Ante esta situación, la Corte Constitucional, mediante el auto 004 del 3 febrero de 2004, decidió que los accionantes a quienes fuese rechazada la AT y cuyo expediente no fuese remitido a la Corte Constitucional, tendrían el derecho de acudir ante cualquier juez para reclamar mediante AT la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de la CSJ al negarse al trámite de las AT contra sus propios fallos.

⁶¹ La conflictiva relación entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ es motivo de preocupación, al entenderse que una buena relación entre ambas entidades es de vital importancia para el desarrollo del Estado colombiano como un Estado social de derecho. Más aún teniendo en cuenta que en los últimos tiempos el desarrollo del derecho laboral se ha visto enmarcado en la tensión entre el fortalecimiento de los derechos y garantías constitucionales de los trabajadores y la pérdida de éstos a raíz de la llamada flexibilización laboral. De esta manera, las reformas laborales (Ley 50 de 1990 y Ley 789 de 2002) tienden a favorecer las posibilidades de despido, de que los empleadores recurran a empresas temporales, de eliminar las acciones de reintegro de trabajadores, de acabar con el sistema de horas extras y de disminuir las garantías de seguridad social, especialmente los derechos pensionales, situación ante la cual algunos autores han concluido que el núcleo protector del derecho laboral ha desaparecido. Por otra parte, desde la constitución de 1991, y principalmente mediante la labor de la Jurisdicción Constitucional, se ha tendido a constitucionalizar los principios protectores del derecho laboral, tales como la asociación sindical, las negociaciones colectivas, la primacía de la realidad sobre las formas en el contrato de trabajo, el salario móvil, el principio de favorabilidad y la protección a la estabilidad (Uprimny, 2001, p. 306).

cumplido la edad para ser pensionado la liquidación de la primera mesada pensional debía hacerse con el valor que ésta representaba al momento del retiro, o con el valor actualizado o indexado al momento de cumplir con el requisito de la edad⁶². La jurisprudencia proferida hasta el año 1999 por parte de la Sala de Casación Laboral de la CSJ admitió la indexación de la primera mesada pensional. El fundamento sobre el cual se reconoció esta indexación consistió en entender que ella es procedente para mitigar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y dar solución a un desequilibrio económico en aquello que se recibe como contraprestación directa o indirecta de la prestación de un servicio. Asimismo, la Sala de Casación Laboral entendía que, dado el mencionado desequilibrio económico y el vacío legislativo existente en Colombia respecto del fenómeno de la indexación, ésta debía ser reconocida no en forma de sanción sino como la consecuencia del reconocimiento de una injusticia y en virtud del principio de equidad en las relaciones laborales⁶³.

Sin embargo, a partir de 1999 diferentes sentencias de casación decidieron abandonar la línea de jurisprudencia que concedía la indexación de la primera mesada pensional, argumentando, en general, que el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional provenía de una indebida interpretación de las leyes laborales y civiles⁶⁴. De esta manera, a partir de 1999 la Sala de Casación Laboral de la CSJ no concede la indexación de la primera mesada pensional con fundamento en la motivación expuesta en la sentencia 11.818 del 18 de agosto de 1999 y, principalmente, en el argumento de que la indexación de la primera mesada pensional no procede respecto de derechos eventuales sino únicamente de obligaciones causadas pero no pagadas. Sin embargo, en otros casos similares la Sala de Casación Laboral ha procedido a reconocer la indexación fundamentándose en la doctrina dominante

⁶² En el derecho laboral colombiano la pensión de jubilación se adquiere cuando se cumplen ciertas condiciones respecto del tiempo de trabajo y la edad. Ahora bien, si un trabajador se retira del servicio sin haber cumplido la edad requerida para acceder al derecho pensional, tiene derecho a adquirirla al momento de cumplir esa edad. El problema interpretativo radicó en el hecho de que no existe norma que establezca la base sobre la cual liquidar la pensión de jubilación de quien no ha cumplido la edad requerida, y por tanto ninguna norma ordena indexar el salario base de liquidación, aunque, por otra parte, tampoco existe norma alguna que excluya tal posibilidad.

⁶³ V. las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la CSJ del 15 de septiembre de 1992, radicación 5221; del 13 de noviembre de 1991, radicación 4486, y del 5 de agosto de 1996, expediente 8616.

⁶⁴ La sentencia 11.818 del 18 de agosto de 1999, con ponencia del Magistrado Carlos Isaac Náder, fundamentó el cambio en el precedente argumentando que “*no es posible, jurídicamente hablando, indexar la primera mesada pensional cuando el derecho se reconoce en la oportunidad indicada en la ley y el empleador, obligado a su pago por no haberla sustituido en ninguna entidad encargada del riesgo, no ha retardado su cancelación*”.

hasta 1999. Ante este hecho, diferentes ciudadanos, a quienes no se reconoció la indexación, acudieron ante la Jurisdicción Constitucional por medio de la AT contra sentencias de la Sala de Casación Laboral.

La Corte Constitucional decidió acumular tres procesos de tutela y decidir el asunto mediante la sentencia SU-120 de 2003, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis. En esta decisión, la Corte le exigió a la Sala Laboral de la CSJ el cumplimiento de su labor como órgano de cierre.

Es preciso recordar que la necesidad de un órgano de cierre para garantizar el desarrollo coherente de la práctica jurídica se justifica en la medida en que aquél dé respuesta a las discusiones que se presentan dentro de su jurisdicción. Así, se ha entendido que a la CSJ, en calidad de máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, le corresponde actuar como tribunal de casación cuyo fin primordial es conseguir “la mayor coherencia posible del sistema legal, al lograr el respeto del derecho objetivo y una mayor uniformidad en la interpretación de la ley por los funcionarios judiciales” (Julio, 2003, p. 199). En este orden de ideas, para la Corte Constitucional no tiene cabida que el órgano de cierre dé respuestas variadas y disímiles a circunstancias fácticas similares. En efecto, la labor de órgano de cierre de la CSJ se justifica con base en la garantía del desarrollo coherente del derecho, del respeto por el principio de la igualdad de trato por parte de las autoridades, de que éstas actúan de buena fe y no asaltan a los ciudadanos con “decisiones intempestivas”, todo esto “como un presupuesto indispensable en el ejercicio de la libertad individual, por cuanto la certeza de poder alcanzar una meta permite a los hombres elaborar un proyecto de vida realizable y trabajar por conseguirlo” (Sentencia SU-120-2003, 2003). Así las cosas, el hecho de que en situaciones similares se concediera a unos lo que es negado a otros constituye un trato desigual injustificado con el cual la Sala de Casación Laboral, en calidad de órgano de cierre, incumple con su deber de unificar la jurisprudencia. En conclusión, la Sala Laboral de la CSJ incumple con sus obligaciones como órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria al dar respuestas jurídicas diferentes a situaciones similares, además de que, por supuesto, vulnera el derecho a la igualdad de trato.

4.2 La TCS como mecanismo para asegurar el sistema de precedentes constitucionales.

En la sentencia SU-120 de 2003, la Corte Constitucional observó que a pesar de no haber ocurrido un cambio en el material jurídico relevante ni un cambio en la situación social y política que tuviese injerencia directa en la forma como se había conformado el precedente, en ese caso el de la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, la Sala de Casación Laboral modificó su línea de jurisprudencia sin una debida argumentación que justificara la superioridad jurídica y moral de la nueva posición con respecto a la anterior. De esta manera, a juicio la Corte Constitucional, la Sala de Casación Laboral no expuso un razonamiento justificado para realizar el cambio de jurisprudencia, dado que los principios que le permitieron a esa entidad “resolver las pretensiones de los trabajadores utilizando para el efecto una sola doctrina probable, basada en la justicia, la equidad y los principios rectores del derecho laboral, continúan en el ordenamiento, y han tenido un amplio desarrollo constitucional, legislativo y jurisprudencial”. En otras palabras, la Sala de Casación Laboral de la CSJ no adujo argumentos de peso que primen sobre los criterios que sirvieron de sustento a la decisión anterior y primen sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el respeto por el precedente. Lo cierto es que la CSJ, al modificar su línea de decisión en torno a la indexación de la primera mesada pensional, no expuso las razones por las cuales consideraba que la nueva interpretación era mejor que la anterior⁶⁵, y por tanto no cumplió con los requisitos para modificar el precedente conforme se explicó en el capítulo anterior.

En consecuencia, en la sentencia SU-120-2003 la Corte Constitucional reconoce la procedencia de la AT contra sentencias de casación cuando éstas desconozcan el sistema de precedentes al no exponer una argumentación que justifique el cambio y haga suponer que la nueva decisión es superior a la anterior, de acuerdo con lo visto en el apartado anterior. En este contexto, la AT contra providencias judiciales, como mecanismo para asegurar el sistema de precedentes, se convierte en un instrumento

⁶⁵ Retomando el ejemplo de la catedral aducido por Nino y expuesto en el primer capítulo de este trabajo, puede afirmarse que la CSJ, con su decisión, ha llegado a demoler la construcción sin razón alguna, o cuando menos sin razón expresa.

destinado a asegurar la interpretación coherente de los principios y derechos constitucionales⁶⁶.

En las decisiones de la línea de jurisprudencia correspondiente al tema de la indexación de la primera mesada pensional, siguientes a la sentencia SU-120 de 2003, la Corte Constitucional utilizó la revisión de las AT contra sentencias de la Sala de Casación Laboral como mecanismo para asegurar el respeto por su propio precedente. Mediante las sentencias T-805-2004, T-815-2004, T-098-2005, T-296-2005, T-469-2005 y T-635-2005, la Corte Constitucional revisó igual número de casos en los que la Sala Laboral de la CSJ se negó a reconocer la indexación de la primera mesada pensional a los accionantes a pesar de la sentencia SU-120 de 2003. En la sentencia T-815 de 2004, la Corte Constitucional reconoce la exigibilidad de la indexación mediante TCS cuando la jurisdicción ordinaria la ha negado, siempre que logre determinarse (1) que el actor empleó los medios de defensa ordinarios; (2) que se ha desconocido el precedente de la SU-120-2003 y el precedente de unificación ordinario constitucionalizado, y (3) que no existen otros medios de defensa. Así, se observa claramente cómo la Corte Constitucional, mediante la línea de jurisprudencia en torno a la indexación de la primera mesada pensional, utiliza la TCS como mecanismo de disciplina jurisprudencial al querer asegurarse de que la mencionada Sala respete el precedente creado por ella en la sentencia SU-120 de 2003.

En definitiva, mientras en la sentencia SU-120 de 2003 la Corte Constitucional exigió el respeto por el sistema de precedentes de la Jurisdicción Ordinaria, mediante la línea de jurisprudencia de la indexación de la primera mesada pensional, así mismo reclamó el respeto por el sistema de precedentes de la Jurisdicción Constitucional, conforme al precedente constitucional de la misma sentencia. En este orden de ideas, se observa cómo la TCS funcionó como mecanismo para asegurar la coherencia en el desarrollo de la práctica constitucional colombiana en las dos variables expuestas en el primer capítulo de este trabajo: la unificación de la jurisprudencia por medio de los órganos de cierre y la garantía del sistema de precedentes. De esta manera, en la SU-120 de 2003 se le exigió a la Sala Laboral de la CSJ el cumplimiento de su función como órgano de cierre, con base en el argumento de que no es posible que dé

⁶⁶ La Corte Constitucional establece que cuando se desconozca a las personas su derecho a exigir total respeto hacia sus garantías constitucionales por parte del juez ordinario, así este sea el órgano de cierre, se “podrá invocar la protección del juez constitucional”.

respuestas diferentes a problemas jurídicos similares. De igual modo, en la misma sentencia se le exigió a la CSJ que, en caso de querer modificar un precedente, lo hiciera con argumentación constitucionalmente válida. Por último, en las sentencias siguientes a la SU-120 de 2003, la Corte Constitucional aseguró el precedente sentado en dicha sentencia.

4.3 Organización interna de las corporaciones judiciales como argumento ilegítimo para no seguir un precedente.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-321 de 1998, revisó treinta y cinco sentencias de casación laboral que negaron el reintegro al mismo número de trabajadores de una empresa colombiana. El problema jurídico ante el cual se enfrentó entonces la Jurisdicción Ordinaria consistió en establecer si los trabajadores de dicha empresa tenían derecho al reintegro en virtud del Art. 129 de la convención colectiva vigente⁶⁷. La Sala de Casación Laboral de la CSJ, al resolver mediante sentencias de casación dichos casos, dispuso igualmente diversas soluciones. En unas oportunidades aceptó el reintegro al no casar las sentencias que lo concedían, y en otras negó tal derecho al no casar unas sentencias que lo negaban, aceptando en cada caso la argumentación expuesta en las sentencias del tribunal de segunda instancia⁶⁸.

Mediante la sentencia T-321 de 1998, la Corte Constitucional decidió no tutelar y, en consecuencia, confirmar las diferentes decisiones proferidas por la Sala de Casación Laboral, a pesar de ser contradictorias. En esa ocasión, la Corte estableció

⁶⁷ La norma convencional establecía que cuando el despido sin justa causa ocurriese después de cinco años continuos de servicio, el trabajador tendría derecho a ser reintegrado si el Comité de Relaciones Laborales así decidiese solicitarlo a la empresa, previo reclamo escrito del trabajador presentado al Comité dentro de los quince días siguientes al recibo de la nota de despido. Dicha norma disponía, además, que “sólo podrá reclamar ante el Comité de Relaciones Laborales el trabajador que no haya retirado el valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa. Cuando el Comité de Relaciones Laborales no decida dentro del término previsto, el trabajador tendrá derecho a demandar el reintegro ante el juez de trabajo”.

⁶⁸ En la sentencia T-321-1998 se observa que una de las Salas del Tribunal de segunda instancia concedió el reintegro al considerarlo justo, pues el hecho de que “el Comité de Relaciones Laborales no hubiese decidido sobre el reintegro solicitado por los actores, les daba derecho al reintegro. Igualmente, el que los trabajadores hubiesen recibido la indemnización después de solicitar al Comité su reintegro, no impedía que éste fuese ordenado”. Por el contrario, otras salas del Tribunal de segunda instancia negaron el reintegro, estableciendo que “no se configuraron los requisitos establecidos en el artículo 129 de la convención colectiva para ordenar el reintegro”, pues, por una parte, “no se demostró que el Comité de Relaciones Laborales hubiese solicitado el reintegro de los trabajadores”, y por otra, “los trabajadores reclamaron la indemnización que reconoció la empresa, hecho que hacía improcedente el reintegro”.

que la vinculatoriedad del precedente es aplicable únicamente cuando se trata de un mismo funcionario judicial, “pues no es posible exigirle a un juez autónomo e independiente, que falle en igual forma a como lo ha hecho su homólogo”. De esta manera, para la Corte, dado que las corporaciones judiciales como los tribunales y la CSJ tienen una estructura orgánica en función de la distribución de trabajo, cada sala o sección es un juez diferente autónomo a la hora de adoptar sus decisiones, y por lo tanto es legítimo que cada sala interprete las normas jurídicas de diferente manera, tal como ocurrió en los casos en mención. Asimismo, se dijo en aquella oportunidad que mediante TCS no se podía revisar la interpretación legal hecha por la Sala de Casación Laboral, aun cuando se resolvieran casos similares de diferente manera, pues las distintas interpretaciones eran razonables y, por lo tanto, no constituían vías de hecho.

Como se observa, esta decisión de la Corte Constitucional contradice las conclusiones a las que aquí se ha llegado acerca del valor del precedente en la Jurisdicción Ordinaria, y contradice también el rol de los órganos de cierre. En este punto, es preciso recordar que en la sentencia T-321 de 1998 se utilizó la doctrina de las vías de hecho dominante en esa época (tercera etapa), según la cual la TCS procedía sólo contra actuaciones arbitrarias o groseras de los jueces, que no podían considerarse como sentencias, situación que llegó a cambiar sólo a partir del año 2003, cuando la Corte Constitucional entendió que la AT contra providencias judiciales debía ir más allá del control a las sentencias arbitrarias o groseras, y desarrolló las causales genéricas de procedibilidad, una de las cuales es el desconocimiento del sistema de precedentes. También es necesario anotar que la doctrina de la Corte Constitucional según la cual el sistema de precedentes es aplicable a la Jurisdicción Ordinaria se consolidó con la sentencia C-836 de 2001, en donde se concluyó que dentro de dicha Jurisdicción existe la obligación del respeto relativo del precedente con fundamento en que (1) a las Salas de Casación se les encarga la misión de unificar la jurisprudencia; (2) es obligación de todos los jueces garantizar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato de las personas por parte de las autoridades públicas; (3) debe atenderse al principio de la buena fe, entendido como confianza legítima de las personas en la conducta de las autoridades, y (4) los jueces tienen el deber de confrontar la interpretación del derecho con la realidad social.

Mediante la sentencia SU-1185 de 2001, la Corte Constitucional modificó el precedente de la T-321 de 1998. A efectos de ello, la Corte seleccionó para su revisión una sentencia de casación laboral mediante la cual la Sala de Casación Laboral de la CSJ negó al demandante la pensión de jubilación convencional que había reclamado⁶⁹. Sin embargo, la Corte Constitucional observó que en un fallo anterior la CSJ había reconocido la pensión de jubilación en circunstancias similares⁷⁰. Manifestó entonces la Corte, en la sentencia SU-1185 de 2001, que la Sala de Casación Laboral no podía, sin incurrir en un trato discriminatorio, “modificar su propio criterio jurisprudencial, dictando un nuevo fallo en el que se le impone a otro trabajador, que se encuentra bajo la misma situación de hecho y de derecho del anterior, la carga de acreditar un requisito adicional -el de la edad- para acceder a la aludida prestación”. La Sala de Casación Laboral justificó el cambio de jurisprudencia con base en el hecho de que la sentencia del 5 de octubre de 1988, que concedió la pensión de jubilación en similares circunstancias, fue proferida por una de las secciones de la Sala Laboral de la CSJ. Es decir, el argumento de la CSJ para modificar el precedente sentado en la sentencia de 1988 sostenía que en esa oportunidad la estructura orgánica de la Sala de Casación Laboral era diferente y, en ese sentido, fue un juez diferente quien sentó dicho precedente, por lo cual la CSJ no estaba obligada a seguirlo; por lo tanto, se justificó tal proceder con base en lo que la propia Corte Constitucional formuló en la sentencia T-321 de 1998.

Sin embargo, en la sentencia SU-1185 de 2001, la Corte Constitucional decidió confirmar el precedente establecido en la C-836 de 2001, y con ello modificar el precedente de la T-321 de 1998. Para la Corte Constitucional, el argumento de la Sala

⁶⁹ El demandante solicitó ante la Jurisdicción Ordinaria laboral la pensión de jubilación convencional, en virtud de una cláusula de la convención colectiva de trabajo vigente, según la cual los empleados del Banco de la República “que después de 10 años de servicios continuos o discontinuos y que habiendo observado buena conducta sean retirados por causas ajenas a su voluntad, o que sean despedidos sin justa causa, tendrán derecho a una pensión mensual vitalicia”. Sin embargo, la entidad demandada, si bien reconoció al demandante la pensión, decidió concederla únicamente desde el momento en que éste cumpliera con el requisito de edad. De esta manera, el problema jurídico a resolver en la Jurisdicción Ordinaria consistió en determinar si pese a no incluirse expresamente el requisito de edad en la cláusula de la convención, éste debía, en todo caso, acreditarse. La Sala de Casación Laboral entendió que dicho requisito era necesario, por cuanto, al analizar las demás convenciones colectivas suscritas por el Banco de la República y sus trabajadores, se observa que allí se establece la edad legal para acceder a la pensión de jubilación, lo cual demuestra, para la Sala de Casación Laboral, que esa era la intención de las partes en la cláusula convencional que se discute. Por ello, la Sala concluyó que si no se estableció expresamente el requisito de edad, fue porque ambas partes acordaron su disfrute a partir del momento en que el trabajador cumpliera la edad establecida en la ley para casos semejantes.

⁷⁰ En esa oportunidad, la CSJ argumentó que no era necesario satisfacer el requisito de la edad para disfrutar de la pensión, lo cual, posteriormente, ella misma desmintió al decidir exigirlo.

Laboral de la CSJ y el de la sentencia T-321 de 1998, según el cual la organización interna de las corporaciones judiciales es un argumento válido para apartarse del precedente, es ilegítimo y no se enmarca en las circunstancias que la Corte Constitucional ha ido delineando como legítimas para apartarse de un precedente. En la sentencia SU-1185 de 2001, la Corte recurrió a la doctrina sentada desde la sentencia C-836 de 2001, en la cual, como ya se dijo, se expusieron las razones para establecer el sistema de precedentes en la Jurisdicción Ordinaria. Concretamente, la Corte dijo que “la forma de organización interna de las corporaciones judiciales no es un hecho que incida en la función pública de administrar justicia y, en consecuencia, que afecte o desvirtúe la juridicidad de sus propias decisiones”, razón por la cual “la circunstancia de que la sentencia de 1988 haya sido adoptada por una de las dos secciones que para esa época integraban la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no debilita el carácter vinculante de la decisión ni constituye fundamento válido para modificar su criterio jurisprudencial”.

Además, en lo que respecta a su misión como órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, el simple hecho del cambio de conformación de la Sala Laboral de la CSJ no puede servirle a ésta como argumento para modificar un precedente. La obligación que la CSJ tiene de asegurar la construcción coherente de la práctica jurídica debe ir más allá de las formalidades de su conformación. Si la justificación de la existencia de un órgano de cierre radica en el supuesto de que mediante éste se garantiza la coherencia de la práctica jurídica, ¿qué tiene que ver el hecho de que las decisiones se hayan tomado bajo determinada conformación orgánica? Semejante argumentación llevaría a suponer que cada vez que exista un cambio en la persona del juez debe iniciarse nuevamente la práctica jurídica y la construcción del derecho.

En conclusión, la Corte Constitucional no acepta como argumentos válidos para apartarse de un precedente razones relativas a la organización interna de las corporaciones judiciales. Concretamente, esta decisión se fundamenta en que, de justificarse tal proceder con base en dichos argumentos, (i) se crearía una dualidad incoherente al establecerse un sistema relativo de precedentes en la Jurisdicción Constitucional, mientras que en la Jurisdicción Ordinaria los precedentes no tendrían ninguna fuerza vinculante, y (ii) se desvirtuaría la obligación de la CSJ como órgano de cierre al establecer que ésta es una obligación personal, con lo cual cada vez que

medie un cambio en la persona del juez se iniciaría nuevamente la construcción de la práctica jurídica.

4.4 Cambio en el material jurídico relevante como argumento legítimo para no seguir un precedente.

Mediante las sentencias T-748 y T-1133 de 2005, la Corte Constitucional intervino en el tema del cambio del material jurídico relevante como criterio para modificar el precedente. El asunto que se planteó ante la Jurisdicción Ordinaria laboral fue el de determinar si los demandantes, como trabajadores oficiales, tenían derecho al reintegro, al terminarse sus contratos de trabajo con el despido colectivo sin autorización del Ministerio de la Protección Social. Se discutió si el Art. 67 de la Ley 50 de 1990 incluía dentro de sus beneficiarios a los trabajadores oficiales⁷¹ al establecer que cuando un empleador requiera hacer despidos colectivos⁷² debe solicitar la autorización del Ministerio de la Protección Social, pues de no ser así, los trabajadores tendrán derecho a acción de reintegro, es decir, derecho a ser reincorporados al puesto de trabajo y obtener los salarios y prestaciones sociales que se dejaron de percibir. En resumen, se discutió si el empleador debía solicitar la autorización del Ministerio de la Protección Social para realizar el despido colectivo, teniendo en cuenta que sus trabajadores son oficiales.

La Sala de Casación Laboral de la CSJ, en las sentencias de casación de fecha 23 de octubre de 2003 y 25 de febrero de 2003, decidió que los ex trabajadores demandantes no tenían derecho al reintegro, entendiendo que el Art. 67 de la Ley 50

⁷¹ El Art. 123 de la CP establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. En virtud de esta disposición, la Corte Constitucional, en la sentencia C-484 de 1995, clasificó, de manera enunciativa, a los servidores públicos como miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales. Los trabajadores de las sociedades de economía mixta, como la empresa demandada, La Previsora S.A, se consideran trabajadores oficiales.

⁷² De conformidad con el numeral 4 del Art. 67 de la Ley 50 de 1990, puede hablarse de despido colectivo cuando éste “afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos (500) e inferior a mil (1.000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1.000)”.

de 1990 no es aplicable a los trabajadores oficiales, toda vez que estos cargos no se pueden equiparar por completo a los cargos de los trabajadores particulares. Según dictaminó dicha Sala, no puede esperarse que los despidos colectivos por supresión de cargos, originados en políticas de modernización y racionalización de gastos en virtud de la Ley 489 de 1998 (ley que en su Art. 54 dispone que el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los organismos de orden nacional como la entidad demandada, artículo que fue reglamentado por el Decreto 092 de 2000, en el que se dispuso lo pertinente a la supresión de cargos), hayan de estar supeditados al trámite de la autorización del Ministerio de la Protección Social.

Mediante las sentencias T-748 y T-1133 de 2005, la Corte Constitucional revisó las sentencias de casación laboral acusadas de desconocer el sistema de precedentes de la propia CSJ, dado que, hasta antes de la fecha de los mencionados fallos, la doctrina dominante admitía que a los trabajadores oficiales se les aplicaba el Art. 67 de la Ley 50 de 1990, razón por la cual los despidos colectivos requerían autorización del Ministerio. En efecto, en oportunidades anteriores la Sala Laboral de la CSJ había decidido que los empleadores de trabajadores oficiales debían obtener esta autorización⁷³. De esta manera, los accionantes pretendieron que la Corte Constitucional revocara dichas decisiones por desconocer el precedente de la Sala de Casación Laboral que admitía la necesidad de autorización por parte del Ministerio para realizar el despido colectivo.

Sin embargo, la Corte Constitucional encontró una diferencia fundamental entre los casos de la indexación laboral y el que aquí se trata: un cambio legal trascendente. Es preciso recordar que en el sistema de precedentes desarrollado por la Corte Constitucional, los jueces y principalmente los órganos de cierre pueden separarse de la jurisprudencia de las altas Cortes cuando exista un cambio trascendente en la legislación. Para la Corte Constitucional, la Sala de Casación Laboral modificó legítimamente su jurisprudencia, dado que la expedición de la Ley 489 de 1998, que supuso modificar la estructura de entidades de orden nacional (como en el caso aquí

⁷³ En la sentencia de casación del 27 de septiembre 1997, la Sala de Casación Laboral afirmó: “La liquidación definitiva de la empresa, su clausura o suspensión total o parcial de actividades, es una institución jurídica que corresponde al derecho colectivo del trabajo. (...) Las relaciones colectivas del trabajo de los trabajadores oficiales se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y por las que lo adicionan o reforman y no por las que se expidieron para los trabajadores oficiales”; por tanto, *“la decisión que tomó la empleadora no podía adoptarse sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo (...) y como la demandada no obtuvo esa autorización, el despido del actor devino ilegal e injusto”* (cursivas fuera del texto original).

estudiado), es un tránsito legislativo que influye directamente en el precedente sentado antes de la sentencia del 30 de enero de 2003. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que el sistema de precedentes desarrollado por la Corte Constitucional es relativo, toda vez que para los jueces el deber de seguir el precedente es una obligación *prima facie*, en el caso de un precedente de tránsito legislativo relevante la CSJ puede modificar legítimamente su jurisprudencia, siempre que se argumente con claridad la razón en la que se fundamenta la nueva posición. Para la Corte Constitucional, la Sala de Casación Laboral cumplió con los requisitos exigidos para modificar su precedente, pues la interpretación según la cual los despidos colectivos de trabajadores oficiales precisaban de la autorización del Ministerio es anterior a la Ley 489 de 1998, no obstante lo cual, a partir de la sentencia de casación del 30 de enero de 2003, la Sala de Casación Laboral entendió que por medio de esta ley se autorizaba al Gobierno Nacional a realizar despidos colectivos de trabajadores oficiales sin necesidad de autorización. De esta manera, la Corte Constitucional, en las sentencias T-748 y T-1133 de 2005, concluye que “la interpretación que realiza la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en virtud a los nuevos presupuestos legales, acerca de los efectos de la Ley 489 de 1998, en lo que se refiere a la no necesidad de solicitar la autorización es razonable, y no puede ser tachada”.

Así las cosas, se observa que en estas sentencias la Corte Constitucional estableció que el cambio legislativo, como argumento para modificar la línea de jurisprudencia por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, es un argumento legítimo. Es más, la Corte Constitucional se limitó a examinar si la Sala de Casación Laboral fundamentó el cambio de la línea de jurisprudencia en el tránsito legislativo, y al observar que, en efecto, así sucedió, no entró a juzgar la nueva interpretación, a lo cual se opuso el Magistrado disidente Jaime Araujo Rentería en la sentencia T-748 de 2005⁷⁴. Para el Magistrado Rentería, dado que existen dos tesis interpretativas de la Sala de Casación, una del año 1997 según la cual se debe obtener permiso del Ministerio para proceder al despido colectivo de los trabajadores oficiales, y otra del año 2003 según la cual esta autorización no es necesaria por las razones ya explicadas, se “debe acoger únicamente tesis jurisprudenciales” que

⁷⁴ Salvamento de voto de Jaime Araujo Rentería, en la sentencia T-748-2005.

protejan “el derecho colectivo del trabajo”, por lo cual debe exigirse la “autorización previa por parte del Ministerio de Trabajo para poder realizar despidos colectivos de trabajadores oficiales”, pues esto constituye una respuesta jurídica “garantista y proteccionista de los derechos colectivos de los trabajadores”. Para el Magistrado disidente, la tutela debió concederse al entender que la interpretación hecha por la Sala de Casación Laboral era inconstitucional, y por este motivo no era justificable el cambio de precedente. Sin embargo, la decisión mayoritaria entendió que la interpretación del Art. 67 de la Ley 50 de 1990, y de las normas de orden legal en general, son competencia exclusiva de la Jurisdicción Ordinaria, y por ende la AT no es el mecanismo idóneo para discutir la interpretación de las leyes llevada a cabo por la CSJ; en otras palabras, la decisión mayoritaria consideró que el asunto no revestía relevancia constitucional. Así, se reitera, la Corte Constitucional, al mismo tiempo que se mostraba pasiva en cuanto a la constitucionalización del caso, reafirmó la obligación de la Sala Laboral de seguir las líneas de jurisprudencia por ella misma trazadas.

En consecuencia, la Corte Constitucional estableció un amplio margen de libertad para el cambio de jurisprudencia por parte de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, cuando este cambio se sustenta, a su vez, en un cambio legislativo. Esta conclusión se encuentra justificada dentro del marco teórico expuesto en este trabajo. En efecto, se ha dicho que la justificación de la AT contra sentencias de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria tiene su fundamento en el deseo de asegurar la coherencia en el desarrollo de la práctica constitucional colombiana. De esta manera, si el asunto se refiere a un problema ordinario (interpretación de una norma laboral), la Corte Constitucional debe evitar inmiscuirse en asuntos propios de la Jurisdicción Ordinaria.

4.5 Recapitulación.

Como hasta aquí se ha visto, la Corte Constitucional, mediante la revisión de las TCS, ha exigido el respeto por el sistema de precedentes y ha instado a la Jurisdicción Ordinaria a cumplir sus obligaciones como órgano de cierre. Este proceder halla su justificación en la tesis que defiende este trabajo, la cual sostiene que para asegurar institucionalmente la coherencia de la práctica jurídica en general y de la

constitucional en particular, dentro de un contexto de desarrollo coherente del derecho, se requiere de un órgano de cierre y del respeto por las decisiones judiciales del pasado.

La misión encargada a la CSJ como órgano de cierre, cuyo cumplimiento ha sido exigido por la Corte Constitucional, es la de definir las discusiones jurídicas dentro de su Jurisdicción de una manera consistente. De este modo, la Jurisdicción Constitucional debe exigir a las altas Cortes de la Jurisdicción Ordinaria el cumplimiento de su misión como órgano de cierre, pues, como se explicó, ésta se justifica en función del desarrollo coherente del derecho y del respeto por el principio de la igualdad de trato por parte de las autoridades, como presupuesto necesario para el ejercicio de la libertad individual. En definitiva, la TCS se convierte en un instrumento destinado a asegurar la interpretación coherente de los principios y derechos constitucionales.

Por último, se puede concluir que la TCS, especialmente en la relación entre la Jurisdicción Constitucional y la Ordinaria, se convierte en un idóneo mecanismo institucional por medio del cual la Corte Constitucional depura los criterios tendentes a clarificar los argumentos legítimos para distinguir un precedente o para modificarlo. En este sentido, son esclarecedoras las sentencias estudiadas en los dos puntos anteriores de este capítulo, en donde la Corte precisó, por una parte, que la organización interna de las corporaciones judiciales no es un argumento legítimo para no seguir un precedente, mientras que, por otra, en materia de tránsito o cambio legislativo como argumento para no seguir un precedente, la Jurisdicción Ordinaria tiene un amplio margen de maniobra para la modificación del precedente.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se argumentó que para asegurar institucionalmente la coherencia de la práctica jurídica en general y de la constitucional en particular son especialmente relevantes dos mecanismos: (1) un órgano de cierre que tenga la última palabra en las inevitables discusiones jurídicas que se presentan en el desarrollo del derecho, y (2) el respeto por las decisiones judiciales del pasado. En este contexto, se demostró que el desarrollo coherente del derecho en Colombia depende de cómo se resuelva el asunto de las AT contra sentencias de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria. Se explicó que ello es así porque la revisión de las TCS por parte de la Corte constitucional garantiza los dos mecanismos necesarios para el desarrollo coherente de la práctica constitucional: un órgano de cierre en la Jurisdicción Constitucional y el respeto por las decisiones judiciales del pasado. La necesidad del primer mecanismo se demostró al concluirse que, dadas las características de la Jurisdicción Colombiana como dualista impura, debe existir un mecanismo que asegure para la Corte Constitucional la última palabra en materia de interpretación constitucional, pues de lo contrario se presentaría una multiplicidad de últimas voces que, sin lugar a dudas, afectarían la coherencia del derecho. Por último, se demostró que la TCS ha funcionado (i) como instrumento para asegurar la operatividad de los órganos de cierre, tanto de la Jurisdicción Ordinaria como de la Constitucional; (ii) como mecanismo de disciplina jurisprudencial; (iii) como instrumento para unificar la jurisprudencia constitucional, y (iv) como instrumento para perfeccionar la doctrina en torno al manejo del sistema de precedentes.

Las conclusiones a las que ha llegado este trabajo no pretenden hacer creer que la estructura de la jurisdicción colombiana y de la AT contra sentencias de las altas Cortes no debe ser objeto de reformas y depuraciones. En todo caso, cualquier propuesta de reforma de la AT, y principalmente de la revisión por parte de la Corte Constitucional de las TCS, debe tener presente que este mecanismo se ha convertido en el instrumento idóneo para garantizar a la Corte como órgano de cierre en materia constitucional.

En este sentido, como la revisión de las AT contra sentencias de los órganos de cierre es el principal mecanismo de disciplina jurisprudencial con que cuenta la Jurisdicción Constitucional, según aquí se ha concluido, las eventuales propuestas de reforma deben tener presente que si se elimina la posibilidad de las TCS se perderá el mecanismo institucional para asegurar el respeto por las decisiones judiciales del pasado, un postulado necesario para el desarrollo coherente de la práctica constitucional que en el caso de Colombia ha ganado un importante terreno, el cual no debería verse reducido por causa de luchas entre los órganos de cierre de las jurisdicciones.

En todo caso, con objeto de evitar futuros problemas y de perfeccionar la TCS como mecanismo instrumental para el desarrollo coherente de la Constitución, la Corte Constitucional debe precisar mejor su doctrina en torno a la procedencia de la AT contra sentencias, y principalmente contra sentencias proferidas por los órganos de cierre. Debe ser prudente en lo relativo a tales sentencias para evitar convertirse, mediante la revisión de las TCS, en órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria. Por supuesto que éste es un reto complicado, ya que, en numerosas ocasiones, la línea divisoria entre los asuntos ordinarios y los constitucionales no es clara. No obstante, ello no justifica soluciones excesivamente simplistas, como la de eliminar la posibilidad de la revisión de las TCS, o la de subordinar, por completo, la Jurisdicción Ordinaria a la Constitucional. En consecuencia, la Corte Constitucional debe ser prudente en su relación con la Jurisdicción Ordinaria y, a su vez, los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria deben entender que el rol así desempeñado por ellos debe ajustarse a su calidad de órganos subalternos en la Jurisdicción Constitucional.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha de perseverar en la construcción del sistema de precedentes, y siendo la AT contra sentencias de las altas Cortes un mecanismo valioso en este sentido, debe valerse de él para refinar los criterios en la identificación de precedentes y perfeccionar la doctrina en torno a los argumentos para modificarlos. En este sentido, debe revisar, principalmente, que las decisiones ordinarias respeten los precedentes constitucionales consolidados. En materia de precedentes sentados por la Jurisdicción Ordinaria, la Corte Constitucional debe ser muy cuidadosa y tratar de practicar alguna forma de *virtud pasiva* al evaluar si una sentencia de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria desconoció el sistema de precedentes ordinarios o si, efectivamente, se presentó un cambio legítimo.

Por último, la Corte Constitucional debe precisar los criterios mediante los cuales los jueces pueden apartarse de los precedentes. En especial, debe depurar su doctrina en torno a las distinciones entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, y en torno a la posibilidad de realizar cambios jurisprudenciales con motivo de cambios políticos y sociales. En efecto, debe establecer criterios más precisos para identificar la *ratio decidendi* de las sentencias, pues de lo contrario el sistema de precedentes quedará reducido a un sistema de jurisprudencia opcional que deja al arbitrio de los jueces la posibilidad de establecer tales distinciones. En el mismo sentido, debe precisar cuáles son las condiciones requeridas para realizar cambios jurisprudenciales ante cambios políticos y sociales, pues en los conceptos en torno de dicha materia se presentan profundas vaguedades que, en realidad, no limitan la actividad judicial. De nuevo, la TCS es el mecanismo institucional con el que cuenta la Corte Constitucional para perfeccionar estos asuntos, y en ese sentido debe utilizarla.

En definitiva, la tarea que ha de realizarse en torno a la TCS y su relación con el desarrollo coherente de la práctica jurídica colombiana debe centrarse en dos puntos generales: (1) precisar el ámbito de acción de la Jurisdicción Constitucional respecto de la Ordinaria, especialmente en relación con la procedencia de la AT contra sentencias de los órganos de cierre, y (2) refinar los criterios para la identificación de precedentes y perfeccionar la doctrina en torno a los argumentos que justifican su modificación, estableciendo, principalmente, criterios de distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, y precisando los argumentos legítimos para modificar los precedentes.

LISTA DE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

Libros y revistas.

- Ackerman, B. (1991). *We the People* (Vol. 1). Cambridge: Harvard University Press.
- Aftalión, E., Villanova, J. y Raffo, J. (2004). *Introducción al Derecho* (4ª ed.). Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- Aguiló Regla, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Citado en: Aguiló Regla, J. (2000). *Teoría General de las fuentes del Derecho* (p. 110). Barcelona: Ariel.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1999). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Botero, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Consejo Superior de la Judicatura.
- Botero, C. (2007). La acción de tutela contra providencias judiciales. En Cepeda, M. y Montealegre, E. (Ed.). *Teoría constitucional y políticas públicas: Bases críticas para una discusión* (p. 199-291). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Caracciolo, R. (2001). *Discreción, respuesta correcta y discreción judicial*. En Saba, R. (Ed.) *Estado de derecho y democracia: un debate acerca del rule of law* (p. 213-220). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Carrio, G. (1972). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cueto Rúa, J. (1997). *El Common Law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2ª ed.). Barcelona: Ariel.

- Dworkin, R. (1997). Cómo el derecho se parece a la literatura. En Rodríguez C. (Ed.) *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin* (p. 143-181). Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Dworkin, R. (1999). La lectura moral y la premisa mayoritarista. En Hongju, H. y Slye, R. (Ed.). *Democracia deliberativa y derechos humanos* (p. 101-139). Barcelona: Gedisa.
- Farell, M. (2003). *Ética en las relaciones internas e internacionales*. Barcelona: Gedisa.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres Comella, V. (2005). Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. En Saba, R. (Ed). *Los límites a la democracia* (p. 305-326). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Friedman, B. y Smith, S. (1998). The sedimentary constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, 147 (1), 1-90.
- Garay, A. (1997). El precedente judicial en la Corte Suprema. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2 (1-2), 51-108.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006) ¿Qué hacer con la tutela contra sentencias? En Guarnido, D., Botero, C., García Villegas, M., Jaramillo, J. y Uprimny, R., *Tutela contra sentencias: Documentos para el debate* (p. 63-72). Bogotá: De Justicia.
- Gargarella, R. (2004). Constitución y democracia. En Albanese, S., Dalla Vía, A., Gargarella, R., Hernández, A. y Sabsay, D. *Derecho Constitucional* (p. 69-85). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abedelo Perrot.
- Henoa, R. (2006). Tutela contra sentencias de las altas cortes o choque de vanidades. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal y Constitucional*, 6, 369-379.
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En Elster, J. y Lagstad, R. (Ed). *Constitucionalismo y democracia* (p. 217-262). México: Fondo de Cultura Económica.
- Iturralde Sesma, V. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas.
- Julio, A. (2003). *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Kelsen, H. (1999). *Teoría pura del derecho* (4ª ed.) Buenos Aires: Eudeba.
- Levy, E. (1971). *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2ª ed.). Bogotá: Legis.
- Lucke, H. K. (1989). Ratio decidendi: adjudicative rationale and source of law. *Bond Law Review*, 1 (1), 36-51.
- MacCormick, N. (1987). Why cases have rationes and what these are. En Goldstein, L. (Ed.). *Precedent in law* (p. 155-182). Oxford: Clarendon Press.
- MacCormick, N. y Summers, R. (1997). Introduction. En MacCormick, N. y Summers, R. (Ed.). *Intepreting precedents: A comparative study* (p. 3-16). England: Ashgate Dartmouth.
- Magaloni Kerpel, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill.
- Marmor, A. (2000). *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Merryman, J. H. (1989). *La tradición jurídica romano-canónica* (2ª ed., corregida). México: Fondo de Cultura Económica.
- Murcia Ballén, H. (1997). *Recurso de casación civil*. Bogotá: Librería El Foro de la Justicia.
- Nino, C. S. (1987). *Introducción al análisis del derecho* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Quinche Ramírez, M. (2007). *Vías de hecho: Acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quintero, D. (2003). Cinco preguntas a Robert Alexy. *Revista Precedente ICESI* (2003), 89-93.
- Rawls, J. (2004). *La justicia como equidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces: Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. En Kennedy D. *Libertad y restricción en la decisión judicial* (p. 18-88). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Saba, R. (2007). *Constituciones y códigos: Un matrimonio difícil*. Trabajo presentado al Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), realizado en San Juan, Puerto Rico, del 12 al 15 de junio de 2007.

- Shapiro, D. (2008). The role of precedent in constitutional adjudication: an introspection. *Texas Law Review*, 86 (5), 929-956.
- Sousa Santos, B. (2001). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En Sousa Santos, B. y García Villegas, M. (Ed.). *El caleidoscopio de justicias en Colombia* (p. 85-150). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Stone, J. (1985). *Precedent and law. Dynamics of common law growth*. Sydney: Butterworth.
- Uprimny, R. (1997). Entre deductivismo y activismo: hacia un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica. En Botero Uribe, D., Giraldo Angel, J., Hoyos Castañeda, O., Hoyos Vásquez, G., Laverde, E., Martínez Caballero, A., Mayorga García, F., Monroy Cabra, M., Noguera Calderón, R., Noguera Laborde, R., Plazas Vega, M., Sánchez Botero, E., Sanchez Torres, C. y Uprimny, R. *Hermenéutica jurídica: Homenaje al maestro Darío Echandía* (p. 118-141). Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Uprimny, R. (2001). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia (p. 261-315). En Sousa Santos, B. y García Villegas, M. (Ed.) *El caleidoscopio de justicias en Colombia* (p. 85-150). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Vigo, R. (1999). *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Waldron, J. (1994). Vagueness in law and language: some philosophical issues. *California Law Review*, 82 (3), 526-540.

Providencias judiciales:

Corte Constitucional de Colombia: sentencias C-543-1992, C-484-1995, C-037-1996, C-447-1997, C-400-1998, T-321-1998, T-865-1999, T-898-1999, T-1017-1999, SU-047-1999, T-555-2000, C-774-2001, C-836-2001, T-068-2001, T-1031-2001, T-1306-2001, SU-1184-2001, SU-1185-2001, C-252-2002, T-624-2002, T-721-2002, SU-837-2002, C-039-2003, C-292-2003, T-420-2003, T-663-2003, T-677-2003, T-853-2003, T-951-2003, SU-120-2003, T-805-2004, T-815-2004, T-098-2005, T-109-2005, T-296-2005, T-320-2005, T-469-2005, T-483-2005, T-486-2005, T-570-2005, T-635-2005, T-748-2005, T-1133-2005, C-028-2006, T-171-2006, T-292-2006, T-890-2006, T-950-2006. Auto 004 del 3 de febrero de 2004.

Corte Suprema de Justicia: sentencias del 13 de noviembre de 1991; del 15 de septiembre de 1992; del 5 de agosto de 1996; del 25 de febrero de 2003, y del 23 de octubre de 2003.

Leyes y Decretos

Ley 50 de 1990, Ley 270 de 1996, Ley 489 de 1998, Ley 789 de 2002, Decreto 092 de 2000, Decreto 1832 de 2000, Decreto-Ley 2591 de 1991. Código Contencioso Administrativo.

Proyectos de Acto Legislativo

Proyecto de Acto Legislativo 13 de 2006 (presentado por el Consejo de Estado y coadyuvado por la Corte Suprema de Justicia y Fiscalía General de la Nación), Proyecto de Acto Legislativo 133 de 2006 (presentado por el Ministerio del Interior y de Justicia), Proyecto de Acto Legislativo 159 de 2006 (presentado por el Senador Germán Vargas).