

## NARRATIVAS JURISPRUDENCIALES

---

Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2000.

1. Bien lo dice Manuel José Cepeda Espinoza en su breve presentación de la obra que ahora reseñamos: *El derecho de los jueces* llena un vacío sobre la polémica cuestión del valor de las decisiones judiciales en el campo del derecho constitucional colombiano.

Delicado asunto que además originó una controversia bifronte en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. De un lado, quienes promovían una auténtica revalorización del papel de juez en la democracia y de sus responsabilidades frente al afianzamiento del Estado Social de derecho, haciendo de la jurisprudencia un punto de obligada referencia. Aspiración que de cierta manera quedó materializada con la creación de la Corte Constitucional a la que, a más del control concentrado de constitucionalidad, se le encomienda el manejo de los mecanismos de revisión de los fallos de tutela. De otro, quienes mostraban una marcada tendencia a modificar el sistema de fuentes del derecho al consagrar el artículo 230 de la Constitución Política, de cuyo contenido se infiere un tratamiento de segundo orden para la jurisprudencia.

Así, a través de los capítulos que constituyen el cuerpo temático del libro, el autor logra trazar un auténtico mapa que facilita un acercamiento a las profundas transformaciones del derecho constitucional en Colombia a partir de 1991, teniendo como brújula los pronunciamientos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales que han venido dándole identidad al valor del *precedente judicial* dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico.

En el primer capítulo hace un ejercicio hermenéutico sobre los anteriores textos, resaltando el hecho de cómo en Colombia los estudiantes de derecho aprendemos a usar e interpretar el derecho legislado, de espaldas al manejo técnico del derecho jurisprudencial, lo que

necesariamente conduce a que la mayor parte del análisis jurisprudencial que se estila entre los abogados en el país, ostente serios problemas estructurales que amenazan con quitar credibilidad al derecho constitucional, entendido como disciplina. En el segundo y tercer capítulo, a más de tratar de remediar dicha insuficiencia mediante metodología de análisis dinámico y estático del derecho jurisprudencial, se induce al lector a confrontar problemas de teoría del derecho y de derecho comparado. Cierra el capítulo cuarto y último, dedicado a la *teoría del derecho judicial*, invitando a confrontar los convencimientos tradicionales sobre la *auxiliaridad* de la jurisprudencia como fuente del derecho, insinuando que -de hecho- el derecho de los jueces ha sido en nuestro país más importante de lo que se admite en exposiciones más tradicionales.

Estas metas se propone alcanzarlas López Medina a través de tres referentes claves para la comprensión de la problemática:

a) Mediante una crítica profunda a la forma como actualmente se concibe y practica el derecho constitucional, preferentemente en lo que atañe a los derechos fundamentales, hasta el punto de encontrarse en serio peligro de perder su credibilidad como práctica jurídica seria; consecuencia, obviamente, del cuestionado apego a la idea de la *auxiliaridad* de la jurisprudencia.

b) A través de la lectura coherente de la jurisprudencia, desentrañando los elementos que le permitan al operador jurídico apropiarse de las exigencias del moderno Derecho Constitucional, donde predominan temas sociopolíticos apremiantes y complejos. Dejando en claro que la lectura *desestructurada* de la jurisprudencia no enseña mayor cosa, “las sentencias se apiñan las unas sobre las otras y cualquier valor cognitivo o jurídico que tengan, se pierde en el vacío”.

c) Reafirmando la trascendencia garantista de los valores, de los principios y derechos fundamentales en el derecho constitucional, para evidenciar cómo el peor enemigo de los derechos fundamentales en Colombia es, paradójicamente, su uso ambiguo y repetitivo, “hasta el extremo de caer en la trivialización del lenguaje del propio derecho constitucional”<sup>1</sup>.

Premisas estas, necesariamente ligadas a temas vitales sobre los cuales gravita el constitucionalismo de nuestros días (valor del precedente, Constitución como fuente de las fuentes del derecho; interpretación constitucional; seguridad jurídica y garantismo constitucional), sobre las cuales bien vale la pena tratar de hacer una aproximación al pensamiento expuesto por el autor de “El Derecho de los Jueces”.

2. Sobre el problema de la obligatoriedad del precedente constitucional, anota López Medina<sup>2</sup> que, de manera general,

<sup>1</sup> Ibidem. Pag 6

<sup>2</sup> Pagns. 47 y 48 Ibidem.

podría decirse que los textos constitucionales (Art. 228 y 230 de la C.P.) y la mayor parte de las decisiones tempranas de la Corte Constitucional (hasta el año de 1.995) referentes a la cuestión del valor normativo de sus propios fallos (C-113/93, C-131/93), "endosan el tradicionalismo de fuentes", refrendando así la *auxiliaridad* que siempre se ha dado a la jurisprudencia en la cultura jurídica nacional. Que no obstante, la Corte mantiene en estos primeros fallos una cierta ambigüedad que le permite proteger la relevancia de la jurisprudencia constitucional, a la vez sustento de su propia importancia política. Mediando el argumento de independencia funcional, se reserva la prerrogativa de fijar por sí misma los efectos de sus fallos, con la promesa implícita de no alterar de manera dramática la concepción tradicional del ordenamiento de las fuentes (C-131/93). Consenso que de cierta manera fue utilizado para derrotar una tendencia marcadamente "anglo-sajona" sobre el valor de la jurisprudencia, impulsada primero por el ejecutivo (Artículos 21 y 13 del Decreto 2067/91) y luego por la vigencia de la "cláusula decisonal Angarita", que propone el razonamiento judicial por analogía fáctica (Sentencias T-406 y T-414 del 92).

Tendencia que de manera detallada analiza el autor bajo el acápite "lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho", prácticamente derrotada hasta mediados de 1995, cuando un ala liberal de la Corte Constitucional encabezada por los magistrados Gaviria y Cifuentes resucitó, primero, el concepto centenario de doctrina constitucional contenido en la Ley 153 de 1887 (C-083/95) y luego, lo "expandió dramáticamente" dirigiéndolo a un sistema completo de precedentes obligatorios, modelado al estilo del Tribunal Constitucional español (T-123/95) con fundamento en la garantía de igualdad de trato (Art. 13 de la C.P.). Reconstrucción de la obligatoriedad del precedente que posteriormente precisa la Corte Constitucional en pleno (C-037/96) y que, sobre la tutelabilidad del derecho de igualdad (T-123/95)<sup>3</sup>, textualmente expresa la corporación:

Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas Cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.

Complemento de esta narración histórica, bien traída por López

---

<sup>3</sup> Ibidem T-175/97: T-321/98 : SU-640/98 : T-009/00 y T-068/00

Medina, es igualmente la mención que hace desde la esfera política, al choque institucional entre la Corte Constitucional y el Congreso de la República. Pues al tiempo que ocurrían los referidos desarrollos sobre la obligatoriedad del precedente, cobraba fuerza la imagen de un activismo judicial fuerte por parte de la Corte Constitucional a raíz de sus continuas “prácticas” de decisión modulada o condicionada (C-109/95), usurpando incluso funciones legislativas; hecho que constata textualmente el autor<sup>4</sup>:

Esta percepción, originó un serio “contra-ataque” por parte del Congreso (Ley Estatutaria de Administración de Justicia, 20/96) en el que se buscaba recapturar el monopolio congresional sobre la creación del derecho y el sistema de fuentes. La vehemencia de los textos legales ocasionaron que la Corte, antes dividida, reaccionara unánimemente para defender su prerrogativa interpretativa de la Constitución. Para ello, al revisar la Ley 270, acogió como doctrina de la Corte en pleno (C-037/96) la disciplina jurisprudencial que algunos de sus magistrados habían empezado a reconstruir en 1995 (T-123/95).<sup>5</sup>

¿Es posible  
variar de  
manera  
tan  
radical el  
tradicionalismo  
de  
fuentes?

Sobre los sugestivos tópicos del *tradicionalismo de fuentes y de la lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho* tratados a la luz del problema de la obligatoriedad del precedente, catalogados por el autor como “esfuerzos zigzagueantes de las ramas del poder público por retener para sí la potencia política del sistema de fuentes”<sup>6</sup> me parece que es menester llegar un poco más allá, sobre todo si tenemos en cuenta que la Constitución no sólo es fuente de derecho sino también fuente de las demás fuentes del derecho. Como afirma Pérez Royo<sup>7</sup> refiriéndose al mismo asunto, “busca ordenar la génesis del derecho”, resumiendo así la doble vinculación que existe entre ambos conceptos. Por lo que resulta decisivo tener igualmente en cuenta la teoría sobre la materia pero desde la óptica constitucional y no desde el “título preliminar” del Código Civil como se venía haciendo. Por lo que el siguiente acopio

<sup>4</sup> Ibidem, Pag 48.

<sup>5</sup> Expresó la Corte: “Por consiguiente, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declara bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hecerlo, so pena de infringir el principio de igualdad

<sup>6</sup> Ibidem, pag 47 Ibidem.

<sup>7</sup> PEREZ ROYO, Javier. Las Fuentes del Derecho. Tecnos, Madrid, 1.988, Pg. 31

teórico podría constituirse en un buen refuerzo:

a. La Constitución regula las fuentes del derecho no sólo desde el punto de vista infraconstitucional sino por el lugar jerárquico que ocupa dentro del ordenamiento jurídico, por los efectos que produce dicha relación y, fundamentalmente, por la manera como indica que la teoría de las fuentes del derecho no se agota en las fuentes formales, precisándose abordar la propia realidad fáctica como fuente. Lo que nos conduce a escalar más allá de las fuentes tradicionalmente reconocidas (ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, etc.), para comenzar su búsqueda en los propios preceptos constitucionales, dado que éstos, no consisten en meras formulaciones con valor simbólico o programático, sino en normas que reclaman eficacia directa y vinculan tanto a las autoridades estatales como a los particulares. Proposición que significa la obligación que tiene el operador jurídico de buscar, de manera primigenia, la fuente del derecho a aplicar en el propio texto constitucional.

b. En el contexto de la Constitución como “fuente de las fuentes del Derecho”, la expresión se atiene a las implicaciones de la Constitución como postuladora de las autoridades competentes y de los procedimientos de creación del Derecho, con lo cual se erige en fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico.

P

La Constitución indica cuáles son los órganos del Estado y determina sus competencias y funciones (arts. 113 y ss.); nos indica que es ella, en primera instancia, quien determina las competencias estatales: “Ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (art. 121), lo que quiere decir que de manera secundaria y residual, compete al legislador regular otras funciones no indicadas en la Constitución. Esta reserva constitucional de regulación en preferencia de las tareas de los operadores jurídicos, no indica cosa diferente de que ella es la creadora de las fuentes mismas del derecho. En algunos casos delega tal competencia en el legislador, no sin recelo e imponiéndole límites constitucionales a dicha tarea. Por tanto, todas las normas que en la Constitución delimitan las competencias de los diversos órganos del Estado y norman los procedimientos para la regulación del derecho, tienen la naturaleza y característica sustancial de indicar que la Constitución es fuente última formal de todo derecho.

c. En los anteriores planteamientos no se agotan las consecuencias que se deducen de considerar a la Constitución como “fuente de fuentes” o fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Sabido es que las estipulaciones normativas sobre la producción de normas habitualmente establecida en nuestros ordenamientos con rango constitucional no se componen sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de la leyes. Incluyen también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan

¿Cuáles son los actores en este teatrino (aparentemente) jurídico que es también un juego de poder?

al poder legislativo excluyendo o imponiendo determinados contenidos. Sin que quepa duda sobre la calidad de fuente de las normas sustantivas constitucionales y menos, sobre el hecho de que la sustancia constitucional no sólo informa el contenido de las leyes sino de todas las demás normas jurídicas emitidas por cualquier autoridad pública (reglamentos, actos administrativos, ordenanzas, acuerdos, y demás actos administrativos del ejecutivo, sentencias de los jueces , etc.) o por los particulares (contratos y en general todos los negocios jurídicos del derecho privado).

Así se entiende mejor la manera atinada como López Medina cierra el capítulo 1<sup>o</sup> no sin antes lamentar que la disciplina del precedente choque con la cultura jurídica hegemónica (y que este choque tenga relevancia para un análisis más realista, por oposición al formalista, del problema), formulando una serie de preguntas fundamentales “*ni siquiera esbozadas*”<sup>8</sup>, pero que como él mismo lo advierte, “*marcan el camino que habrá de seguir el resto del texto*” :

En primer lugar, (interroga López) . ¿ por qué, en últimas, quisiéramos entre nosotros un sistema fuerte de precedentes? ¿Cuál es la utilidad de contar con normas generales expedidas por jueces y no por el Congreso? ¿Es posible variar de manera tan radical el tradicionalismo de fuentes? ¿Cuáles son los actores en este teatrino (aparentemente) jurídico que es también, según hemos visto, un juego de poder?...

Si llegásemos a responder en sentido positivo a la pregunta por la deseabilidad del sistema de precedentes, deberíamos luego preguntarnos, en concreto, por los contornos precisos del sistema que queremos , por sus técnicas hermenéuticas, por los problemas concretos de su implementación y desde luego por las consecuencias que se derivarían de su inobservancia en la argumentación jurídica del litigante y del estudiante de derecho<sup>9</sup>

¿Cuáles son los contornos precisos de un sistema deseable de precedentes?

3. A continuación, López Medina puntualmente expone lo que el mismo denomina “técnicas de estructuración de líneas jurisprudenciales”. Empeño que de cierta manera representa la columna vertebral del libro y que constituye un innegable aporte al entendimiento del papel que juega el derecho de origen judicial en la interpretación de la Constitución Política, con énfasis en la jurisdicción de tutela. Presupone el autor que la jurisprudencia como fuente del derecho posee técnicas especiales de lectura e

<sup>8</sup> Ibidem, pag 51

<sup>9</sup> Ibidem , pag 51

interpretación diferentes a las tradicionalmente aceptadas para el manejo del derecho legislado. Con tal fin, en el capítulo 2º, denominado “análisis dinámico de precedentes” plantea la manera de relacionar varias sentencias entre sí y sobre un mismo tipo; el capítulo 3º se adentra en las técnicas de interpretación de precedentes o “análisis estático de jurisprudencia”, facilitando la comprensión del sistema de precedentes establecido en nuestro ordenamiento, de particular utilidad para jueces y funcionarios enfrentados a la obligación de justificar adecuadamente sus providencias cuando deciden apartarse de la jurisprudencia constitucional establecida.

Del capítulo 2º brevemente nos referiremos al concepto fundamental sobre la línea jurisprudencial, que por ser una “idea abstracta” en palabras del autor, para ayudar a “verla” resulta conveniente tratar de graficarla. Expresa López Medina:

*Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, bipolar.<sup>10</sup>*

Por cuanto la principal característica del derecho de origen jurisprudencial es que tiende a ser, para el autor, de “desarrollo incremental”<sup>11</sup>, la utilidad de dicha línea jurisprudencial radica en la posibilidad de identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de los dos extremos posibles, mediando el análisis diacrónico y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí. Anota López Medina:

La incrementalidad del derecho jurisprudencial, determinada por la resolución de problemas jurídicos caso a caso, tiene la tendencia a ser desestructurada, y a veces caótica. La determinación de la sub-regla jurisprudencial sólo será posible entonces si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes. Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte es necesario identificar las sentencias “relevantes” dentro de la línea y, segundo, es

---

<sup>10</sup> Ibidem, pag. 56

<sup>11</sup> Ibidem, pag 55

necesario construir teorías estructurales (i.e narraciones creíbles) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales.<sup>12</sup>

A vuelo de pájaro, los elementos del análisis dinámico de precedentes señalados por López Medina (perfectamente aplicables al tema tratado en el capítulo 1<sup>o</sup>), es dable reducirlos a las siguientes pasos:

a) Planteamiento del problema jurídico. Corresponde a la formulación adecuada del encabezamiento de la línea cuidándose de incurrir en una excesiva generalidad o conceptualismo. V.gr. *¿Cuál es el nivel de obligatoriedad de las sentencias de revisión de tutela dela Corte Constitucional Colombiana?*

b) Apertura de un espacio entre las dos opciones polares de respuesta a la anterior pregunta. V.Gr: Opción X: *La sentencia tiene valor de precedente para casos futuros análogos por sus hechos* ; Opción Y: *La jurisprudencia es fuente meramente auxiliar no vinculante para casos futuros. La ley es fuente única del derecho aplicable.*

¿Cuáles son las técnicas hermenéuticas de un deseable sistema de precedentes?

c) Identificación (en el medio), del “balance constitucional”. Lo que permite el contraste entre dos (o mas) periodos y sin que necesariamente el proceso sea siempre pendular o contradictorio. V.gr. *Primer periodo 1992-95; Segundo período 1995 en adelante.* Previa aclaración de que la interpretación de la gráfica supone los detalles narrativos que se explicaron en el primer capítulo, dentro del Primer período se alinearían el argumento que arranca en la Ley 153 de 1887, reforzado por el texto tradicionalista del artículo 230, confirmado luego por dos sentencias de constitucionalidad de la Corte (C-113/93 ; C-131/93) haciendo prevalecer la tesis clásica sobre el valor auxiliar de la jurisprudencia de tutela. A este plano se opone el Gobierno nacional con la expedición del decreto 2067/91 y el magistrado Ciro Angarita que en fallos de tutela (T-406/92 ; T-414/92) despliega una cláusula decisional donde pretende hacer obligatoria la *ratio decidendi* de los fallos a casos futuros análogos por sus hechos o circunstancias, línea ésta de argumentación que es derrotada tempranamente mediante declaratoria de inexecutable del artículo 23 del decreto 2067/91. Situación que continúa hasta 1995 cuando comienza la reacción por parte de algunos magistrados (Gaviria y Cifuentes) a la cabeza. Comienza así una reconstrucción de la obligatoriedad de la jurisprudencia mediante la utilización del concepto de “doctrina constitucional” y del principio de igualdad, línea interpretativa que resulta triunfante al interior de la Corte y que finalmente se consagra de manera unánime como “doctrina del valor del precedente” (C-037/96. Idéntico ejercicio resulta conducente para graficar el Segundo período (1995 en adelante) donde quedan alineados al lado de la Polo X un buen número de fallos (T-123/95, C-037/96, T-175/97, SU-047/99, SU-168/99, T-099/00, T-068/00), y al

<sup>12</sup> Ibidem, Pag 55

lado de la Polo Y, tan sólo dos (C083/95, T-321/98) aparte la Ley 270/96.  
d) Actitud del intérprete. En otras palabras, responsabilidad frente a la labor reconstructiva y hermenéutica del operador jurídico. Bien lo advierte López Medina:

El intérprete será responsable por el sentido de su argumento, pero deberá ofrecer posiciones que aclaren e iluminen las líneas jurisprudenciales existentes. La línea, como se ve de los ejemplos que hemos dado hasta ahora, no pre-determina de manera mecánica el resultado. Hay posibilidades de variar el balance constitucional, moderada o radicalmente, a “izquierda” o “derecha”<sup>13</sup>

Allega el autor otros importantes conceptos inherentes a la técnica de construcción de líneas de precedentes como las “clases de sentencias” existentes en la jurisprudencia constitucional colombiana, que desde el punto de vista de su importancia estructural (y del autor) dentro de la línea, la metodología reduce a tres tipos:

a) Sentencias fundadoras de línea; b) Sentencias hito; c) Sentencias que meramente confirman la doctrina. Categorías estas de fácil comprensión y muy útiles para el subsiguiente empeño del autor en torno a las “técnicas de investigación de la línea jurisprudencial” bajo la simpática denominación (y extensa explicación) de: i) El punto arquimédico de apoyo, ii) Ingeniería reversa y iii) La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.

López Medina finaliza el capítulo 2º con el señalamiento de otras líneas jurisprudenciales, entre las cuales llama especialmente la atención la atinente a la parte orgánica de la Constitución, dejando en claro que aquellas no se limitan al derecho constitucional de los derechos fundamentales tutelables de las personas. Es un hecho que “la Constitución Política esta igualmente complementada por *sub-reglas* de origen judicial a todo lo largo de su texto”<sup>14</sup>. Pone como ejemplo el derecho constitucional económico que debería desarrollarse con especial atención a las líneas de jurisprudencia que se han ido formando. Para lo cual, a modo de ejemplo, igualmente acude a la casuística graficada sobre el tema.

4. El punto axial del capítulo 3º lo fija López Medina en la “insuficiencia” de las antiguas técnicas de interpretación del Código Civil Colombiano<sup>15</sup> para lidiar con los nuevos problemas de interpretación a que hace frente el derecho jurisprudencial:

La consolidación de la línea jurisprudencial a favor de la tesis del valor aplicado del precedente ha generado

<sup>13</sup> Ibidem, pag 85

<sup>14</sup> Ibidem, pag 84.

<sup>15</sup> (diseñadas para la resolución de conflictos interpretativos surgidos en la

una nueva e interesante dinámica en el derecho constitucional colombiano: mientras que para el tradicionalismo de fuentes todas las normas controlantes de un caso debían ser halladas en el texto constitucional o mediante técnicas de expansión o interpretación de dicho texto (analogía y métodos de interpretación), cada vez más las discusiones constitucionales parecen girar en torno a las sub-reglas que va definiendo la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, ahora con más frecuencia denominados precedentes”<sup>16</sup>.

Por eso se embarca en un recorrido por las distintas técnicas (ilegítimas, legítimas y circunstancialmente legítimas) de interpretación de precedentes, bajo el epígrafe “análisis estático de jurisprudencia” y con la intención manifiesta de facilitar el mejor entendimiento de los contornos propios del sistema de precedentes, en especial, pensando en la exigencia que se hace al juez o al funcionario cuando se le pide que dé “justificaciones suficientes y adecuadas” para apartarse de la jurisprudencia constitucional establecida.

Como se lo propone y en el capítulo 2º, frente a la necesidad de interpretar los precedentes en conjuntos complejos de sentencias, en éste (Cap.3º), se empeña en exponer los resultados de sus indagaciones en torno a las formas específicas de interpretación de sentencias individuales utilizadas en la jurisdicción constitucional colombiana. Después de señalar en qué consisten algunas “técnicas ilegítimas” de manipulación de precedentes (“negación” y “arrepentimiento”)<sup>17</sup>, nos entrega el autor prolijas reglas sobre tres técnicas de manejo del precedente (legítimas las dos primeras y parcialmente legítima la tercera); clasificándolas, en su orden, como : a). Distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*; b). Analogía y disanalogía en derecho constitucional; c.) El cambio de jurisprudencia.

Cuestión esta que nos parece íntimamente ligada al tema más amplio de la *interpretación constitucional* y que como lo percibe López Medina, hoy se debate no solo en el ámbito académico:

Así el sistema de fuentes se abre hacia una muestra efectiva entre textos positivos y derecho jurisprudencial, sin que sea fácilmente discernible cuál de las dos fuentes del sistema sea la dominante. Por esta razón, en muchos casos de derecho constitucional colombiano contemporáneo el derecho aplicable vigente es extraído de precedentes judiciales anteriores. Dichos precedentes constituyen la

---

aplicación de derecho legislado) Ibidem, pag. 90

<sup>16</sup> Ibidem, pag 137

<sup>17</sup> Ibidem, Pag 99

norma controlante del caso y la hermenéutica jurídica se abre ahora, no sólo a la interpretación del derecho legislado, sino, dada vez con mayor ahínco, a la hermenéutica *del derecho jurisprudencial*<sup>18</sup>

Con mayor propiedad, la propia Corte Constitucional (a propósito de las técnicas legítimas sobre el manejo del precedente y ante la absoluta imposibilidad de referirnos con amplitud a cada una en particular), en reciente fallo (T.569/2001) hace un relevante aporte al espinoso tema de la *ratio decidendi* y *el obiter dictum*, aquí planteado por el autor. Aunque de manera fragmentada, vale la pena reparar en los siguientes tópicos:

La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que los jueces están obligados a acatar los precedentes que fijan sus superiores. Así, en sentencia T-566 de 1998 precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales, quienes únicamente pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto”, o que “existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica, en cuyo caso se exige una debida y suficiente justificación”.

Las técnicas y métodos de interpretación, que no se limitan a los establecidos en el Código Civil y en la Ley 153 de 1887, imponen cánones interpretativos que permiten determinar si el sentido que se atribuye a la norma, realmente es correcto. Así las cosas, la *ratio decidendi*, además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.

Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un caso concreto, tiene por efecto que todo funcionario, no sólo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la *ratio decidendi*.

Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos interpartes, no puede sostenerse lo mismo de la *ratio decidendi* del fallo. En la medida en que la *ratio decidendi* constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico 3 de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (C.P. arts. 13 y 29).

La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la

autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.

¿Cuáles podrían ser, en la práctica, los problemas concretos de un sistema deseable de precedentes?

5. En territorios de la *Teoría del derecho judicial*, el capítulo final (4<sup>o</sup>)<sup>19</sup> lo dedica López Medina al papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica anti-formalista al derecho; es el propio autor quien concluye que es misión de la jurisprudencia y de la doctrina explicar tales principios en orden a facilitar la creación, interpretación e integración del derecho, contando con que estas tres funciones no debe ejercerlas arbitrariamente el operador jurídico. Con admirable valentía López Medina arremete contra la tradición formalista de entender los problemas jurídicos y de paso pone en duda la corrección y sinceridad de quienes la encarnan:

Es claro, del recuento detallado que se hace en este texto, que el sistema de fuentes es mucho más complejo descriptivamente que las falsas seguridades que se extraen de normas y comentarios más tradicionales. El análisis anterior también muestra que la puja por el control de las fuentes del derecho es una confrontación con contenido político entre ramas del poder público y, detrás de dichas ramas, entre formaciones sociales con maneras alternativas de entender el Estado y la sociedad en la que cada grupo interesado usa sus recursos político-constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema.<sup>20</sup>

Punto de vista del autor que compartimos plenamente y que, en mi caso particular, suscita las siguientes reflexiones:

a. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado (en razón no únicamente de su jerarquía suprema sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes a la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado), que la jurisprudencia -pasada la época del legalismo- se ha convertido en una fuente del Derecho.

<sup>18</sup> Ibidem, pag 89

<sup>19</sup> Ibidem , Pag 137 y ss.

Subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas para su conveniente aplicación.

b. Tales elementos políticos no niegan el carácter jurídico de la Constitución, sino más bien refuerzan su significado y señalan el carácter histórico y determinado de la misma; además de mantener su permanencia y sustantividad frente a cambios parciales o accidentales, erigiéndose en límite absoluto para la actividad reglamentaria que le compete al legislador.

c. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial identificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, del Derecho eficaz que resulta no de la reconstrucción del pensamiento y voluntad grabadas en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho.

5. Es notoria la enorme trascendencia que ha adquirido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos el poder judicial, dadas sus funciones constitucionales de intérprete oficial y definitivo de la Constitución, que de cierta manera ha llevado paulatinamente a la realidad la famosa frase del Juez norteamericano Huges<sup>21</sup>: “*La Constitución es lo que los Jueces dicen que es*”. Por lo cual, el poder judicial en muchos países ha dejado atrás el lugar inferior y subordinado que en otras épocas y lugares se le asignó, para convertirse en auténtico *Guardián de la Constitución*.

Tema por demás candente que el autor no disimula y que por el contrario lo inscribe dentro del alcance del papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica anti-formalista al derecho. Sobretudo cuando inquiriere, dirigiéndose a todos aquellos que respondemos hoy por el mantenimiento de una “cultura jurídica” en Colombia, “especialmente en lo que toca al Derecho Constitucional y al mantenimiento de una cultura jurídica enérgica y progresista, encaminada a la protección responsable y auto-sostenible de los derechos fundamentales”. Partiendo de la premisa de que si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, corresponde observar cómo se garantiza que eso sea así. A lo cual, con seguridad contribuye el apretado resumen de las siguientes propuestas<sup>22</sup>:

---

<sup>20</sup> Ibidem, pag 139

<sup>21</sup> Citado por Hector Fix-Zamudio en *El Poder Judicial en los sistemas Constitucionales Latinoamericanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Mexico 1.993. Pg. 245

¿Cuáles serían las consecuencias de la inobservancia de un sistema de precedentes en la argumentación jurídica del litigante y del estudiante de derecho?

a) Proporción razonable entre “estructura” y “flexibilidad”, entre “formalismo” y “anti-formalismo”. Como la mejor manera de tomar el derecho judicial como herramienta formalizadora necesaria para la efectividad de la Constitución, pero controlando los excesos de “tecnificación” que la capa jurisprudencial origina. Como que el derecho constitucional debe mantener su capacidad política de crítica anti-formalista dentro del sistema.

b) Multiplicación de redes de discusión que permitan un examen amplio y pluralista de todo lo que atañe al discurso constitucional.

c) Desde la Academia, avanzar en el camino de formar una verdadera “tradición” que rescate los detalles de “la política y la sociedad nacional” en su auténtica expresión. Como el instrumento para concebir el derecho constitucional como una labor simbólica de discusión política y social enraizada en sus contextos específicos y participe de una globalidad intelectual bien entendida.

6. Finalmente, dentro del mismo marco del último capítulo -donde especialmente se destaca el papel del nuevo derecho-, a título de conclusión, se resalta que las garantías de prevalencia de la Constitución sobre las demás normas, son preferiblemente jurídicas y ante todo jurídicas. No obstante, antes que las garantías jurídicas se encuentran las que se conocen como garantías sociales y políticas de la constitución. Las garantías sociales, sobre todo para los positivistas, son las definitivas, las que cuentan. Evidentemente es dable inferir que el mejor texto -técnicamente perfecto- nunca funcionará bien si los agentes que tienen que aplicarlo, y sobre todo si la *cultura jurídica* sobre la cual tiene que recaer el texto no funciona, no está dispuesta a ello, y al contrario, un mal texto -técnicamente imperfecto-, paradójicamente si podrá funcionar, bastante mejor y con mayor eficacia.

Pensamos que como no resulta fácil entre particulares hacer valer la eficacia de los derechos, la Constitución está esencialmente pensada como norma destinada a los poderes públicos. Es lo que en la doctrina Alemana se denomina «La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares», Se afirma que quien con más facilidad puede vulnerar los derechos fundamentales es el poder público y fundamentalmente el ejecutivo. Como ejemplo se tiene que el poder público es una especie de gran paquidermo en una cristalería en donde los cristales son los derechos fundamentales, y sin moverse y a veces sin querer, lesiona los derechos fundamentales, frecuentemente los vulnera; para eso es

<sup>22</sup> Ibidem . Pag. 206

<sup>23</sup> MORELLI RICO Sandra. La Corte Constitucional, Un papel institucional por definir. Ediciones Academia Coplombiana de Jurisprudencia, Bogotá 20012. Pag. 161.

que está la regulación de los derechos fundamentales en la Constitución y sobre todo la regulación de sus garantías.

A manera de contraste, muy pertinente resulta la afirmación del profesor Pier Paolo Portinaro citado por Sandra Morelli Rico<sup>23</sup> en su reciente trabajo sobre el papel institucional de la Corte Constitucional cuando se refiere a la complejidad de un problema que no es solamente predicable de la Corte Constitucional colombiana: "...las Cortes Constitucionales, en su papel de intérpretes de la constitución, muestran, cada vez más, factores de innovación y de producción del derecho concurrentes con el legislador. Está creándose la sospecha que las constituciones contemporáneas sean rígidas respecto del poder legislativo y también frente a un hipotético superlegislador, pero se estén volviendo flexibles ante el poder político jurisdiccional de las Cortes supremas.."....."De frente a las frecuentes afirmaciones en cuanto a que el constitucionalismo se le ha, a estas alturas, confiado a las cortes, se delinea el escenario de una salida del modelo de sociedad liberal y de Estado de derecho y de una posible recaída en el Estado jurisdiccional. Ante la progresiva erosión del carácter democrático de los sistemas políticos, implícita en la difusión de *authorities* técnicas y en la tendencia de poderes jurisdiccionales a asumir, subrepticamente, funciones legislativas, intérpretes preocupados sientan una voz de alarma respecto del riesgo de deslizamiento en una forma de constitucionalismo ético, latentemente antidemocrático. Para decirlo de una vez por todas: la excesiva credibilidad reconocida a los guardianes de la constitución terminaría por llevar a la constitución de los guardianes..."

#### Breve consideración final

La lectura detenida del libro del profesor Diego Eduardo López Medina, ante todo permite un ameno encuentro con una de las ramas más vitales del derecho; del derecho como objeto de la ciencia jurídica, como fruto de la actividad humana, como regulador de dicha actividad. Constituye el ejemplo más claro de cómo la dinámica de la vida social ha obligado a una constante transformación de sus estructuras jurídicas, pero también de cómo no siempre ha tenido una estrecha relación con el marco social. Más aún, como el derecho, por su naturaleza y su contenido, es el llamado a lograr el acercamiento de las dos dimensiones permanentes de esa actividad: la teórica o abstracta y la práctica o concreta.

Dentro de dicho marco se observa que si todos los campos del saber humano han recibido el influjo benéfico y correlativo de los avances científicos (llámense sociales o naturales) revelados en la posibilidad de medir el saber no tanto por el volumen de

conocimientos como por la capacidad para interpretarlos e interrelacionarlos, en la forma de hacer de cada saber particular un saber omnicomprensivo, el derecho como objeto de conocimiento que es de la ciencia jurídica no es una excepción y por el contrario, son muchísimas las posibilidades de acción como fuente de transformación, como medio para la potenciación del propio derecho, como recurso fundamental para el trabajo jurídico, como el único medio para construir una teoría jurídica (y/o constitucional) propia, aún por hacerse entre nosotros.

Javier Aristizábal Villa  
Docente Universidad Icesi