

**EL DERECHO AL JUEZ ÚNICO Y LAS TRES ALTAS CORTES EN
COLOMBIA**

**MARIA PAULINA ÁNGEL
MARIA LUISA POSADA**

**MONOGRAFÍA PARA OBTENER EL TÍTULO
DE ABOGADAS**

**Asesor
EUGENIO DAVID ANDRÉS PRIETO QUINTERO
Abogado**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
1. EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO AL JUEZ ÚNICO	8
1.1. DEBIDO PROCESO	8
1.2. JUEZ ÚNICO	17
2. PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA:	26
2.1. NOCIÓN DE PRECEDENTE	26
2.2. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE:	29
2.3. NOCIÓN DE JURISPRUDENCIA	33
2.4. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA:	36
2.5. CARGAS NECESARIAS PARA APARTARSE TANTO DEL PRECEDENTE COMO DE LA JURISPRUDENCIA	38
2.6. LA VIOLACIÓN AL PRECEDENTE COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS:	39
3. LAS FUNCIONES DE LAS ALTAS CORTES: MODELOS COMPARADOS	44
4. LAS ALTAS CORTES EN COLOMBIA	51
4.1. CORTE CONSTITUCIONAL	52
4.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	56
4.3. CONSEJO DE ESTADO	63
5. LOS PROBLEMAS DEL JUEZ ÚNICO	69
5.1. PROBLEMAS DEL JUEZ ÚNICO CON RELACIÓN A LAS CONTRADICCIONES ENTRE ALTAS CORTES:	69

5.1.1 Tutela contra sentencias	71
5.1.2 Fuero de maternidad	77
5.1.3. Responsabilidad médica obstétrica	81
5.1.4. Competencia en temas de Responsabilidad médica:	85
5.2. JUEZ ÚNICO Y PRECEDENTE HORIZONTAL:	88
5.2.1. Derechos económicos, sociales y culturales y su pertenencia al bloque de constitucionalidad	91
5.2.2. Reconocimiento del incentivo en acciones populares	92
6. CONCLUSIÓN	95
BIBLIOGRAFÍA	98

INTRODUCCIÓN

Desde nuestra Carta Política, en su artículo 29, se consagra el derecho al debido proceso el cual supone el cumplimiento de un conjunto de derechos que garantizan el correcto y transparente funcionamiento del proceso, y que por tanto se llegue a la correcta resolución del conflicto. Dicho derecho se divide en dos ámbitos de protección: aquel que guía la legalidad del juez, y el segundo que trata de la legalidad de la audiencia, entendida esta como la relación entre el juez y las partes.

Uno de los tantos derechos que componen el debido proceso, es el que se refiere al juez único. El mismo hace parte de los principios axiológicos que guían la legalidad del juez, y por tanto conlleva una exigencia de especial respeto por parte de los jueces de la República para garantizar la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica. Dicho derecho pretende superar la dificultad fáctica que presupone la existencia de diversos jueces para la resolución de todos los conflictos que demandan la intervención de la jurisdicción. De cara a este problema se ha establecido que sin importar las características y teorías particulares de cada juez, la jurisdicción, al ser una sola, debe resolver los conflictos que tienen supuestos idénticos de la misma manera, es decir a conflictos iguales, soluciones iguales.

Esta parece ser una exigencia fácil de satisfacer en el marco de la concepción del positivismo jurídico, según la cual, el juez era la boca que pronunciaba las palabras de la ley, que en ese entonces se entendía como un sistema completo, coherente y ordenado. No obstante, con el paso del tiempo, se hizo claro que un ordenamiento jurídico tiene lagunas

y antinomias, y que por tanto es menester que el juez cumpla una labor integradora e interpretativa, quien en este contexto se convertirá en un creador de derecho. Esta nueva concepción, mostró la difícil tarea de uniformar las decisiones para garantizar el derecho al juez único, pues cada juez tiene la labor de crear la norma en concreto que resuelve el conflicto, y en cumplimiento de esta tarea encuentra respaldado en los principios de autonomía e independencia.

Para afrontar las dificultades que se han anotado, se hace necesario asignarles la tarea de unificación de la jurisprudencia a las altas cortes, que operan como órganos de cierre en las jurisdicciones. Por tanto, son éstas a las cuales les corresponde crear, y organizar las interpretaciones de las normas, para que valiéndose de la eficacia persuasiva, se logre influenciar las decisiones del juez de inferior jerarquía, y así unificar la aplicación de las normas. En ese sentido, el derecho al juez único dependerá de la capacidad que tengan las cortes de irradiar el ordenamiento jurídico a partir de sus decisiones; es decir a partir de su jurisprudencia y precedentes, pues sólo así, al acudir a la jurisdicción, se tiene una certeza razonable frente a la aplicación de la norma a su situación jurídica.

Por otra parte, el derecho al juez único también se convierte en una herramienta para garantizar dos principios fundamentales en todo Estado de Derecho: la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. El primero de estos entendido como la garantía de que a todos los ciudadanos se les aplicará la ley de la misma manera frente a un mismo supuesto. El segundo, es entendido como la certeza en el amparo del ordenamiento jurídico a una situación particular, a un derecho específico, y la posibilidad de identificar claramente la norma que será aplicada a un determinado supuesto de hecho.

Por todo lo anterior, en Colombia, a partir del artículo 116 de la Constitución Política vigente, se crearon tres órganos de cierre de tres jurisdicciones distintas: la Corte Suprema de Justicia en cabeza de la jurisdicción ordinaria, el Consejo de Estado en cabeza de lo contencioso administrativo, y por último la Corte Constitucional en cabeza de la jurisdicción constitucional. Lo anterior, implica en primer lugar que sus decisiones terminan de manera definitiva el problema planteado y en segundo lugar, que éstas, salvo las sentencias de constitucionalidad que son de obligatorio cumplimiento, constituyen criterios interpretativos de las normas del ordenamiento jurídico que en principio deben ser tenidos en cuenta por los jueces de las instancias menores en la resolución de los casos concretos.

No obstante, en contraste con lo dicho anteriormente, en Colombia se presentan conflictos a partir de la interpretación de las normas y su aplicación a los casos concretos no sólo entre las tres cortes, sino incluso al interior de las mismas, cosa que atenta contra el derecho al juez único. Parte del problema se deriva del hecho que la Asamblea Constituyente no haya consagrado algún tipo de jerarquía entre las cortes, o mecanismos para la adecuada integración de las decisiones de éstas al ordenamiento jurídico. Por lo cual, en últimas, frente a una misma norma van a existir multiplicidad de interpretaciones y por tanto frente a un mismo supuesto va a haber varias consecuencias jurídicas.

Es por ello que los jueces de primera y segunda instancia se ven envueltos en la tensión que resulta de la obligación de garantizar el mencionado derecho y la existencia de una jurisprudencia divergente y contradictoria. Asimismo, como consecuencia de lo ya dicho, los ciudadanos al acceder a la justicia, se enfrentan con un ordenamiento jurídico caótico y desorganizado, que les hace imposible predecir cual la norma se aplicará a su caso.

Esta situación pone de presente la necesidad de un estudio serio sobre el contenido del derecho al juez único, el funcionamiento de las altas cortes y el papel del precedente y la jurisprudencia en Colombia, lo cual resalta un ordenamiento jurídico fragmentado y caótico. A lo largo del presente trabajo, se hará un recorrido por algunos conceptos básicos, como la noción de debido proceso, juez único, precedente, jurisprudencia, para luego plantear los modelos comparados actuales en materia de altas cortes y así poder comprender el funcionamiento del sistema judicial colombiano. Finalmente, se plantearán ejemplos específicos que dan cuenta del problema al que se enfrenta el juez en éste ordenamiento jurídico. Del presente estudio se excluye al Consejo Superior de la Judicatura, pues a partir de las funciones atribuidas a éste en el artículo 256 de la Carta Política es claro que se trata de un órgano administrativo, en el sentido de servir de apoyo a la rama judicial en asuntos presupuestales, logísticos y disciplinarios.

En Colombia, el derecho al juez único se ve vulnerado por la dinámica propia del sistema judicial, en parte porque las tres altas cortes no cumplen con su función de guías para la interpretación de la norma y desconocen la labor de unificación de la jurisprudencia que se les ha encomendado y; en parte porque a pesar de las diferentes competencias, es cotidiano que se presenten unas mismas normas que han de ser interpretadas y aplicadas por todas las cortes. A lo que se suma la ausencia de un mecanismo de unificación de criterios. En fin, a juicio de quienes elaboramos este trabajo la violación diaria del derecho al juez único, es tan grave, que amenaza los pilares que sostienen al Estado de Derecho.

1. EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO AL JUEZ ÚNICO

1.1. DEBIDO PROCESO

El término debido proceso ha sido objeto de amplios debates, sus contenidos no son fácilmente determinables; varían según el sistema jurídico y la visión a partir de la cual se estudia. Actualmente, una parte esencial del estudio de la teoría general del derecho procesal es la búsqueda de una definición del debido proceso, y sus alcances dentro del ordenamiento jurídico. En ese contexto, se ha entendido que el debido proceso es una norma principio de naturaleza procesal, que pretende la aplicación de éste tipo de normas en los momentos correspondientes al proceso y con ello busca una mejor composición del conflicto que ha de resolver la autoridad competente.

Así se ha dispuesto que como principio ha de orientar las actuaciones judiciales, de manera que en todo momento, a las personas jurídicas y naturales, se les respeten unas garantías mínimas reflejadas en el cumplimiento de unas normas que indican una secuencia a seguir; para que el resultado que se logre obtener no sea un resultado aleatorio, sino una construcción hecha a partir un procedimiento evaluado y aceptado por la sociedad, en el cual se logre aplicar adecuadamente el derecho sustancial de un determinado momento histórico.

Entendiendo esto, se ha aceptado que la primera aparición del derecho al debido proceso se dio con la Carta Magna de los ingleses firmada por el

Rey Juan 1 de Inglaterra el 15 de junio de 1215. En la misma, cuatro apartes han de ser resaltados como la primera aparición de dicho principio:

“38. En lo sucesivo ningún bailio llevara a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquellas.

39. Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra el ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

40. No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia. (...)

45. No nombraremos jueces, capitanes, corregidores ni bailios sino a hombres que conozcan las leyes del Reino y tengan el propósito de guardarlas cabalmente.”¹

En estos se denota una clara intención de limitar el poder del monarca, en el sentido de establecer que existirían jueces, representantes de la más alta confianza dentro de la sociedad, a quienes se les confiaría el poder de establecer el destino de cada uno de los ciudadanos de acuerdo a la letra de la ley y de la jurisprudencia. Fue una primera aparición de las garantías que han de acompañar el sometimiento a la justicia de los ciudadanos. Con el surgimiento de estas garantías se pretendió proteger a éstos de actos arbitrarios e ilegales que se venían presentando a favor del monarca en contra de sus súbditos, incluyendo los nobles.

En la Constitución de los Estados Unidos de America, el debido proceso (“*due process of law*”) quedó incluido con la quinta enmienda ratificada en

¹ Instrumentos históricos sobre derechos humanos. Disponible en: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/instrumentosDDHH.PDF>. Facultad de Ciencias Económicas y de administración, Universidad de la República. Montevideo, Uruguay.

1791, y posteriormente con la catorceava enmienda ratificada en 1868. En estas se disponía que a nadie se le podía quitar su vida, libertad, ni propiedad sin el debido proceso. En ese sentido, se componía de dos garantías generales: en primer lugar, habría un proceso justo en el que la persona tendría la posibilidad de ser escuchada, lo cual se entiende como el debido proceso procedimental y en segundo lugar, se garantizaba que la ley, o la aplicación de la misma no sería irrazonable, ni arbitraria, lo cual constituye el debido proceso sustancial.

A partir de dicha influencia, el debido proceso se empezó a consagrar como principio en los sistemas romano germánicos, en los cuales había una gran desconfianza por la actividad del juez. Sin embargo, el principio se convirtió en esencial para la constitución propia del Estado moderno: el Estado de derecho. Así, Osvaldo Alfredo Gozaíni establece que el debido proceso entró a los sistemas jurídicos latinoamericanos con las características propias de los sistemas del common law, y que por tanto se habría de concluir que *“(E)l debido proceso legal se sostiene en los principios de la bilateralidad y contradicción, ejercicio del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.”*²

Así las cosas, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, al proclamar la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, estableció en su artículo 10 que *“(T)oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

² GOZAÍN, Osvaldo Alfredo. *El Debido Proceso*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 24.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incorporado al sistema jurídico colombiano por medio de la ley 64 de 1968, establece en su artículo 14 lo siguiente:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste

a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en Colombia por medio de la ley 16 de 1972, determina en su artículo octavo que:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

Consecuentemente, en la Constitución Política Nacional de 1991, en el artículo 29 se estableció que:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Además, se ha de entender que los tratados citados arriba hacen parte de la Constitución Política y por tanto prevalecen en el orden interno del mismo sistema jurídico, en virtud del artículo 93 de la Carta Política.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha planteado que el debido proceso es *“el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la*

fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.”³ Así mismo, se estableció que “Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material”⁴

Igualmente, se ha dicho que:

“El meollo del debido proceso se escinde en dos ideas. Legalidad del juez y legalidad de la audiencia.

La legalidad del juez reclama el principio del juez natural, equivalente al preconstruido de antemano por la ley procesal para conocer del asunto concreto, pero pensando en abstracto, porque cualquier designación ad hoc del juez es contraria al debido proceso, como juez jurisdiccional.

El concepto de la legalidad de la audiencia se descentra a la vez en dos principios básicos, como son la bilateralidad de la audiencia o derecho de defensa, también conocido como principio contradictorio, y el principio de la legalidad de las formas estructurales del proceso, o principio del formalismo.”⁵

Dentro de la legalidad del juez se encuentra que hay una necesidad de establecer planteamientos básicos que determinaran quien ha de fungir como juez, y bajo cuáles garantías. Se ha entendido que esta categoría comprende el juez independiente, natural y único. La independencia garantiza que sus decisiones sean autónomas, y no provengan de una orden o sujeción de otro, así el juez será un verdadero tercero imparcial que entra a resolver el conflicto puesto de presente. El juez natural será aquel determinado previamente por la competencia, es decir aquel juez a quien le corresponde el ejercicio de la jurisdicción de un Estado en determinado tema o tipo de problema; el cual será definido con anterioridad al ejercicio del derecho de acción. Por último, el derecho al

³ Sentencia T-001/93, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

⁴ Ibid.

⁵ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. 3ª edición. Bogotá : Temis, 2000, p. 92.

juez único garantiza la igualdad frente a la ley, ya concretamente en el marco de la aplicación de la misma a casos similares.

Por otro lado, se encuentra la legalidad de la audiencia, dentro de los cuales se identifican dos principios preponderantes. El primero de ellos, la bilateralidad de la audiencia o derecho de defensa se entiende como *“la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas.”*⁶ Dentro del anterior principio se ha integrado el derecho a la defensa técnica, es decir la asistencia de un abogado en el proceso; en otras palabras la efectiva posibilidad *“de hacer valer sus razones durante la investigación y el juicio”*⁷. En segundo lugar, se ha entendido también debe haber un estricto acatamiento de las formalidades, es decir de las etapas procesales previamente definidas por las normas, el cual se ha denominado el principio de legalidad.

En conclusión, si bien no hay una lista determinada, ni taxativa de las garantías que le asisten a una persona al acudir a la justicia, lo cierto es que si hay un derecho fundamental que ha de ser protegido dentro del proceso. Éste, el debido proceso, le garantiza una serie de principios dentro de los cuales se entiende que la solución a la cual llega el ordenamiento jurídico en cada caso concreto, se desprende de un procedimiento previamente determinado por el legislador, en el cual hubo un juez imparcial que había sido definido con anterioridad y que adicionalmente, la sentencia fue el resultado de la construcción de ambas

⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 368.

⁷ SU-960 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

partes, es decir que a ambas partes se les dio la posibilidad de presentar sus pruebas y argumentos en condiciones de igualdad.

1.2. JUEZ ÚNICO

Como se señaló, el debido proceso comprende la legalidad del juez, que a su vez incluye el derecho al juez único, enfoque de la presente exposición.

Éste es aquel que determina que si bien por necesidades prácticas en un sistema jurídico hay un número plural de jueces, esa pluralidad ha de actuar como una unidad. Es decir, cuando se acude a la jurisdicción se busca una interpretación coherente y racional de la ley, que por tanto lleve a la aplicación de una consecuencia jurídica igual frente al mismo tipo de supuesto, que la solución brindada sea igual independiente de la persona que actúe como juez en determinado momento. Así, la rama judicial será una unidad que frente a los mismos supuestos, siempre aplicará una misma consecuencia jurídica a partir de una interpretación unificada del derecho.

Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, con el fin de alcanzar este propósito, surgió un método de interpretación denominado *new textualism* que fue adoptado por una mayoría en la Corte Suprema de dicho país. Los máximos expositores son Antonin Scalia y Frank H. Easterbrook, quienes sostienen que, al igual que en los contratos, la interpretación de la ley debe reflejar la intención del legislador. Por ello, ésta debe estar atada lo que razonablemente se derive de la literalidad de las palabras contenidas en la norma, ateniéndose a la regla del *plain meaning*. Esta forma de aplicación del derecho buscar volver a los fallos

predecibles, lo cual es una piedra angular de la seguridad jurídica, valor absoluto del ordenamiento jurídico.

En otras palabras, el debido proceso no sólo implica un procedimiento previamente establecido, sino además una igualdad frente a la aplicación de las normas sustanciales que se traten. Por tanto, será indiferente la identidad del funcionario judicial, en razón de que la sentencia será igual a la que habría proferido otro juez frente a las mismas circunstancias.

En desarrollo de lo anterior, se ha dicho que *“(S)e tiene derecho a que el propio conflicto sea decidido de manera tan uniforme, como si toda la jurisdicción fuera desempeñada de hecho por un solo juez. Este es el fundamento constitucional del recurso de casación o cualquier otro mecanismo tendiente a la producción del fallo plenario que garantice la uniformidad de las soluciones. En otro nivel de jurisdicción este derecho fundamental se ve protegido por la obligación que incumbe a todos los jueces de respetar su propio precedente⁸, del cual, como en general de la jurisprudencia, tan solo se pueden apartar suministrando razones poderosas que justifiquen la diferencia.”⁹*

En palabras de la Corte Constitucional, *“(E)l artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la*

⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid : Tecnos, 1993, p. 94 y ss.

⁹ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Op. Cit., p. 93.

*aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.”*¹⁰ En consecuencia, el juez único garantiza además del derecho al debido proceso, el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución política de Colombia.¹¹

La igualdad ante la ley presupone entonces cuatro mandatos que la jurisdicción ha de respetar a la hora de resolver un caso, ellos son: “1. *Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de las diferencias), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).*”¹²

Dichos mandatos, en el contexto del derecho al juez único, han de ser puestos en consideración de las fuentes del derecho que trae la misma Constitución en su artículo 230, en el cual se establece que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley. Sin embargo, se ha de entender que, una norma general, impersonal y abstracta, como lo es la ley, no tiene la fuerza reguladora que se le pretende atribuir sin la figura del juez,

¹⁰ C-104 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ “ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

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

¹² BERNAL PULIDO, Op. Cit., p. 257.

quien ocupa un lugar fundamental en la creación de la norma particular que se le aplicará al individuo. Es la creación de esa norma particular, la que pretende limitar el derecho al juez único, de manera que en el ordenamiento jurídico, haya unas guías o normas sobre la aplicación de determinada ley al caso concreto. Así, a la norma general y abstracta siempre le será atribuido un mismo sentido, y las consecuencias jurídicas, las normas particulares, que se aplican a las personas serán congruentes entre sí, consecuentemente se garantizará la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

Se ha establecido entonces que la guía en la aplicación de la norma al caso concreto debe ser la jurisprudencia como fuente de derecho. Para ello, entonces se requiere de un superior en grado de conocimiento de la rama judicial, es decir de una alta corte, que si bien no tendría poder jerárquico funcional sobre los jueces de inferior grado, si tendría la potestad de definir una interpretación adecuada del ordenamiento a la cual se han de ceñir todos los funcionarios judiciales, salvo que cumplan con la carga de una fundamentación adecuada, que explique porque se apartan del precedente.

Por ello, la Constitución en el mismo artículo en el cual determina que los jueces están sometidos a la ley, además establece que la jurisprudencia ha de ser un criterio auxiliar de la actividad judicial, y por tanto se entiende que éstos están sometidos de manera subsidiaria a la ley, a las decisiones de las altas cortes colombianas, cada una en su respectiva jurisdicción: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, y la Corte Constitucional.

En relación con ello, la Corte Constitucional en el sentencia C-590 de 2005¹³, en la cual se permitió con efecto *erga omnes* la tutela contra sentencia al estudiar la ley 906 de 2004, y se definió los casos en que la misma procedía, se estableció que uno de los defectos en que podía incurrir una sentencia era el desconocimiento del precedente. Se definió como una sentencia en la cual *“(...) la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencial.”*¹⁴

Igualmente en desarrollo de esta causal de tutela contra sentencias se estableció que *“(...) la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”*¹⁵ Asimismo sostuvo la Corte en la sentencia T-047 de 2007 que dicha causal *“(...) se explica al menos por cuatro razones: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de “disciplina judicial”, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial.”*

¹³ M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁴ T-049 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁵ T-158 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

Dicha corporación ha sostenido que el límite a la autonomía y a la independencia del juez radica especialmente en la garantía al derecho a la igualdad¹⁶, y con razón a ello ha sostenido que: *“(C)on el propósito de armonizar el principio constitucional que exige un trato igualitario en los estrados judiciales para todos los asociados, con la autonomía interpretativa del juez protegida también por la Constitución, la jurisprudencia ha establecido algunos criterios:*

- (i) *La interpretación en sí misma no es objeto del control constitucional. El primer lugar ha reconocido que las providencias que versan sobre la interpretación y aplicación del derecho no pueden, en principio, ser objeto de control constitucional en sí mismas por vía de tutela, si en ellas no se configura uno de los requisitos de procedibilidad mencionados, (Fundamento número 4), producto de una actuación abiertamente caprichosa frente al orden jurídico por parte de la autoridad judicial, que genera la violación de derechos fundamentales¹⁷.*
- (ii) *Los límites a la autonomía. Sin embargo, también ha señalado que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallado. Esos criterios objetivos son: a). El juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta; b) El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir¹⁸. c) Si bien, ese criterio o precedente puede ser*

¹⁶ T-100 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

¹⁷ Sentencias T- 073 de 1997, C-836 de 2001; T-698 de 2004. La Corte ha sostenido que no toda discrepancia interpretativa -defecto sustantivo- conlleva, *prima facie*, la ocurrencia de una vía de hecho. Las posibles diferencias de interpretación, sustentadas en un principio de razón suficiente, no pueden ser calificadas entonces como vías de hecho, pues, la eventual disparidad de criterios sobre un mismo asunto no implica un desconocimiento *per se* de la juridicidad.

¹⁸ Este criterio objetivo se ha desarrollado a través del principio de doctrina probable, el cual constituye también un límite a la autonomía del juez. Este principio supone el respeto de los órganos

refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez de instancia o tribunal, bajo supuestos específicos¹⁹; d) el precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico²⁰; e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución.²¹ El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial.²²

- (iii) Criterios para apartarse del precedente. Para proteger el principio de igualdad, el juez en principio no puede apartarse de sus pronunciamientos (precedentes), cuando el asunto a resolver presenta características iguales o similares a las que ha fallado anteriormente²³. Pero, ello no quiere decir que los precedentes judiciales son inamovibles, es perfectamente plausible para una autoridad judicial apartarse de decisiones previas²⁴ que involucren hechos similares, siempre y cuando se sustenten debidamente las*

judiciales hacia la jurisprudencia fijada por el órgano superior, respeto que además de apoyarse en el derecho a la igualdad, emana también del carácter unitario de la nación, y especialmente de la judicatura, que demanda la existencia de instrumentos de unificación de la jurisprudencia nacional (C-836 de 2001 y SU-120 de 2003). Si bien el estado de certeza que crea el respeto por las decisiones judiciales previas no debe ser sacralizado en la medida en que las normas jurídicas requieren de la intervención de los jueces para que las apliquen en situaciones jurídicas cambiantes, la sujeción a la doctrina probable no implica una interpretación inmutable de la ley, sino un respeto a la confianza legítima de los asociados frente a las decisiones jurisprudenciales. Respetar esta doctrina asegura que los cambios jurisprudenciales no sean arbitrarios, que la modificación en la interpretación de las normas no se deba a un hecho del propio fallador, y que sea posible proteger las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad, en la aplicación e interpretación de la ley. (SU-120 de 2003).

¹⁹ T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-688 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²² En materia laboral, por ejemplo, la Corte ha señalado que so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. Ver Sentencia T-001/99. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-688 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-321 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁴ Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

razones por las cuales el operador se aparta o modifica una posición²⁵ jurisprudencial anterior.²⁶

En relación a ello, ha sostenido que hay dos tipos de desconocimiento de precedente, diferenciando entre precedente vertical y horizontal. El primero, se trata de las decisiones de órganos jerárquicamente superiores que por su función le corresponde unificar jurisprudencia dentro de su respectiva jurisdicción, identificando por ello dos ejemplos: la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores del Distrito Judicial en los casos en que por razones legales no le corresponda al máximo órgano²⁷.

Ahora bien, frente al precedente horizontal, ha sostenido la Corte que el mismo se refiere a que el juez debe ser coherente con las decisiones que el mismo haya tomado, sosteniendo como ejemplo que, “todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica - pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran 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. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones”²⁸

²⁵ Sobre el tema véanse las sentencias: SU-047 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1625 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁶ T-571 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁷ T.571 de 2007, T-688 de 2003 y T-698 de 2004.

²⁸ C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

En síntesis, el debido proceso como un derecho complejo, compuesto por varios principios, contiene el derecho al juez único, entendiendo este como la unidad de la rama judicial al fallar casos similares, en los cuales, por respeto a la igualdad, entre otros derechos, debe acogerse el precedente que ha sido sentado por sus superiores jerárquicos, o por sus mismas decisiones. Dicho derecho ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, quien ha establecido que se tiene derecho a la igualdad de trato frente a las autoridades judiciales, y que por tanto hay un límite a los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, y que en caso de no respetarse constituye una causal de tutela contra sentencia.

2. PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA:

2.1. NOCIÓN DE PRECEDENTE:

El precedente, puede definirse como una decisión relativa a un caso particular, cuyo elemento característico es contener una regla universalizable, esto es, susceptible de aplicarse en casos futuros cuando entre los hechos del primer caso y el segundo haya una identidad o pueda aplicarse una analogía.

El que la regla sea universalizable, implica en últimas que la decisión que un juez tomó en un caso concreto, reviste un efecto prescriptivo o normativo sobre el caso posterior, bajo la condición de que en la resolución del primer caso, se haya hecho una interpretación de las normas que suponga la creación de una regla que pueda usarse en la resolución de casos posteriores.

Es preciso resaltar, que para que se pueda hablar de precedente, la regla jurídica expresada como criterio de decisión se debió haber concretado en la resolución de un conflicto específico, en palabras de Taruffo *“el precedente no se comprende si la interpretación de la norma que se aplica en él no está concretada directamente con la hipótesis concreta que debe ser decidida”*²⁹

²⁹ TARUFFO, Michelle. *Páginas sobre justicia civil*. Precedente y Jurisprudencia, p. 558.

Una distinción importante a tener en cuenta cuando se habla de precedente es aquella entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. El primer concepto, según lo ha establecido la Corte Constitucional, hace referencia a aquellas partes o argumentos de la misma que establecen el principio general de la decisión tomada³⁰ y guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia³¹ o que están íntima e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de ésta³², en resumen, puede afirmarse que la *ratio decidendi* está compuesta por todos aquellos argumentos que constituyen el soporte o la base de la decisión tomada, en razón de la existencia de una relación directa entre éstos.

Por su parte, el concepto de *obiter dictum*³³ se refiere a los razonamientos que no constituyen *ratio decidendi*, sino que están dentro de la sentencia como consideraciones de paso o incidentales.

La anterior diferencia cobra sentido a efectos de identificar cuáles apartes de las sentencias son obligatorios, y cuáles no lo son. Siguiendo a Diego Eduardo López Medina, podemos afirmar que “*sólo están cubiertos con el valor del precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su ratio decidendi*”³⁴

Una segunda distinción que es pertinente efectuar es la que supone el concepto de dirección del precedente, según el cual, éste puede ser vertical u horizontal. El primero, se presenta en el supuesto en el cual un juez decide un caso concreto y posteriormente un caso similar debe decidirse por un juez de menor grado que el primero. Atendiendo a un criterio de legitimidad en razón de la jerarquía, podría afirmarse que entre más elevado es el órgano que crea el precedente, más autorizadas son

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-047/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-131/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero

³² Corte Constitucional. Sentencia 038/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³³ Este término significa literalmente “dicho gratuitamente”.

³⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá : Legis, 2006, 366 p. 106.

sus decisiones, en el sentido de tener mayor fuerza persuasiva, en palabras de Taruffo “... *la fuerza del precedente desciende de lo alto a lo bajo: los verdaderos tribunales del precedente son los tribunales supremos, cuyas decisiones se imponen a todos los órganos judiciales de grado inferior; luego vienen los tribunales de apelación, y así va descendiendo en la escala judicial*”³⁵. No obstante, es preciso considerar que hay múltiples excepciones a estos casos, pues los tribunales supremos emiten con frecuencia decisiones fundamentadas en argumentos débiles y así mismo, jueces de menor jerarquía emiten decisiones jurídicamente impecables.

Por su parte, el precedente horizontal, hace referencia a los casos que son decididos por órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel del juez que decidió por primera vez el caso.

Las principales características del precedente son:

1. Hace referencia a un caso particular, esto es, lo constituye la interpretación de la norma que se hizo en el caso resuelto.
2. Lleva inmersa una regla susceptible de ser universal, es decir, que puede servir de herramienta para la resolución de casos futuros que guarden una identidad fáctica con el caso original.
3. Es sólo la parte de la sentencia que contiene la máxima o la regla de derecho la que constituye el precedente, es decir, la *ratio decidendi* y no aquellos argumentos y afirmaciones que el juez adujo de paso, *obiter dicta*.

³⁵ TARUFFO, Ob. Cit., p. 564.

Según Raz³⁶, los jueces en su razonamiento deben seguir dos reglas: las de reconocimiento y las de discrecionalidad. En virtud de las primeras, éstos tienen el deber de aplicar las disposiciones jurídicas cuando sean pertinentes y cuando se encuentren con conflictos no regulados, es decir, le señalan cuáles disposiciones jurídicas deben aplicarse a ese caso concreto. Las segundas, le sirven de hilo conductor en la solución de casos que no tienen solución mediante normas del ordenamiento jurídico.

El precedente es un ejemplo o tipo particular de regla de reconocimiento, pues las decisiones judiciales son vinculantes en razón del reconocimiento que reciben por los tribunales, es decir, los mismos jueces al aplicar reiteradamente un precedente, le reconocen un determinado valor. Es necesario considerar, entonces que los precedentes, al igual que el derecho legislado, son disposiciones jurídicas y por tanto, en términos de Raz, serían reglas de segundo orden excluyentes en el razonamiento práctico, es decir, cuando existan normas jurídicas, incluyendo como vemos en ellas el precedente, éstas serán las razones para decidir los casos y no otro tipo de motivos (morales, políticos...).

2. 2. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE:

La Corte Constitucional ha tratado en reiteradas oportunidades el tema de la fuerza vinculante de las sentencias como providencias que resuelven un caso determinado y además como manifestación de interpretaciones del ordenamiento jurídico.

³⁶ RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho*. Ensayos sobre derecho y moral, México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto De Investigaciones Jurídicas, 1985.

La sentencia SU-047 fue una de las primeras en abordar el tema, en ella la Corte afirmó que el respeto por los precedentes, era necesario por cuatro razones:

1. Para dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, dado que las normas deben tener un significado estable y para ello las decisiones de los jueces deben ser previsibles.
2. La seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico puesto que una variación infundada de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas al quedar sometidos los ciudadanos a los cambiantes criterios de los jueces.
3. En virtud del principio de igualdad dado que no es justo que casos compuestos por los mismos hechos, sean resueltos de distinta forma por el mismo juez.
4. Como un mecanismo de control para la propia actividad judicial pues el deber de respetar el precedente obliga a los jueces a identificar otros casos diferentes con hechos análogos y por esta vía implica una mínima racionalidad y universalidad.

No obstante, en ésta misma sentencia, la Corte Constitucional evidencia la tensión existente entre la búsqueda de la seguridad jurídica y la realización de la justicia material en cada caso concreto, la cual supone la posibilidad de que los jueces varíen sus interpretaciones y decisiones cuando éstas sean equivocadas. En palabras de la Corte: *“El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las*

eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas.³⁷

Más adelante, en la sentencia C-836 de 2001 ya mencionada, la cual estudió el artículo 4 de la ley 169 de 1896 sobre doctrina probable, concluyó que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia no vinculan a los jueces de inferior rango dado que las autoridades judiciales desempeñan sus funciones de manera autónoma. No obstante, según lo afirma la Corte, se debe considerar que la Constitución Política de Colombia establece que nuestro país es un “*Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria*” lo cual implica la unidad del ordenamiento jurídico e impide en consecuencia interpretar la autonomía de los jueces como la facultad de decidir los diversos casos sin tener en cuenta la interpretación de los órganos jurisdiccionales de cierre. En palabras de la Corte: “*La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio- un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores. En la justicia*

³⁷Corte Constitucional. SU-047/1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*ordinaria dicha estructura tiene a la Corte Suprema en la cabeza, y eso significa que ella es la encargada de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución.*³⁸

Por otra parte, ésta misma sentencia, estableció algunos supuestos en los cuales sería viable o se haría necesario efectuar variaciones en los precedentes fijados, como por ejemplo un cambio en la legislación, situación que presupondría una modificación de la jurisprudencia con el fin de no contravenir la voluntad del legislador; un segundo caso es cuando se presenta un error sobreviniente, en razón de que la doctrina que en una situación social determinada fue adecuada pero no responde satisfactoriamente al cambio social posterior; y en tercer lugar, se puede variar la jurisprudencia en razón de que la Corte considere que ésta resulta errónea por ir en contra de los valores, objetivos, principios y derechos en los cuales se fundamenta el ordenamiento jurídico.

Posteriormente, en la sentencia T-766 de 2008 la Corte Constitucional, sostuvo que el respeto por las decisiones de los jueces de superior jerarquía, en especial, aquellas proferidas por los órganos de cierre en cada jurisdicción, no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino un deber de obligatorio cumplimiento. Lo anterior, se fundamentó en los siguientes argumentos:

1. El principio de igualdad es vinculante para todas las autoridades y presupone que los supuestos fácticos iguales se resuelvan en el mismo sentido y por esto con la misma consecuencia jurídica.
2. El principio de cosa juzgada supone que los destinatarios de las decisiones judiciales puedan prever en cierta medida, esto es, con una certeza razonable, las interpretaciones de los jueces.

³⁸Corte Constitucional Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3. La autonomía judicial debe considerar la naturaleza regulada de la decisión judicial, conceptos que deben interpretarse armónicamente para garantizar la eficacia del Estado de Derecho.
4. En virtud de la existencia de expectativas legítimas con protección jurídica, los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones.
5. El sistema jurídico presupone un mínimo de coherencia en su interior.

En este punto, es necesario volver al concepto ya explicado de la *ratio decidendi* y *obiter dicta*, pues sólo los precedentes relacionados directamente con la primera, esto es, las consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el caso sometido a consideración del juez, son vinculantes para los demás jueces.

2.3. NOCIÓN DE JURISPRUDENCIA:

Por su parte, la Jurisprudencia en los países de tradición romano-germánica, puede definirse como el conjunto de decisiones de las altas cortes, a partir de las cuales es posible extraer una regla jurídica susceptible de aplicarse a casos futuros.

A pesar de que actualmente no se incluye la jurisprudencia dentro de las fuentes obligatorias del derecho en Colombia, sino que se le atribuye una fuerza persuasiva, desde el punto de vista histórico, dicha concepción constituye un avance significativo con respecto a las ideas predominantes en la época de la ilustración que consistían en ver los jueces como “la

*boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*³⁹.

Lo anterior, adquiere especial relevancia en el contexto Colombiano, específicamente en el marco del Estado Social de Derecho que exige reconocer al juez un papel creador, no sólo por las limitaciones materiales de la actividad legislativa sino por los principios y pilares que fundamentan dicho modelo de Estado. En palabras de la Corte Constitucional⁴⁰: *“El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (“Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**”).”*

La jurisprudencia se compone por el conjunto de sentencias que han interpretado una disposición en el mismo sentido, sin considerar los hechos que dieron origen a las sentencias que la conforman. Además,

³⁹ MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. 14ª Edición. México : Porrúa, 2001, p. 108.

⁴⁰ Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

ésta sólo puede fijarse por los tribunales de cierre y por los jueces constitucionales pero no por jueces de primera instancia.

Un elemento importante a tener en cuenta en el contexto de la jurisprudencia es la ley 169 de 1986, en la cual se origina el concepto de doctrina probable y a su vez crea el recurso de casación con el fin de *“uniformar la jurisprudencia, y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en asuntos civiles y en juicio ordinario o que tenga carácter de tal; y contra las que se pronuncien en los juicios de concurso de acreedores y los de sucesión por causa de muerte”*⁴¹.

Siguiendo el propósito enunciado, el artículo 4 de la ley 169 de 1896 creó el concepto de doctrina probable, que hace referencia a que *“tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarlas en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.* La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de éste artículo en la sentencia C- 836 del 9 de agosto de 2001, en la cual resolvió declarar dicha norma exequible siempre y cuando la Corte Suprema de Justicia y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, *“(…) al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión (…)*”.

Uno de los fundamentos de la Corte para declarar la constitucionalidad de la norma, consiste en el derecho a la igualdad que además de ser un

⁴¹Ley 169 de 1896. Art. 1

principio que debe guiar la actividad estatal, constituye un derecho fundamental de las personas que comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley, y la igualdad de protección y trato por las autoridades, garantías que en lo que respecta a la actividad judicial, operan conjuntamente y suponen una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.

2.4. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA:

Según lo visto hasta este punto, es claro que el precedente y la jurisprudencia no son sinónimos sino que entre ellos pueden encontrarse diferencias esenciales, y por tanto el usarlos indistintamente como se hace usualmente, consiste en una falta de técnica jurídica.

Puntualmente, las diferencias entre estos dos conceptos pueden recogerse así:

1. El precedente es obligatorio aunque se sustente en una sola sentencia, en cambio la jurisprudencia debe derivarse de varias sentencias y su fuerza es meramente persuasiva, no obligatoria.
2. La obligatoriedad del precedente se fundamenta en que la sentencia anterior decidió sobre unos hechos relevantes que se asimilan a los que está conociendo el juez posterior, es decir, son los hechos del caso precedente los que determinan la aplicación de la *ratio decidendi* a los nuevos, esto en razón de que *“la propia ratio decidendi se conforma tanto por la regla de derecho como por*

*los hechos a los que se aplicó la sentencia en que se sustenta*⁴². Por su parte, la jurisprudencia se conforma por el criterio de interpretación de la ley, que un tribunal sostiene de forma repetida en sus sentencias, lo cual implica que ésta es por lo regular un criterio de interpretación jurídica dentro de la cual los hechos tienen una función residual.

3. El precedente puede fijarse por jueces de cualquier instancia pese a que en últimas, los precedentes establecidos por los órganos jurisdiccionales superiores tienen mayor fuerza vinculante. Por su parte, la jurisprudencia sólo puede fijarse por los tribunales supremos o de casación y por los constitucionales pero no por los de primera instancia.

No obstante lo anterior, en Colombia las nociones de Jurisprudencia y precedente se tratan como equivalentes por las altas cortes, de allí que las exigencias a las cuales se refiere la Corte Constitucional para apartarse de las posiciones sentadas por éstas, no sólo incluyen decisiones que constituyen precedente sino también aquellas que son jurisprudencia. Igualmente, es menester señalar que podría considerarse que la causal de procedibilidad de la acción de tutela a la que haremos referencia más adelante cobija las violaciones de ambos términos.

⁴² FAVELA, José Ovalle. *Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia*. En: *Nuevas Tendencias del Derecho Procesal Constitucional y legal*. Medellín : Editorial Universidad de Medellín. p. 60.

2.5. CARGAS NECESARIAS PARA APARTARSE TANTO DEL PRECEDENTE COMO DE LA JURISPRUDENCIA:

Como ya se afirmó, siguiendo a la Corte Constitucional, los jueces están obligados *prima facie* a los precedentes y jurisprudencia fijados por los diversos tribunales, en especial a los sentados por los órganos de cierre, no obstante, pueden apartarse de éstos en algunas situaciones determinadas por la Corte Constitucional, que así lo exigen.

Lo anterior, no puede hacerse de cualquier forma, sino que el juez, que pretende apartarse, debe cumplir dos cargas:

1. Debe hacer referencia a la posición que se propone abandonar, es decir, debe identificarla, lo cual garantiza que la reconozca y no pase inadvertida como si nunca hubiese existido.
2. Debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario seguir un camino distinto al fijado por la alta corte.

Lo anterior supone que *“la vinculación del precedente exige tener en cuenta la providencia anterior y al separarse de ella, no sólo motivar la decisión, sino ofrecer argumentos suficientes y contundentes para demostrar que lo dicho con anterioridad no es válido, es insuficiente o es incorrecto. Ello implica, entonces, justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo de esta manera se logra superar la vinculación del precedente y el deber de resolver en forma igual casos iguales.”*⁴³

⁴³Corte Constitucional. Sentencia T-783 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

La consecuencia de que un funcionario judicial se aparte de su propio precedente o de aquel resuelto por un superior funcional, incumpliendo las cargas mencionadas, es decir, porque omite referirse a ellos o por qué no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, es la violación a los derechos de la igualdad y debido proceso, lo cual a su vez, originaría la posibilidad de la protección mediante la acción de tutela. En palabras de la Corte Constitucional: *“cuando un juez no aplica la misma razón de derecho ni llega a la misma conclusión jurídica cuando analiza los mismos supuestos de hecho, incurre en una vía de hecho que puede ser superada por medio de la acción de tutela.”*⁴⁴

2.6. LA VIOLACIÓN AL PRECEDENTE COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS:

En el escenario de la tutela contra providencias judiciales, el concepto de precedente adquiere ciertos elementos nuevos e importancia especial, por lo cual es preciso profundizar en este tema. La Corte Constitucional, en sus sentencias C- 543/92, T – 079/93 y C- 590/05 ha desarrollado la problemática de la tutela contra providencias judiciales, estableciendo una doctrina nutrida y detallada respecto su procedencia, requisitos generales y requisitos especiales. En este sentido, ha afirmado la Corte que en general es posible interponer una acción de tutela contra una decisión judicial, siempre y cuando se esté al frente de una de dos situaciones:

a) Que el juez haya incurrido en una de las siguientes causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela⁴⁵: defecto procesal, defecto

⁴⁴Corte Constitucional. Sentencia T- 117 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁵ Es preciso aclarar que el término vía de hecho experimentó una evolución terminológica hacia el concepto “causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela” no obstante a lo largo de éste documento, se utilizarán como sinónimos.

orgánico o falta de competencia, defecto fáctico absoluto, consecuencia o defecto material o sustancial.

b) Que se haya vulnerado la Constitución Política por desconocimiento del precedente *iusfundamental* o por afectación directa del texto constitucional.

Es el segundo punto, el que se erige como un nuevo campo de acción, en el que el concepto del precedente adquiere ciertos matices y elementos concretos que es preciso destacar. Esta segunda hipótesis se da cuando la Corte Constitucional ha fijado el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una norma del ordenamiento jurídico para resolver un caso concreto, desconociendo o limitando sustancialmente dicho alcance. En este orden de ideas, encontramos un concepto distinto al que se viene tratando, esto es, el de “*el precedente iusfundamental*”, que podría definirse como la delimitación que, vía jurisprudencia, ha delineado el tribunal constitucional de un derecho fundamental.

En este caso, la tutela procede como una herramienta para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Además, se constituye como un mecanismo para reforzar la seguridad jurídica, principio rector de vital importancia en el ordenamiento jurídico, debido que por esta vía, se garantiza que los ciudadanos que acudan a la justicia en búsqueda de protección a sus derechos fundamentales, puedan conocer cuál es núcleo esencial de éstos, prever si se encuentran dentro de la esfera de protección establecida por el Estado y consecuentemente, que puedan tener una guía para saber en qué sentido debe fallar el juez que conoce el caso.

El desconocimiento del precedente constitucional, tiene dos dimensiones: por una parte, el carácter vinculante y obligatorio de las sentencias de

constitucionalidad cuyos efectos son erga omnes y por otra, el hecho de que el juez constitucional, está atado en principio a los precedentes fijados en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional.

Respecto a lo primero, es preciso dejar claro que las sentencias de constitucionalidad dado sus efectos erga omnes, tienen un carácter vinculante para todas las autoridades sin ninguna excepción, por lo cual, la Corte Constitucional ha sostenido que incurre en una vía de hecho por defecto material, aquel juez que decide un caso particular bien sea desconociendo un fallo que previamente ha declarado una norma constitucional y la inaplica, o aplica una disposición que se declaró inconstitucional en el pasado. En este sentido, puede concluirse que, en cuanto a las sentencias que definen la constitucionalidad de una disposición, el juez está atado a la decisión que tome el máximo intérprete de la Carta Política, sin que tenga ninguna posibilidad de apartarse de su precedente so pena de caer en una vía de hecho que va a hacer que su decisión sea objeto de impugnación vía tutela.

Lo anterior es distinto cuando se trata de las acciones de tutela, pues éstas cuentan con una fuerza vinculante propia toda vez que prima facie, es decir, en principio, y no absoluta como en el caso de las sentencias de constitucionalidad. Esto se explica en razón de que el juez está vinculado en primera medida a las sentencias de tutela a través de las cuales la Corte Constitucional define el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, no obstante, puede apartarse de éste precedente siempre y cuando justifique adecuada y suficientemente los motivos que lo llevan a apartarse del mismo. Dicha posibilidad se explica en razón del principio de autonomía funcional y en el reconocimiento de que gracias a las decisiones de los tribunales y jueces de inferior jerarquía, en muchos casos se da la evolución, corrección y actualización del derecho.

Pese a que los jueces en últimas pueden alejarse del precedente constitucional mediante el cual se ha definido el alcance de los derechos fundamentales, ésta opción debe entenderse como una vía subsidiaria o secundaria, es decir, debe considerarse que en principio, en aras de garantizar una interpretación armónica y uniforme y propender por la igualdad y la seguridad jurídica, se debe seguir la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional.

Se debe tener en cuenta que la mencionada Corte, fue creada precisamente como máximo intérprete de la Carta Política y es en desarrollo de ésta función que se encarga de reunir mediante sus sentencias, los elementos que constituyen el núcleo esencial de los derechos fundamentales y por tanto el alcance que éstos tienen de cara a la protección que el Estado debe brindar en caso de que sean vulnerados. No obstante, si se aceptara que los jueces tienen una discrecionalidad absoluta para conjugar a su manera dichos elementos, se estaría desdibujando la función principal de la Corte y habría un caos al interior del ordenamiento jurídico, específicamente en materia constitucional. Es por ello que deben existir ciertas cargas que exijan que los jueces que deseen apartarse de esa guía interpretativa o hilo conductor fijado por la alta corte, lo hagan de manera concienzuda y juiciosa, es decir, con el fin de corregir o hacer que una determinada postura jurisprudencial que se ha vuelto inocua o inoperante, se modifique.

De todo lo anterior puede concluirse que la doctrina encuentra claros elementos diferenciadores entre el concepto de precedente y el de jurisprudencia, refiriéndose al primero cuando se está en presencia de una decisión de un caso particular en la cual subyace una regla universalizable. Por la segunda, se ha entendido aquellos criterios de interpretación de las leyes usados por parte de los tribunales. No

obstante, al interior del ordenamiento jurídico colombiano, éstos dos términos se usan indistintamente incurriéndose en una falta de técnica jurídica que lleva imprecisiones que dificultan la comprensión de figuras creadas al interior del ordenamiento. Aún así, lo cierto del caso es que si se reconoce que los tribunales de cierre tienen la potestad de influenciar a los jueces de inferior jerarquía por medio de sus decisiones de manera que sus interpretaciones de las leyes se integren al ordenamiento jurídico dotándolo de armonía y coherencia.

3. LAS FUNCIONES DE LAS ALTAS CORTES: MODELOS COMPARADOS

Antes de analizar la dinámica propia de las altas cortes en Colombia es preciso estudiar las funciones que se le han otorgado a éstas en el mundo por medio de los distintos modelos adoptados. Con ello se pretende determinar en cuál de éstos encajan los tribunales de cierre que existen en Colombia.

Las funciones que se le otorgan a las altas cortes cambian según la tradición jurídica y el momento histórico del cual se trate. Cada Estado diseña su sistema judicial con el fin de proteger aquellos valores jurídicos que considera esenciales para la buena administración de justicia y por ello, la labor que se le asigna al más alto tribunal será un reflejo de los ideales políticos y jurídicos del territorio.

Así en un principio, el italiano Piero Calamandrei, consideró que la función de las cortes debía ser la nomofilaxis, entendida como *“la finalidad de mantener, en la actividad de los magistrados encargados de definir el derecho, la observancia de la ley”*⁴⁶, reflejando su tradición positivista, en la cual la labor del juez supremo era verificar la correcta aplicación de la ley. Sin embargo, con el tiempo, fue claro que la ley no era un sistema completo y coherente y que por lo tanto las altas cortes debían también determinar el sentido de la norma, para así garantizar la seguridad

⁴⁶ CALAMMADREI, Piero. *La casación Civil*. T. I vol. II. Buenos Aires : Ed. Bibliografía Argentina, 1961. P. 85.

jurídica. No obstante, todavía se considera que la nomofilaxis es propia de las altas cortes, entendida como la defensa del derecho.

Hoy en día, hay autores⁴⁷ que clasifican las funciones de las altas cortes, especialmente las cortes de casación en dos: el *iusconstitutionis* y el *iuslitigatoris*. El primero de ellos se refiere a la defensa del ordenamiento jurídico como cuestión de interés público, para lo cual las decisiones de los altos tribunales han de controlar, vigilar y proteger el sistema en general, por medio de la nomofilaxis y la creación del derecho por medio de la jurisprudencia. El segundo, trata del interés privado en la solución del conflicto, es decir el interés de las partes en la adecuada resolución del caso concreto.

Para efectos del desarrollo de este tema, se estudiará especialmente la exposición que hace Michelle Taruffo⁴⁸, quien plantea una concepción que no sólo parte de las cortes de casación, sino que explora las funciones de las altas cortes, en general, pertenecientes incluso a distintos sistemas jurídicos. Por ello, resulta ser una teoría más amplia e incluyente, en la cual caben tanto la Corte Suprema de Justicia, que es una corte de casación, como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que no corresponden a dicho patrón.

En su texto “Páginas sobre justicia civil”, Michelle Taruffo desarrolla lo que él considera que son las principales funciones de las altas cortes en un sistema jurídico, allí concluye que éstas hacen un control de legalidad de las decisiones de los jueces inferiores y por otro lado, establecen y controlan la jurisprudencia. Sin embargo, dicho autor señala que no todas las cortes cumplen dichas funciones en la misma medida, y en ese sentido “*no es suficiente identificar de manera general las dos funciones*

⁴⁷ BENAVENTE, María Angeles Catalina. *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2010.

⁴⁸ TARUFFO, Op. Cit., p. 93-103.

*para agotar la descripción de lo que hacen las cortes supremas, sino que es conveniente sobre todo, profundizar el análisis de las modalidades específicas con las cuales desarrollan sus tareas institucionales*⁴⁹.

Para ello, Taruffo identifica tres modelos principales a los cuales se ajustan las distintas altas cortes pertenecientes tanto de los sistemas del *civil law* como del *common law*, y son: el modelo angloamericano, el alemán y el franco italiano. En cada uno de estos modelos se pretende cumplir con las dos funciones principales, sin embargo según el sistema jurídico y los valores del mismo será posible determinar cuál de ellas es la labor más preponderante.

En primer lugar, se estudia el modelo angloamericano conformado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y la House of Lords de Inglaterra, a las cuales se les denomina corte de precedente. Por regla general, éstas hacen un control de legalidad y legitimidad de las decisiones de los jueces inferiores, sin entrar a estudiar a fondo los hechos de las causas. En ese sentido, verifican la correcta aplicación e interpretación de la norma; de allí que sus decisiones no se limiten al caso concreto, sino que en las mismas se plantea una regla con vocación de universalidad que podrá ser aplicada a casos con supuestos de hechos similares. De lo anterior, se concluye que las mismas cumplen las dos funciones presentadas por Taruffo, aunque él mismo señala que le asignan mayor importancia a la llamada unificación de jurisprudencia, realizando la llamada nomofilaxis por precedente, es decir el *ius constitutionis*.

Sin embargo, el autor señala que *“el precedente no es formalmente vinculante ni siquiera en los sistemas del common law, así que es conveniente hablar de la eficacia o la <fuerza> persuasiva de este*

⁴⁹ Ibid., p. 93.

precedente, en lugar de su obligatoriedad".⁵⁰ Por ello, se establece que en éste modelo las cortes le asignan gran importancia a una interpretación coherente del sistema jurídico, con reiteraciones consecuentes; de manera que sus decisiones efectivamente sean tenidas en cuentas por los distintos operadores jurídicos. Gran parte del éxito en la búsqueda de la eficacia persuasiva, se debe al manejo que han hecho de dos facultades que comparten las cortes de este modelo, que les permite mantener un control estricto de los fallos que emiten.

La primera de ellas se refiere al poder discrecional de escoger los casos que ameritan su pronunciamiento. En otras palabras, las altas cortes de este sistema tienen en gran medida la facultad de seleccionar los casos que ameritan su intervención, de aquellos que la solicitan. Por ello, se limitan a elegir casos que permiten la unificación de una jurisprudencia confusa, ya sea por presentarse un problema novedoso o un conflicto entre jueces inferiores, o para cambiar un precedente y ajustar lo que era una antigua norma de derecho a una situación social en evolución.

La segunda, relacionada íntimamente con la primera, se refiere al número limitado de casos en que dichas cortes intervienen. "*Actualmente, la House of Lords pronuncia menos de cien sentencias al año, y la Corte Suprema de los Estados Unidos pronuncia menos de doscientas, en una tendencia que se mueve hacia una reducción progresiva del número de casos que se deciden.*"⁵¹ Éstas no tienen la necesidad de pronunciarse reiteradamente sobre un mismo aspecto o norma, sino que consideran que una vez se ha sentado el precedente, éste ya tiene la facultad y está dotado de la autoridad para influenciar las decisiones de los jueces de inferior jerarquía.

⁵⁰ Ibid., p. 95.

⁵¹ Ibid., p. 96.

En conclusión tal como lo señala Taruffo *“pocos jueces que decidan pocos casos están en capacidad de producir una jurisprudencia coherente, susceptible de ser conocida y, sobre todo, con autoridad y capacidad de influenciar –en el sentido de una razonable uniformidad- la jurisprudencia posterior.”*⁵²

Por otro lado, se plantea el modelo alemán como un modelo intermedio, en el cual es claro que el alto tribunal es una tercera instancia, pero aún así es una corte que controla la legitimidad de las decisiones de los jueces inferiores, y también cumple con su función de unificación de jurisprudencia. A este tipo de alta corte se accede por medio de recurso, sin embargo, no se le da prioridad a los intereses de las partes, sino que la corte tiene cierto grado de poder discrecional relativo a los recursos que considera debe decidir. En ese sentido, a partir del 2001 se reguló el acceso a la alta corte y se estableció que esta sólo admitiría recursos cuando considere que hay una cuestión jurídica de fundamental importancia, cuando la decisión sirva para la evolución del derecho o para la creación de jurisprudencia nueva.

No obstante, su selección es menos rigurosa que aquella hecha por los tribunales del modelo angloamericano, y por eso llegan a decidir unos cuantos miles de casos al año. De allí se deriva que su participación en el ordenamiento jurídico sea constante, sin que por ello la eficacia persuasiva de sus decisiones se vea reducida. Por ello, el autor concluye que en dicho modelo también se plantea la nomofilaxis por precedente, especialmente considerando la vocación hacía el futuro que se le dan a las decisiones de la corte.

Por último, se presenta el modelo franco-italiano, el cual esta basado en la concepción de una corte de casación. De acuerdo a sus orígenes, las

⁵² Ibid., p. 97.

cortes de este modelo han de hacer un control de legalidad, además de determinar la correcta interpretación y aplicación de las normas de derecho, es decir de unificar el precedente. Sin embargo, dichas cortes se han caracterizado por un alto número de decisiones dado su fácil acceso, y por tanto han requerido de un alto número de magistrados para solucionar todos los casos. Esto ha llevado a que en muchos casos se haga un control de la legalidad de la norma concreta creada en la decisión de instancia, sin necesariamente entrar a definir interpretaciones correctas que pudieran utilizarse para casos futuros. Es decir, su interés primordial termina siendo la resolución del caso concreto, sin necesariamente llegar a crear precedente que deba ser acatado por los jueces de inferior jerarquía.

En atención a su alto número de sentencias anuales, muchas de sus decisiones terminan siendo contradictorias, creando en últimas una jurisprudencia caótica y fragmentaria. *“En un contexto de este tipo, parece difícil hablar de eficacia del precedente en sentido estricto. Mas bien, se habla de <jurisprudencia> para aludir –precisamente- a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual (...) cada uno, tarde o temprano, con un poco de paciencia, encuentra lo que le sirve.”*⁵³ Por lo anterior, el autor concluye que en muchos de estos casos se trata de una nomofilaxis *“de la cuestión específica planteada en cada motivo concreto de cada recurso propuesto ante la corte”*, o una defensa del ius litigatoris.⁵⁴

El últimas el funcionamiento de cada modelo es sustancialmente distinto, dado que en cada uno se persiguen finalidades disímiles. Es claro, por tanto, que hay sistemas que pretenden un ordenamiento jurídico coherente y racional, en el cual se garantice el derecho al juez único y

⁵³ *Ibíd.*, p. 103.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 104.

cierta previsibilidad de las decisiones, protegiendo la seguridad jurídica, como valor del ordenamiento. En este caso el diseño de la corte deberá tener características similares a aquellas planteadas en el modelo angloamericano y alemán; entre ellas, tal vez la más importante, la facultad discrecional de decidir cuales casos ameritan su pronunciamiento según unas directrices previamente establecidas con finalidades de unificación de jurisprudencia.

Por otro lado, hay otros sistemas en los cuales es predominante el papel que se le otorga a los intereses de las partes en la resolución de su caso concreto, y por tanto se protege más el derecho a acceder a la justicia en cada caso. En estos ordenamientos, el diseño de la corte se verá más enfocado a su fácil acceso, de manera que las partes del conflicto tengan la facultad de acudir a otra instancia a presentar sus alegatos, buscando un sistema similar al italiano o francés. Así el constituyente de cada ordenamiento diseñará la cabeza de la rama judicial según las finalidades que tenga en mente perseguir, pues es claro que desde allí se verán reflejados los valores del sistema.

Por ello, al estudiar una alta corte en particular hay que considerar todas las opciones posibles, dado que no es suficiente asignarle teóricamente determinadas tareas a todos los altos tribunales por igual, sino que se ha de entrar a estudiar su diseño y funcionamiento para concluir sus verdaderas finalidades, y el éxito que se ha tenido en la consecución de las mismas. Precisamente en la búsqueda de los objetivos de esta exposición se debe continuar a estudiar el funcionamiento y diseño de las tres altas cortes colombianas: la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

4. LAS ALTAS CORTES EN COLOMBIA.

Con la aparición de la Constitución de 1991 la composición y organización que se le dio a la rama judicial cambió radicalmente en comparación con la Constitución de 1886. Con esta nueva carta política apareció una nueva corte en cabeza de una jurisdicción aparte, que adquirió especial importancia por convertirse la Constitución en norma de normas. Con ello también surgieron cambios en la idea de jurisprudencia y en el manejo del precedente, pues poco a poco las concepciones de la ley 4ª de 1896 fueron cambiando para ajustarse a un nuevo orden jurídico, en el cual las decisiones judiciales, especialmente de las altas cortes tienen cada vez más importancia.

De acuerdo al artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado administran justicia, es decir les corresponde solucionar conflictos en los cuales aplican el derecho sustancial pertinente siguiendo las formalidades que prescribe el derecho procesal. Sin embargo, cada una de estas corporaciones es el tribunal de cierre de su respectiva jurisdicción, y como tal deben cumplir funciones adicionales a la simple administración de justicia. Entre éstas se encuentra vigilar la legalidad del sistema, y, administrar y controlar la jurisprudencia, labores típicas de las altas cortes según lo ha planteado la doctrina internacional.

No obstante, no todas las funciones que se le asignan a un alto tribunal tienen el mismo valor dentro del ordenamiento jurídico. Por ello habrá que estudiar la composición y dinámica de cada una de las altas cortes a la

luz de la Constitución del 91 para definir así que labor tiene prioridad y evaluar igualmente la eficacia en el cumplimiento de la misma, utilizando los modelos comparativos planteados en el capítulo anterior.

4.1. CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional apareció con la Constitución de 1991 como guardiana del texto supremo. En un principio, el constituyente quiso influenciar más que la organización del Estado y cambiar el orden jurídico con la esperanza de que ello llevara al progreso de la sociedad, al cambio social. Parte del cambio llegó con el artículo 4º en el cual se establecía que la Constitución era norma de normas y como tal prevalecía sobre el resto del ordenamiento. Igualmente, al incluir derechos fundamentales en la Carta Política, la asamblea decidió crear un mecanismo de protección, para que los mismos tuvieran una garantía efectiva. Dicho mecanismo fue la tutela, un procedimiento preferente y sumario para que el juez salvaguardara los bienes jurídicos más importantes, esenciales en la vida y el desarrollo del ser humano.

Con todos esos cambios, el constituyente decidió crear un nuevo tribunal al cual se le confiaría la guarda y supremacía de la constitución, que además de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes del país, también le correspondería revisar las decisiones judiciales relacionadas con las acciones de tutela. En ese sentido, la Corte se convirtió en tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, a la cual pertenecen todos los jueces del país al resolver acciones de tutela.

Al analizar la función que cumple la Corte Constitucional, es necesario aclarar que a dicha alta corte no se accede por medio de recurso, sino

que ella oficiosamente decide que casos ameritan su pronunciamiento. Según el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Corte designa dos magistrados que deberán decidir que casos habrán de ser revisados, en lo que se denomina Sala de Selección, ya sea para aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Todos los fallos del país, sean negados o concedidos, se remiten a la Corte para su eventual revisión en virtud del artículo 86 de la Carta Magna. En un proceso, en el cual participan cerca de 80 funcionarios de todos los niveles, de un promedio de 40.000 expedientes se seleccionan 60 al mes para ser revisados por las distintas salas de revisión. Aunque en dicho procedimiento se admiten peticiones de los ciudadanos e insistencias del Procurador General, del Defensor del Pueblo o alguno de los magistrados de la Corte, cada sala de selección es autónoma para decidir que casos ameritan la revisión.⁵⁵

Lo anterior diferencia claramente el modelo de la Corte a todos los modelos de altas cortes que se habían planteado anteriormente, pues en cada una de ellas hay un recurso o un tipo petición que han de realizar las partes para acceder al máximo tribunal. No obstante, dicha libertad debería llevar a un manejo responsable del precedente; lo cierto del caso es que la Corte tiene la posibilidad de escoger entre todos los casos, aquellos que considere que son necesarios para guiar la interpretación de determinada disposición, fijar el alcance de un derecho o cambiar su jurisprudencia anterior y, así tener un precedente con eficacia persuasiva que termine influenciando el ordenamiento jurídico. En ese sentido, sus criterios de selección deberían asemejarse a aquellos planteados en el modelo anglosajón, o incluso al alemán, en los cuales se requiere que más que cuestiones del caso concreto, el expediente tenga aspectos que permitan que en la decisión que se vaya a tomar se planteen aplicaciones

⁵⁵ Corte Constitucional, Disponible en : <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/tramite-seleccion.php>.

e interpretaciones para guiar la solución de casos futuros y por tanto que se inflencie el ordenamiento.

Sin embargo, la realidad es otra, dado que hay falta de regulación en la materia y no hay una política institucional clara, no hay criterios de selección unívocos, sino que se terminan eligiendo casos que fueron mal fallados en las instancias previas. Así la Corte no se plantea la importancia que el caso puede llegar a tener para su precedente, sino que se limita en muchas ocasiones a verificar la necesidad de corrección de la decisión del juez inferior. Por ello es que un gran porcentaje de los fallos de dicha alta Corte termina siendo reiteración de las decisiones anteriores en los temas más comunes: seguridad social, derecho de petición, debido proceso, estabilidad laboral reforzada y ayudas a los desplazados.

Asimismo hay que mencionar que si bien en dicha Corte hay pocos jueces, nueve en total, tal como en el sistema anglosajón; lo cierto es que las sentencias de la Corte son muy abundantes, de manera que es un tribunal de participación constante en el ordenamiento jurídico, verbigracia en el 2010 hubo se profirieron 1056 sentencias de las cuales 614 fueron en sede de tutela⁵⁶. Sin embargo, dicha participación no se traduce en una alta eficacia del precedente, como sucede en Alemania, sino que muchas veces, por su gran cantidad, los jueces de nivel inferior ignoran los cambios sutiles que se hace en la jurisprudencia. Otros desconocen su poder vinculante al ser considerada la jurisprudencia criterio auxiliar de la actividad judicial en virtud del artículo 230 de la Carta Política y, por tanto no se consideran atados a la ratio decidendi que llevó a la Corte a decidir de determinada manera. Así por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Bolívar desconoció la jurisprudencia de la Corte sentada en la sentencia T-607 de 2008, y en casos con el mismo supuesto de

⁵⁶ Datos presentados por el Consejo Superior de la Judicatura en febrero de 2011. Disponible en : http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/2010_0217_RamaJudicial.pdf. (Consultado el 15 de julio de 2011)

hecho fallo en contra de la Corporación, lo cual llevo a la promulgación de las sentencias T-279 de 2010, T- 782 de 2010⁵⁷, entre otras.

De todo lo anterior, es posible concluir que en la Corte Constitucional se cumplen las dos funciones asignadas a los altos tribunales: hacer un control de legalidad de las decisiones de los jueces inferiores y, establecer y controlar la jurisprudencia. Entre las mismas, sería posible concluir que dado su proceso de selección y los resultados que el mismo ha aportado, su interés primordial es el de la legalidad de las decisiones de instancia, y en últimas la protección de los derechos fundamentales de la comunidad colombiana. No obstante, dicha institución también hace esfuerzos⁵⁸, aunque no siempre exitosos, en el control de su precedente, y por tanto también hace nomofilaxis por precedente.

Ahora bien, dadas sus características especiales, la Corte no se ajusta exactamente a ninguno de los modelos comparados, sino que responde a las necesidades políticas y jurídicas que la Asamblea Constituyente en el 91 creyó indispensables para el nuevo orden del país. En ese momento se estableció que:

“...hemos llegado a la conclusión de que la Corte Constitucional es necesaria. Tarde o temprano habrá que responder las siguientes preguntas: ¿En manos de quién va a quedar la inmensa responsabilidad de interpretar y desarrollar por vía jurisprudencial la nueva Constitución? ¿A quién le van ustedes a confiar la tarea de impulsar en las próximas décadas las innovaciones constitucionales que surgirán de esta Asamblea? ¿Quién será el guardián de que esta Constitución nueva perdure y que la adapte a la realidad dinámica de Colombia? ¿Y, sobre todo, qué organismo

⁵⁷ En dichas sentencias, la Corte reitera la decisión tomada en la T-607 de 2008. En dichos casos, trabajadores de ECOPETROL solicitaron que se les protegiera el derecho al incremento salarial, vulnerado, según ellos, por un laudo arbitral confirmado por la Corte Suprema de Justicia. La Corte Constitucional reiteradamente ha concluido que la tutela no procede en dicho caso por no cumplirse el requisito de la inmediatez. Aún así, el Tribunal Administrativo de Bolívar continua salvaguardando el derecho, desconociendo el precedente de la Corte.

⁵⁸ Un ejemplo de esto son las sentencias de unificación, dado que se ha considerado que cuando la decisión va a cambiar la jurisprudencia de la institución, el magistrado ponente ha de solicitar el pronunciamiento de la sala plena, de manera que la decisión se tome por los nueve magistrados, no sólo por los tres que componen una sala de revisión.

tendrá a cargo la misión de impedir que cualquier autoridad poderosa mediante leyes, decretos, resoluciones, órdenes u otros actos o hechos administrativos detenga esta transformación que ustedes impulsan?

La respuesta es clara: una organización judicial que nazca con esa misión y que forme parte de esta nueva Colombia: a una organización judicial que esté dotada de los instrumentos suficientes para hacer cumplir los derechos, para facilitar el paso a la autonomía de las entidades territoriales, para resolver controversias de naturaleza tan particular que van a surgir de la creación de mecanismos de participación. Pensemos en el futuro. La nueva Constitución requiere para su cabal cumplimiento de un nuevo sistema de control constitucional.⁵⁹

Fue con esa transformación en mente que se creó este alto tribunal, con un propósito disímil a los demás: ayudar a la transformación jurídica y social de un país que pretendía una nueva forma de vida, una nueva forma de Estado: El Estado Social de Derecho. Tal vez fue por ello que en su diseño no se concentró en delimitar las labores tradicionales de una Alta Corte, sino que se le dieron las facultades para generar un impacto, para ser una participante importante del ordenamiento, tarea que ha asumido durante sus 20 años.

4.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia tiene orígenes más antiguos y ha intervenido constantemente en el desarrollo de la nación colombiana. Una vez los diferentes Estados Federales se fueron dando sus constituciones a principios del S.XIX, cada uno estableció un alto tribunal que representaba la cabeza de la rama judicial en su respectivo territorio. Es así como, en el 30 de Agosto de 1821 con la Constitución de la

⁵⁹ Gaceta Constitucional Número 56. Lunes 22 de abril de 1991, Bogotá, p. 5.

República de Colombia se creó la Alta Corte de Justicia, luego con la Carta Política del Estado de la Nueva Granada de 1832 se creó la Corte Suprema de Justicia, quien bajo la Carta Magna de 1853 se convertiría en la Suprema Corte de la Nación. Con la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 se transformó en la Corte Suprema de la Confederación, y luego fue Federal con la Carta de 1863. Finalmente con la Constitución de 1886 se consolidó la Corte Suprema de Justicia la cual tenía claramente influencias españolas de la Ley de enjuiciamiento de 1885, y de la Corte de Casación Francesa.

Era claro que su función desde ese entonces era ser tribunal de casación, y por tanto dirimir los conflictos que llegaran a ella por esta vía extraordinaria, pero, tenía además la función de decidir sobre la exequibilidad de las normas que fueran tachadas de inconstitucionales por parte del Gobierno. Era en últimas la cabeza de la administración de justicia, y en ese sentido era vital para el control entre los tres poderes principales: legislativo, ejecutivo y judicial. En ejercicio de dichas funciones fue que en 1990 le tocó pronunciarse sobre la legalidad del decreto que declaraba el estado de sitio y abrió paso a que se convocara la Asamblea Constituyente; en ese sentido contribuyó a lo que sería el nuevo mapa político y jurídico de Colombia de allí en adelante.

En la nueva Constitución, de acuerdo a los artículo 234 y siguientes, la Corte Suprema de Justicia se estableció como el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y como tal le corresponde actuar como tribunal de casación en dichas materias. Según los artículos 15 y 16 de la ley 270 de 1996, los magistrados de la Corte Suprema son 23 que se dividen en diferentes salas de casación según su especialidad. Hay 7 magistrados en la sala laboral, al igual que en la sala civil y agraria y, hay 9 en la sala penal. Cada una de ellas actúa como un órgano independiente, es decir que sus decisiones no son revisadas entre las distintas salas. De lo

anterior, ha de entenderse que si bien la Corte Suprema es un órgano jurisdiccional, lo cierto del caso es que dentro de ella se dividen por especialidad y sus pronunciamientos son independientes entre si y a cada una de estas salas le corresponde decidir los recursos de casación en sus respectivas áreas de conocimiento.

Para comprender la función que ejerce como cabeza de la jurisdicción ordinaria, es menester comprender primero como se accede a ella. Por ello es preciso definir que la Corte decide del recurso de casación, el recurso de revisión, es juez de instancia en algunos asuntos y es también juez constitucional en temas de tutela.

En cuanto al recurso extraordinario de revisión, se ha de entender que este permite que se anule una sentencia que ya está en firme, ya sea por violación flagrante al derecho de defensa, la moralidad, o la bilateralidad de la audiencia. El mismo procede incluso contra las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales superiores. Sin embargo, al tratar temas sobre los cuales ya había cosa juzgada, se ha entendido que *“La doctrina del derecho procesal universal, para rendir el indispensable homenaje a la exigencia de certeza de la declaración de los derechos e impedir en consecuencia la excesiva multiplicación de los recursos, ha estimado siempre que es necesario, en respeto a la seguridad jurídica, establecer severos límites al recurso de revisión. Como consecuencia las legislaciones han establecido, casi uniformemente, que la revisión sólo puede emplearse para reparar graves anomalías de ciertas determinadas sentencias.”*⁶⁰

No obstante, para efectos de determinar las funciones que cumple la Corte Suprema como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, de

⁶⁰ MURCIA BALLEEN, Humberto. *Recurso de revisión*. Bogotá : Librería Editorial El Foro de la Justicia, 1981, p. 136.

acuerdo a los modelos y teorías anteriormente planteados, el recurso de revisión no cabe dentro del análisis de unificación del precedente o del control de la legalidad de las decisiones de jueces inferiores. Dicho recurso cabe en un modelo distinto, en el cual se le hace un control posterior a la terminación del proceso, con el fin de proteger principios e intereses importantes para el ordenamiento jurídico. Aún así, las decisiones que toma la Corte Suprema de Justicia en cuanto decide recursos de revisión, pueden llegar a influenciar las decisiones de los jueces inferiores y, en ese sentido podrá constituir precedente por eficacia persuasiva, sin que por ello deje de ser una jurisprudencia caótica y contradictoria, como se expondrá adelante.

Como juez de tutela, la Corte Suprema de Justicia es juez de primera o segunda instancia, según la importancia del tema que se trate y, en razón de la competencia que los Decretos 2591 de 1991 y el 1382 de 2000 le asignan en dichos temas. Si bien no funge como alto tribunal, sino como juez de instancia y por tanto sus decisiones son susceptibles de revisión por parte de la Corte Constitucional, lo cierto del caso, es que igualmente, en razón de su alta posición en el ordenamiento jurídico, es susceptible de influenciar las decisiones de los jueces inferiores; de allí que se deberán analizar dichas decisiones como parte de la jurisprudencia de la corporación.

Ahora bien, la casación, como recurso extraordinario, es más que una tercera instancia, en la cual las partes tienen un interés en una resolución distinta del conflicto. Al llegar a la Corte Suprema, las decisiones de los tribunales cuentan con una presunción de acierto y de veracidad, que implica que hay una alta carga argumentativa requerida para su efectiva casación; por tanto el vicio en que incurre la sentencia debe tener cierta gravedad. Al respecto se ha dicho *“Los recursos extraordinarios convergen a otro fin primordial, especialmente público, de interés general*

*aun cuando de paso colaboren en la tarea de remediar el agravio de la parte que los interpone. El fin de la casación, por ejemplo, como garantía positiva de la certidumbre jurídica que imprime una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, se cumple en el examen de las sentencias, que son las que ofrecen el caso juzgado, y no en los autos.”*⁶¹

Sin embargo, la casación, dada su condición de extraordinaria, no procede por la simple voluntad de las partes o por su considerar que la decisión adolece de un yerro, sino que el legislador ha establecido unas causales, por medio de las cuales determina especialmente cuales vicios son de especial importancia para el ordenamiento jurídico en cada área específica⁶² y que por tanto requieren del pronunciamiento del alto tribunal.

Así las cosas, es claro que en su diseño, una de las funciones más importantes que ha de cumplir la Corte Suprema es la unificación de jurisprudencia, por medio de la correcta interpretación de las normas jurídicas que haga en sus sentencias. Igualmente, hace un control efectivo de la legalidad de las decisiones de los jueces anteriores, cuando alguna de las partes considere que se presenta alguno de los vicios contemplados por el legislador.

En la práctica, la sala civil y la sala laboral han sido especialmente estrictas con los recursos que tratan y con los requisitos que le exigen al recurrente para que efectivamente se llegue a casar la sentencia. En ese sentido, han sido formalistas, pero ello no ha llevado a que hagan un adecuado manejo de su precedente, pues si bien son exigentes en los

⁶¹ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Op. Cit., p. 558.

⁶² El civil las causales están definidas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el laboral por el artículo 87 del Código de Procedimiento laboral, y en penal el artículo 181 del Código de procedimiento penal. Causales que en su mayoría coinciden con los fines que tiene la casación, según la sentencia C-713/08 de la Corte Constitucional.

casos que tratan, su selección no depende del impacto que haría en la jurisprudencia dicha decisión, sino que parten del estricto cumplimiento de la ley. Una vez se admite el recurso y se considera que éste cumple los requisitos, se hace un estudio del caso según los temas planteados por el recurrente, lo cual no les permite analizar otros aspectos que deberían ser tratados por generar problemas interpretativos.

Por otro lado, el desarrollo ha sido distinto en la Sala Penal, la cual atendiendo a las finalidades del recurso de casación: *“la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia”*⁶³, ha entendido que el mismo no debe ser un recurso formal y limitado, sino que debería ser más amplio y así se deben legitimar a más sujetos y extender las causales, tal como se hizo con la Ley 553 de 2000⁶⁴. Incluso, más adelante, con sus desarrollos doctrinales de la ley 600 de 2000, se llegó a entender que si bien había causales más estrictas para admitir el recurso de casación, también debía existir la posibilidad que cuando para la Corte fuera claro un yerro en que hubiera incurrido la sentencia de segunda instancia, se debía proceder a solicitar un concepto del Ministerio Público antes de pronunciarse oficiosamente.

Sin embargo, dicha posición cambió con la sentencia promulgada el 12 de septiembre de 2007⁶⁵, en la cual se estableció que dado los principios que rodean el proceso penal, los derechos que están en juego y la finalidad de la casación, ellos podían proceder de oficio, sin hacer consulta previa. Por lo cual, siempre que existiera un error manifiesto en el que hubiera incurrido el tribunal, ellos podían estudiar el caso y así corregir la irregularidad advertida, sin que el tema a tratar hiciera parte de los cargos presentados por el recurrente. Con base en esta teoría, la Sala Penal

⁶³ Artículo 180 del Código de procedimiento penal.

⁶⁴ La misma se promulgó por el Congreso con base en una iniciativa de la misma Corte.

⁶⁵ Radicación 26967.

sigue apoyándose en su facultad oficiosa para revisar las sentencias de segunda instancia, incluso por fuera de lo solicitado por el recurrente, así lo hizo por ejemplo en el proceso N° 27595 en el cual promulgó sentencia el 7 de abril de 2010⁶⁶.

De todo lo anterior, es posible concluir que la Corte Suprema de Justicia teóricamente tiene la labor de administrar el precedente por medio de la casación, recurso que cada sala maneja con un nivel de independencia, según las normativas que el legislador ha dispuesto para ello. Sin embargo, en la dinámica real, el manejo de la jurisprudencia es más bien caótico, y en últimas se termina más por controlar la legalidad del ordenamiento por medio del control de la decisión del juez inferior.

Al igual que su contraparte italiana y francesa, el número creciente de recursos para fallar, y el número de decisiones que se toman cada año no permiten que haya un efectivo control sobre las doctrinas que manejan como institución. Así en el 2010 a la Corte Suprema de Justicia ingresaron 24,485 procesos, que se le sumaron a los 7,359 que estaban pendientes de trámite, y se profirieron un total de 21,260 decisiones⁶⁷, siendo imposible por tanto tener un control verdadero sobre la eficacia persuasiva de cada sentencia, y evitar la contradicción entre las mismas. Por ello, es claro que la Corte Suprema de Justicia se adscribe más al modelo franco italiano descrito por Taruffo, en el cual se termina por realizar una nomofilaxis “de la cuestión específica planteada en cada motivo concreto de cada recurso propuesto ante la corte”.⁶⁸

⁶⁶ En dicha oportunidad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció que el Tribunal Superior de Barranquilla había incurrido en un error de apreciación de las pruebas y de interpretación de los instrumentos internacionales que hacían parte del orden interno; aunque el cargo del recurrente no había señalado dicho yerro. Por ello, concluyó que la sentencia debía ser casada, y se debía confirmar la sentencia de primera instancia.

⁶⁷ Datos presentados por el Consejo Superior de la Judicatura en febrero de 2011. Disponible en : http://www.ramajudicial.gov.co/cs/jdownloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/2010_0217_RamaJudicial.pdf. (Consultado el 15 de julio de 2011)

⁶⁸ TARUFFO, Op. Cit., p. 104.

Para el futuro, una mejor administración del precedente en cuanto a la Corte Suprema de Justicia va a requerir de un cambio, no tanto del concepto de casación o de sus finalidades, sino de la forma en que en últimas se accede a la Corte, y en darle a ésta la verdadera posibilidad de seleccionar aquellos procesos que ameriten su pronunciamiento, como lo hacen sus contrapartes del common law y el sistema alemán, sin que por ello se pueda concluir que la opción actual no es válida ni equivocada. Lo cierto del caso, es que el alto número de pronunciamientos del alto tribunal son susceptibles de ser acatados, recibidos y aplicados por los jueces de inferior jerarquía. Sin embargo, para los operadores jurídicos no es posible hacer una revisión completa del estado de la jurisprudencia y en últimas, es posible que las contrapartes encuentren sentencias contradictorias que sostengan aquello que pretenden hacer valer en el proceso; de lo cual se pueden desprender vulneraciones al derecho al juez único, pues no hay una sola interpretación de la norma vigente en un momento determinado.

4.3. CONSEJO DE ESTADO

Por último, en Colombia está el Consejo de Estado, cabeza de la jurisdicción administrativa, que al igual de la Corte Suprema tiene un origen antiguo y ha jugado un papel importante en el desarrollo de la nación desde sus inicios. Éste fue creado en 1817 bajo la dirección de Simón Bolívar como Jefe Supremo de la Nueva Granada, se trataba de una copia del órgano francés del mismo nombre que había creado Napoleón en 1799. En sus inicios era un órgano político administrativo que mediante sus conceptos pretendía orientar la toma de decisiones administrativas, y legislativas del país. En ese sentido, el Consejo de

Estado⁶⁹ fue un órgano consultivo de gobierno, que además colaboraba con la redacción de proyectos de ley. Históricamente era conformado por miembros del gabinete ejecutivo, y sus decisiones no siempre vinculaban al alto mandatario.

Dicha institución desapareció con la Constitución de 1843, pero volvió a aparecer en la de 1886, en la misma no sólo se consagró como órgano consultivo de gobierno, sino que además se estableció que sería el tribunal de cierre de la jurisdicción administrativa, una vez se estableciera la dualidad de jurisdicciones. Sin embargo, sólo fue hasta 1913 que se creó la misma, pero para ese entonces el Consejo de Estado ya había desaparecido en una de las múltiples reformas que se le harían a dicha Carta Política. Sólo con la reforma constitucional de 1914 vuelve a aparecer la institución, y conserva sus funciones consultivas, pero se establece que además fungirá como alto tribunal de la jurisdicción recién creada. Sólo en 1967 se crea la Sala de Consultas y Servicio Civil, mediante la cual al interior de la corporación se le otorga la facultad consultiva a ésta, y se establece que son los demás consejeros quienes cumplirán las funciones jurisdiccionales.⁷⁰

En el artículo 116 de la Constitución Política de 1991 se establece que en el nuevo orden político y jurídico, el Consejo de Estado hará parte de la administración de justicia. Luego en sus artículos 263 y siguientes, se consagra que el Consejo de Estado además de ser Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, es órgano consultivo del gobierno, y debe presentar proyectos de ley y actos reformativos de la Constitución, cuando así lo considere necesario. Asimismo, ejerce el control constitucional de determinados decretos de carácter general, cuyo conocimiento no corresponde a la Corte Constitucional. Dentro de este

⁶⁹ También conocido como el Consejo de Gobierno bajo el mandato de la Constitución de 1821.

⁷⁰ Consejo de Estado. Disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/>.

esquema, el Consejo de Estado se compone por 31 magistrados, 4 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, 4 de la Sección Primera encargada de asuntos residuales, 6 de la Sección Segunda que trabaja temas laborales, 9 de la Sección Tercera que trata temas de responsabilidad, 4 en la Sección Cuarta encargada de temas tributarios, y finalmente 4 de la Sección Quinta que maneja temas electorales.

En cuanto a sus decisiones jurisdiccionales, interés del presente trabajo, es preciso resaltar que al igual que la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado también tiene competencia en la jurisdicción constitucional, y por tanto funge como juez de tutela en primera y segunda instancia, según lo determinan los decretos 2591 de 1991 y el 1382 de 2000. Como ya se había planteado, si bien al decidir en sede constitucional, no están actuando como tribunal supremo, lo cierto es que con dichas decisiones si pueden influenciar, por su autoridad, a los jueces inferiores, quienes se podrán adscribir a sus teorías, y en ese sentido se deberán tener en cuenta sus decisiones de tutela.

En cuanto a sus facultades como tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa es preciso resaltar que el Consejo de Estado tiene competencia como juez de única y de segunda instancia en procesos, que por su importancia, requieren de su alto conocimiento en la materia. Igualmente, según el Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 1 de 1984, el Consejo de Estado es competente para conocer el recurso de revisión. Tal como en la jurisdicción ordinaria, la revisión pretende proteger principios de la más alta importancia para el ordenamiento jurídico, por ello se permite que se anule la sentencia que contravenga los principios y ponga en riesgo la legalidad del sistema. Asimismo, las decisiones de dichos recursos pueden llegar a tener eficacia persuasiva para influenciar las decisiones de los jueces inferiores.

Anteriormente, también decidía los recursos de súplica, el cual permite recurrir una sentencia que hubiera aplicado mal la ley, ya sea por indebida interpretación o falta de aplicación. En cierta manera se trataba de corregir el error del juez de segunda o única instancia, dándole la correcta interpretación al ordenamiento jurídico. No obstante el recurso fue mal utilizado por los diferentes intervinientes, pues se consideró que era una instancia más para exponer sus argumentos, sus teorías de interpretación del caso y de la ley, y por ello se trataba casi como una tercera instancia; lo cual en últimas llevó a su eliminación en la ley 954 de 2005.

En la exposición de motivos de dicha ley se establecía que:

“Este problema aunado al continuo crecimiento de la interposición de recursos extraordinarios y de los demás procesos, justifican la urgencia en la adopción de medidas inmediatas que permitan disminuir el volumen de asuntos que hoy, son de conocimiento de la Sala Plena. De lo contrario, la evacuación de la mayor parte de los procesos contenciosos administrativos se hará muy dispendiosa, lo cual atenta contra los principios de celeridad y eficacia que deben orientar la administración de justicia, en el entendido de que, si bien la Constitución impone a los encargados de administrar el cumplimiento pronto y efectivo de sus deberes, para el juez resulta imposible ajustarse a los términos procesales, teniendo en cuenta la responsabilidad que significan sus decisiones tanto en la definición misma de la controversia como en la adopción de derroteros jurisprudenciales.

*Por ello, en este proyecto se proponen fórmulas como la **eliminación del recurso de súplica** –cuya ineficacia práctica está ampliamente demostrada y, en cambio, ha servido para crear una gran congestión en la Sala- (...). Las estadísticas que se anexan a esta exposición de motivos demuestran una verdad irrefutable: la inutilidad del Recurso Extraordinario de Súplica, si se tiene en cuenta que la casi totalidad de los recursos fallados hasta la fecha ha confirmado los fallos recurridos. Ello produce, en cambio, una congestión innecesaria de trabajo en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*

Ante la perspectiva de agotar el referido recurso, las partes lo intentan considerando su ejercicio como un deber –para algunos

como etapa obligada- y un derecho, en el cual plantean un debate propio de las instancias.”⁷¹

De cara a esta problemática, el legislador en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ⁷² consagró un nuevo recurso: Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia, mediante el cual se pretende *“asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.”⁷³* Este permitirá que se recurra la providencia que contraríe una sentencia de unificación del Consejo de Estado, permitiéndole a éste hacer un mejor manejo de su precedente, garantizando incluso su aplicación en su jurisdicción.

Así las cosas, el Consejo de Estado, actualmente, cumple sus funciones de alta corte, dándole una prevalencia a la solución del caso concreto, y por tanto garantizando la legitimidad de las decisiones que le ponen fin al conflicto intersubjetivo de intereses; sin que por ello se pueda decir que sus sentencias no tienen eficacia persuasiva, ya que es claro que tienen la facultad de influir en la interpretación que los jueces de inferior jerarquía hacen del ordenamiento jurídico. Sin embargo, al igual que los demás altos tribunales colombianos, tiene una presencia constante en el ordenamiento, por ejemplo en el 2010 emitieron 9,490 decisiones, y eso sin duda contribuye a que sea difícil garantizar la coherencia de todas sus interpretaciones y se traduce en una jurisprudencia caótica.

Por lo anterior, es posible concluir que en este caso nos estamos refiriendo a una Corte que se ajusta más a un modelo franco italiano,

⁷¹ Gaceta del Congreso No. 76 de 18 de marzo de 2004, p. 36 a 40.

⁷² Ley 1437 de 2011, la cual entra en vigencia el 12 de junio de 2012.

⁷³ Ley 1437 de 2011, Artículo 256.

aunque claramente no se trata de una corte de casación con las diferencias que eso implica. No obstante, dado los nuevos acontecimientos en la legislación, hay posibilidades de que la posición o modelo al cual se ajusta el Consejo de Estado cambie en los próximos años; con el nuevo recurso y la importancia que este le otorga a la jurisprudencia de la institución, es posible que ésta se ajuste más al tipo de modelo alemán. En todo caso, cualquier clasificación que se haga deberá ser revisada con la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011.

5. LOS PROBLEMAS DEL JUEZ ÚNICO

5.1. PROBLEMAS DEL JUEZ ÚNICO CON RELACIÓN A LAS CONTRADICCIONES ENTRE ALTAS CORTES:

En Colombia, el derecho al debido proceso incluye una garantía de igualdad, la cual supone que los jueces van a otorgar una misma consecuencia jurídica a aquellos conflictos que tengan una identidad en sus hechos esenciales. Así se establece que hay una garantía de “(...) *eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares.*”⁷⁴

El derecho al juez único lleva a pensar que en un mismo ordenamiento las normas jurídicas concretas creadas por los jueces deben guardar cierta coherencia entre sí, de manera que los ciudadanos tengan una determinada seguridad jurídica al acudir al poder jurisdiccional con relación a la resolución de su caso concreto. Eso lleva a pensar que precisamente las altas cortes juegan un papel importante en influenciar, con sus decisiones, a los jueces de inferior jerarquía para que ellos sigan las pautas marcadas y sea posible concluir que hay un ordenamiento jurídico, coherente y respetuoso de la igualdad.

No obstante, la rama judicial tiene tres altas cortes encargadas, cada una, de crear su precedente y de controlar la legitimidad de las decisiones de

⁷⁴ BERNAL PULIDO, Op. Cit., p. 258.

los jueces de inferior jerarquía en su respectiva jurisdicción. Entonces está la Corte Suprema de Justicia, con sus tres salas especializadas, en cabeza de la jurisdicción ordinaria, la Corte Constitucional en cabeza de la jurisdicción constitucional, y el Consejo de Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativo. Entre las cinco, la Asamblea Constituyente no consagró una jerarquía, simplemente se crearon cinco cabezas y se creyó que cada una pertenecía a un cuerpo diferente.

Lo cierto del caso es que el ordenamiento jurídico es una unidad, lo cual lleva a que haya normas aplicables a varias jurisdicciones, y conceptos que trasciendan un ámbito determinado. En últimas, las tres cortes se han encontrado con interpretaciones disímiles de la misma norma, y terminan aplicando esta última de manera igualmente distinta. De allí que en el ordenamiento jurídico colombiano pueda haber cinco interpretaciones judiciales de la misma norma, cada una legítima, cada una parte del ordenamiento jurídico; y sin herramientas que permitan determinar cuál ha de prevalecer. Ésto, sin considerar las diferencias entre las salas de decisión y los cambios de posición al interior de las mismas salas.

En últimas, este caos propio de nuestro sistema judicial, termina afectando el derecho al juez único de aquellos que acuden al proceso, no hay garantía de qué interpretación va a acoger el juez, no hay garantía de que será la misma que ha acogido en un pasado, sino que es casi jugar a la ruleta: alguna de cinco interpretaciones se aplicará al caso, algunas favorables, otras no. Por tanto, en Colombia sí es distinto acudir a un juez que al otro, la solución del caso depende de la teoría personal que se haya acogido y de la Alta Corte que personalmente siga el juez de inferior jerarquía. No hay una unidad en el ordenamiento, sino que reina la incertidumbre.

Para poder ejemplificar lo anterior, se presentarán algunos de los casos en los cuales las cortes difieren en su interpretación y que por tanto, en la aplicación de la norma se irrespetan los derechos al juez único y a la igualdad. Sin embargo, se debe dejar por sentado que dado el gran volumen de sentencias y las variaciones constantes en materia jurisprudencial, no es posible abordar la totalidad de los puntos en los cuales se enfrentan, sino que éste es sólo un muestreo que demuestra la situación actual en el tema.

5.1.1 Tutela contra sentencias

Uno de los conflictos más conocidos entre las cortes en el momento, es aquel que se presenta con relación a la tutela contra sentencias de las altas cortes. Difícil ha sido el desarrollo del tema, y es el derecho fundamental de quien se ve afectado por la providencia quien en últimas se encuentra desprotegido y en medio de un conflicto sin final.

En un principio, los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991 consagraban las tutelas contra sentencias bajo unas reglas especiales, debía ser presentada 2 meses después de la notificación y era claro como se iba a organizar el sistema en materia de competencia para no crear conflictos de instancias. Sin embargo, desde un principio la Sala Civil de la Corte suprema de Justicia se opuso a la tutela contra sentencias de altas cortes en sentencia del 9 de diciembre de 1991, en la cual sostuvo que cada sala de la Corte era especializada en un tema, y que las demás no podían interferir en el uso de la jurisdicción que en ese tema se le había otorgado. Así mismo sostuvo que la Corte Suprema era un organismo autónomo y superior en su jurisdicción, y que por tanto sus decisiones no debían ser revisadas por medio de la tutela, por lo cual inaplicó los

artículos del decreto por violar el artículo 86 de la Constitución Política y declaró improcedente la tutela interpuesta.

No obstante, la Corte Constitucional decidió revisar dicho fallo y en la sentencia T-006 de 1992, sostuvo que *“La acción de tutela, la impugnación y revisión consiguientes, se inspiran en la configuración de un eficaz sistema de defensa de los derechos fundamentales que trasciende la mera satisfacción de los intereses concretos en juego y se constituye en un control objetivo de constitucionalidad. En consecuencia, los diferentes jueces que intervienen en las sucesivas fases judiciales de la tutela no ejercen entre sí una suerte de control jerárquico. El fallo de tutela no expresa la voluntad del juez que lo emite ni su propósito de dirigir y coordinar la actuación del juez (o sala) que profirió la sentencia objeto de la tutela, del mismo modo como se desata un recurso jerárquico. Por el contrario, este fallo - y lo mismo puede predicarse del que define su impugnación y el de revisión - se pronuncia en condiciones de **independencia** para la realización y garantía del derecho constitucional objetivo y por conducto de un órgano judicial que en cada caso representa la soberanía del estado aplicada a la función de administrar Justicia Constitucional. La **independencia** en este caso está completamente desligada de la **jerarquía** y quiere decir que el juez, en materia de tutela, sólo depende de la norma constitucional y circunscribe su función, no a la realización de un control jerárquico, sino a la protección de los derechos fundamentales. La revocatoria de una sentencia de una sala de la Corte Suprema de Justicia producida por otra en ejercicio de la acción de tutela, no es la señal de un control jerárquico, a todas luces inexistente, sino la prueba y consecuencia de su patente **inconstitucionalidad**.”* En ese sentido, concluyó que la tutela contra sentencias sí procedía y por tanto le ordenó a la Sala Civil de la Corte Suprema resolver el conflicto de fondo.

No obstante, más tarde la misma Corte Constitucional en la sentencia C-543 de 1992 declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 40 del decreto 2591 ya que consideró que violaban los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía funcional del juez; y estableció que el mecanismo subsidiario de la tutela no podía proceder cuando una sentencia hubiera dado fin a un conflicto intersubjetivo de intereses. Sin embargo, en la misma sentencia se permite la posibilidad de interponer la tutela cuando dentro del proceso se den actuaciones de hecho que pongan en peligro los derechos fundamentales de quienes acuden al proceso, así *“En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni 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, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, (...)”*.

Las sentencias que a partir de este nuevo precedente promulgó la Corte trataron de precisar en que consistían los defectos a los cuales hacía referencia la sentencia de constitucionalidad. En ese sentido, en la sentencia T-231 de 1994 se planteó que era posible que una sentencia incurriera en vicios de hecho judiciales, configuradas por defectos sustantivos, orgánicos, fácticos o procedimentales. Sin embargo, con la declaratoria de inconstitucionalidad de los dos artículos quedó una laguna en el ordenamiento, que poco a poco se tendría que solucionar, y para ello se profirieron las sentencias SU-1185 de 2001, 159 de 2002 y la T-462 de 2003.

Finalmente, la Corte estableció con la sentencia C-590 de 2005, hito en la materia, en la cual estudió la constitucionalidad del artículo 185 del Código de Procedimiento Penal; que la tutela si procedía contra providencias judiciales, cuando se presentará un defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación indirecta de la Constitución. Al respecto consideró que si bien hay mecanismos legales para proteger los derechos dentro del proceso, nada obsta para que cuando una sentencia, incluso de alta corte, viole un derecho fundamental se pueda acudir al mecanismo subsidiario de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución Política no distingue entre autoridades públicas.

A partir de esta sentencia la posición de la Corte Constitucional ha sido clara en el sentido de permitir la acción de tutela contra sentencias, incluso proferidas por una de las altas cortes, siempre que se den los requisitos generales de procedibilidad, y los requisitos especiales. No obstante, el conflicto entre las cortes ha sido constante, pues estas se abstienen de admitir la posibilidad de tutela contra sentencias, incluso desconociendo abiertamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin ser ellas coherentes en el tipo de solución que le dan al conflicto.

Así las cosas, el Consejo de Estado sostiene que la acción de tutela contra sentencias es improcedente en todos los casos, y por tanto no conocen de fondo, y se limitan a negar las pretensiones. En ese sentido, en sentencia del 28 de abril de 2010, se estableció que *“esta Corporación⁷⁵ en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Acción de Tutela resulta improcedente contra sentencias, salvo que se haya*

⁷⁵ Sentencias de 9 de julio de 2004, expediente 2004-00308, actora Inés Velásquez de Velásquez, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y de 21 de julio de 2004, Expediente 2004-00551-01, Actora: Myriam Maritza Triana Martínez, M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

lesionado el derecho de acceder a la Administración de Justicia, pues la sola existencia de un proceso terminado mediante providencia en firme evidencia que el afectado tuvo a su disposición un medio judicial de defensa de su derecho y que pudo ejercerlo, bien como demandante o como impugnador, hasta agotarlo.”

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha admitido que la tutela contra providencias de altas cortes procede excepcionalísimamente, sin embargo, en oportunidades concluyen que por tratarse de una decisión del órgano de cierre de una jurisdicción, no tiene cabida el artículo 32 del decreto 2591 de 1991, y concluyen que no ha de remitirse a la Corte Constitucional para su eventual revisión.⁷⁶ En otras oportunidades se limita a no darle trámite a la tutela por considerar que *“estando en firme, ejecutoriada y dotada del carácter de cosa juzgada la sentencia que resolvió el recurso de casación (...), es evidente que la Corte ya se pronunció en torno a los hechos y fundamentos en que soporta la queja constitucional, no siendo pertinente reabrir el debate de un aspecto ya decidido por la máxima autoridad en la especialidad laboral, por cuanto se desconocería sus funciones constitucionales privativas, el debido proceso, el carácter „intangible e inmutable“ de sus decisiones, la cosa juzgada, la seguridad jurídica y su naturaleza de „máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria“ ex artículo 234 de la Constitución Política”⁷⁷. Lo cual en últimas resulta que la decisión que se dé, dependa del magistrado a quien le toque decidir el caso.*

La Sala Penal de la Corte Suprema, por otro lado, sostiene que *“El razonamiento de los funcionarios judiciales no puede convertirse en el marco de la acción de tutela, toda vez que en manera alguna se percibe*

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 11 de febrero de 2010. M. P. Jaime Arrubla Paucar. Sent. 11001020300020100001800.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Auto del 28 de abril de 2010. M.P. William Namen.

ilegítimo, arbitrario o caprichoso, como se quiere hacer ver; contrario sensu, se encuentra debidamente argumentado (...). No es posible que la acción extraordinaria y consecuente decisión de fondo, controvertan o dejen sin efecto la jurisprudencia que ha signado la decisión de la Corte, sencillamente por que ese pronunciamiento en sede de casación tiene una naturaleza y finalidades azas diferentes de la decisión judicial que acostumbran proferir los jueces de la República. Por virtud del “plus” que acompaña a la jurisprudencia que en casación emite la Corte Suprema de Justicia, reiteramos, la acción de tutela tiene un espectro restringido, que irradia sólo la protección de derechos fundamentales en el caso concreto, pero de ninguna manera puede afectar el contenido general obligatorio de la posición jurídica sentada por la Corporación”⁷⁸. De allí que esta corporación niegue la protección a los derechos fundamentales.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sigue siendo una de las renuentes a aceptar la posibilidad de la tutela contra sentencias de las altas cortes, y declara improcedente el amparo. Ha llegado al punto de negarse a cumplir un fallo de la Corte Constitucional que había dejado sin efectos una sentencia de casación, pues consideró que era un imposible jurídico toda orden judicial contraria a una decisión de casación.⁷⁹

En resumen, la tutela contra sentencias de alta corte sigue siendo un problema constante en nuestro ordenamiento, las discordancias entre las cortes superan los límites de una discusión jurídica y llegan a afectar los derechos de quienes pretenden el amparo constitucional. Tratando de encontrar una solución, la Corte Constitucional promulgó el auto 100 de 2008, en el cual establece que cuando se presente “*vulneración de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a la*

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2010. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Auto del 19 de marzo de 2002. M.P. Luis Gonzalo Toro Correa

tutela judicial efectiva, por la no admisión a trámite de una acción de tutela instaurada contra providencia de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 los ciudadanos tienen el derecho a escoger alguna de las siguientes alternativas: (i) acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de Casación de dicha Corte o (ii) solicitar a la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, acompañada de la correspondiente acción de tutela y de la providencia objeto de la misma, con el fin de que surta el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección.”

No obstante, lo cierto del caso es que el choque de trenes no es más que una muestra del caos jurisprudencial, además de ser prueba contundente para demostrar que las altas cortes de Colombia no tienen una jerarquía y en ese sentido se han otorgado el derecho de contradecirse abiertamente sin necesidad de cumplir las cargas argumentativas para apartarse de un precedente válido.

5.1.2 Fuero de maternidad

Otro de los temas en los cuales las Cortes manejan conceptos y teorías distintas es en la aplicación del la estabilidad laboral reforzada de la madre gestante, es decir en lo que tiene que ver con la interpretación y aplicación de los artículos 43 y 53 de la Constitución Política, y 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo . En este caso, la Corte Constitucional

ha manejado criterios más objetivos para garantizar la protección, mientras el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han propugnado por un sistema de protección menos estricto, sin dejar de reconocer la importancia de la figura. Principalmente, la discordancia parte de dos aspectos esenciales, por un lado en la necesidad de que el jefe conozca del estado de embarazo de la mujer, y además del tipo de contrato a partir del cual se genera la relación.

Por un lado, la Corte Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo procede independientemente del contrato con el cual se encuentre vinculada. Así ha dicho que *“ En tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo, toda vez que al margen del tipo de relación laboral que este operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal.”*⁸⁰

Especialmente ha sostenido que *“En el caso de los contratos a término fijo y por obra, la protección debe otorgarse a las mujeres gestantes que hayan quedado embarazadas durante la vigencia del contrato, con independencia de si el empleador ha previsto o no una prórroga del mismo. La madre gestante debe comprobar que quedó embarazada antes del vencimiento del contrato a término fijo o por obra pero no resulta*

⁸⁰ Sentencia T-549 del 29 de mayo de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

indispensable que lo haga con antelación al preaviso. Esto último resulta de la mayor importancia porque muchos empleadores niegan la protección con el argumento de que desconocían el estado de la trabajadora al momento de comunicarles el preaviso.”⁸¹

Igualmente, dicha Corporación ha sostenido que el conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador no puede ser una camisa de fuerza que le quite la posibilidad de amparo al niño que esta por nacer y a la madre, quienes son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, en una jurisprudencia reciente se ha sostenido que *“no es necesario que la mujer gestante demuestre y ni siquiera comunique su estado de embarazo al empleador con anterioridad al preaviso de la terminación del contrato o del despido, toda vez que para materializar la protección especial otorgada a las mujeres embarazadas, es importante garantizarles que la terminación de su vínculo laboral se produzca por una justa causa, evento en el cual el empleador debe observar las ritualidades legales previstas como probar la existencia de la causal y solicitar la autorización de la autoridad de trabajo competente, y no por un acto discriminatorio en razón a su particular estado, lo cual quebrantaría el derecho a la igualdad y afectaría el pleno goce de la maternidad. En consecuencia, se exonera a la mujer embarazada de esta carga probatoria limitante en muchas ocasiones de la efectiva realización de sus derechos.”⁸²*

Por otro lado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando se acaba el contrato por la terminación del plazo *“No podría predicarse que existió un despido injusto, sino que, simplemente, en atención al vencimiento del plazo, la demandada decidió no renovarlo, situación que en modo alguno podría desconocerse, ni*

⁸¹ T-095/08 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸² T-069 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

*menos reprocharse. Aun cuando las mujeres en estado de embarazo, o en periodo de lactancia, merecen especial protección del Estado, y que en muchas oportunidades los empleadores, motivados por su situación, desconocen abruptamente sus derechos, lo cierto es que tal razón no puede servir de argumento para desdibujar la figura del contrato a término fijo, cuando, como en este caso, las partes conocían de antemano tal circunstancia y la aceptaron con las consecuencias que ello acarrea.*⁸³

Eso ha llevado, que en la jurisdicción ordinaria no se considere que a la mujer haya que reintegrarla por el vencimiento del plazo, pues este modo de terminación no significa que se este desprotegiendo a la madre gestante ni al niño que está por nacer.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que es necesario que medie conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador, aunque sostiene que el mismo no tiene que ser adquirido por medios oficiales, ya que no hay tarifa legal en el asunto.⁸⁴

Ahora bien, el Consejo de Estado ha manejado la teoría según la cual *“si la terminación del vínculo laboral o contractual tiene sustento en una justa causa o en una razón objetiva, distinta al embarazo o lactancia, la cual debe estar avalada, previamente por la autoridad de trabajo competente, si es del caso, no hay lugar a la protección del fuero de maternidad, pues éste no implica la inamovilidad laboral de la mujer embarazada, sino la garantía de que la finalización del vínculo laboral es producto, precisamente, de una justa causa.”*⁸⁵ De lo anterior, se deriva que cuando el contrato termina por causas objetivas o legales, y coincide con el estado de embarazo no significa que haya lugar a la protección de la estabilidad laboral reforzada,

⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 8 de febrero de 2011. Rad. 37502. M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 24 de septiembre de 1998. Número 10.933. M.P. Jose Roberto Herrera Vergara.

⁸⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 14 de marzo de 2011. M.P. Mauricio Torres Cuervo.

dado que ésta se da cuando el despido o terminación se da con razón al embarazo.

Igualmente, “Esta Corporación en varias oportunidades ha sostenido que para exigir de la entidad nominadora el cumplimiento de las normas de protección a la maternidad es necesario que existan pruebas acerca de que el hecho fue informado previamente o por lo menos de manera simultánea.

Tal información debe ser oportuna e ir además acompañada de la prueba idónea que así lo acredite, pues la presunción no puede operar si no existe el presupuesto de hecho de la debida notificación del estado de embarazo o su interrupción a la entidad nominadora. O por lo menos, pruebas fehacientes de que el nominador sí tenía conocimiento del hecho.”⁸⁶

En conclusión, una mujer en estado de embarazo que se le ha terminado su contrato no recibe la misma protección en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa, ni en la constitucional, sino que la solución del caso dependerá de los criterios que le serán aplicables según el juez que le corresponde, claramente en perjuicio de su derecho de igualdad. Lo anterior, sin considerar que se están aplicando las mismas normas, los mismos requisitos legales, y casi los mismos supuestos de hecho, por lo cual es preciso señalar que no hay unidad en la materia, reina el caos.

5.1.3. Responsabilidad médica obstétrica

En este caso se trata de una contradicción con efectos prácticos relevantes en el tema de responsabilidad, en el cual el Consejo de Estado ha interpretado que existe un régimen de imputación distinto al que

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 20 de febrero de 2003, Consejero Ponente: Doctor Tarsicio Cáceres Toro, Ref.: 0893-02.

encuentra la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Sin embargo, esto significa que la obligación misma del médico en temas de obstetricia, y la forma en que se puede exonerar de responsabilidad es distinto según el tipo de jurisdicción que se este hablando. Es una contradicción que afecta la congruencia del sistema, ya que no tiene sentido que dos casos, con los mismos supuestos y las mismas pretensiones, se les de dos soluciones distintas porque en uno se estaba frente a la jurisdicción contencioso administrativa y en otro frente a la ordinaria.

En el caso del Consejo de Estado, éste ha sostenido que la obligación del médico en casos en que el embarazo ha tenido un desarrollo normal, sin ninguna patología o riesgo evidente, se debe considerar que la obligación del médico obstetra es de resultado y no de medios, como el régimen general. Al respecto ha dicho la Corte que *“En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo hubiera sido normal y, sin embargo, éste no terminara satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada era de resultado. En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal.”*⁸⁷ Y termina por concluir, que si bien a la demandante no se le exonera de cumplir con la carga de la prueba de la falla del servicio médico, dicha prueba se obtiene por medio del indicio que parte que el daño causado en el parto de un embarazo normal se debe a un error médico

⁸⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 3 de febrero de 2010 Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00713-01 (18433).

Esto significa que el médico tiene la obligación de garantizar un parto normal, y por tanto por el sólo hecho de presentarse un problema que impida el desarrollo normal del mismo, el médico ha incumplido su obligación y la institución que presta el servicio se verá en la obligación de indemnizar el daño siempre y cuando se pruebe éste y el nexo causal.

Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia no sostiene un régimen especial para el médico que realiza actividades de obstetricia. Así en la sentencia del 6 de agosto de 2009⁸⁸, en la cual trata un caso de un daño causado en un parto, la Corte habla de normalidad en el tratamiento y del tratamiento médico adecuado según la *lex artis*, conceptos que hacen parte sin duda del análisis de diligencia y cuidado consecuente con una responsabilidad de medios. Dicha responsabilidad es definida por la Corte en los siguientes términos: *“la existencia de un cuerpo normativo reglamentario del ejercicio de la medicina, como es la ley 23 de 1981 no es obstáculo para aplicar las normas generales sobre responsabilidad, menos cuando del estudio de aquélla se establece que no regula expresamente la materia, aunque si, como lo tiene explicado la Sala, establece „una serie de deberes de diversa naturaleza, muy particularmente de raigambre ética-no por ello desprovistos de eficacia jurídica-, los cuales podrán servir de parámetro para evaluar, en un momento determinado, el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno en el cumplimiento de su oficio”*⁸⁹ De ahí que, en principio, los preceptos del Código Civil estarían llamados a gobernar el caso, pues son los que habilitan la reparación de los daños que una persona infiere a otra por la comisión de un delito o culpa.

“Ese es el pensamiento de la Corte, al decir que los „presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la

⁸⁸ M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁸⁹ Sentencia 041 de 31 de marzo de 2003, expediente 7141.

responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado).^{90,91}

De lo anterior, se deduce entonces que en la jurisdicción ordinaria el médico sólo responde cuando se le demuestre un error de conducta en el ejercicio de su profesión, y no se ve comprometido por el resultado del parto. En ese sentido, el médico se puede excepcionar demostrando que tuvo diligencia y cuidado, causa anónima o causa extraña. De allí se puede concluir que el médico frente a la misma situación está en una posición más favorable que la entidad en la jurisdicción contencioso administrativa, así se presenten los mismos hechos y se parta de la misma normativa.

Asimismo, la Corte Constitucional, aunque bien ha señalado que a ella no le corresponde definir la responsabilidad médica, ya que hay otras jurisdicciones a las cuales les compete el tema, si definió que la *“Si bien las intervenciones médicas son de medio y no de resultado, es necesario advertir que la responsabilidad respecto de actuaciones de medio, implica que se apoyen de toda la diligencia, prudencia y cuidado, so pena de poner en riesgo irresponsablemente derechos constitucionales fundamentales. Aquí indudablemente el derecho a la salud es fundamental en conexidad con el derecho a la vida”*⁹². Por tanto, se adscribe al régimen general de responsabilidad, aunque sin tratar el tema específico de los médicos obstetras.

⁹⁰ Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. 30 de agosto de 2010. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Referencia: C-1100131030221999-06826-0

⁹² T-373 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Frente al tema, sin duda, has discordias entre las Cortes que trascienden el ámbito de la discusión teórica, y llegan a afectar la igualdad entre dos personas, que frente al mismo supuesto, ven aplicadas dos consecuencias jurídicas distintas, sin realmente una sustentación acerca de las justificaciones que llevan a la diferencia, sino que cada corte parte de su teoría. Además al estar ambas en un grado de igualdad no es posible para el operador jurídico común determinar cual interpretación jurídica es válida en Colombia, o cual prima sobre la otra, hay dos teorías contradictorias igualmente válidas, a las cuales sólo las diferencia el tipo de demandado, quien en últimas se ve afectado por la diferencia.

5.1.4. Competencia en temas de Responsabilidad médica

Con la creación del sistema de seguridad social con la ley 100 de 1993 se creó una protección integral a partir del cual se pretendía atender las contingencias que presentaran los seres humanos en temas de salud, pensiones y riesgos profesionales. Sin embargo, este tipo de sistema también abrió paso a que surgieran conflictos intersubjetivos de intereses entre los distintos actores jurídicos que pertenecían al sistema, entre ellos en el área de la salud. Para darle solución a dicho problema, en el numeral 4 del Artículo 2 de la ley 712 de 2001⁹³, se estableció que: *“Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan,”* eran competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

Sin embargo, dicho artículo ha suscitado un conflicto entre la sala laboral, la sala civil y Consejo de Estado, en relación con quien es el competente

⁹³ Código de Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

en temas de responsabilidad médica, dado que en muchas ocasiones es a raíz del sistema de seguridad social que se prestan los servicios médicos que generan el daño que se pretende sea indemnizado.

Al respecto, la Sala Laboral ha sostenido que: *“ninguna duda queda de que aquellos conflictos derivados de los perjuicios que sufran las personas debido a la falta de atención médica cuando ella es obligatoria, a defectos o insuficiencia en la misma, a la aplicación de tratamientos alejados o ajenos a los estándares y prácticas profesionales usuales, o la negativa de la EPS de autorizar la realización de medios diagnósticos o terapéuticos autorizados por el médico tratante, entre otros, constituyen controversias que tienen que ver con la seguridad social integral en tanto entrañan fallas, carencias o deficiencias en la observancia de las obligaciones y deberes que la ley ha impuesto a las entidades administradoras o prestadoras de servicios de salud, y por lo mismo el conocimiento de ellos corresponde a esta jurisdicción.”*⁹⁴

Asimismo ha estimado que: *“No supone lo anterior que todo tema de responsabilidad médica cae bajo la órbita de los jueces laborales y de la seguridad social; también son jueces naturales los de la jurisdicción civil cuando los servicios prestados tienen su origen en la médica particular, o los administrativos cuando entidades públicas prestan servicios de salud a quienes no están afiliados o vinculados al sistema.”*⁹⁵

Por el contrario, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia considera que: *“la inteligencia genuina de la locución seguridad social integral, concebida como el conjunto armónico de sujetos públicos y privados, normas y procedimientos inherentes a los regímenes de pensiones, salud,*

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 13 de febrero de 2007. M.P. Carlos Isaac Nader.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de enero de 2008. M.P. Eduardo López Villegas, Exp. 30621.

riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por el legislador para procurar la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, no comprende la atribución de competencias a los jueces ordinarios laborales, más que de estos asuntos, sin involucrar la responsabilidad médica civil, estatal o penal, siendo evidente, la competencia de esta Sala para decidir el recurso de casación.

En suma, la Sala, reitera íntegra su jurisprudencia sobre la competencia privativa, exclusiva y excluyente de la jurisdicción civil para conocer de los asuntos atañedores a la responsabilidad médica, con excepción de los atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la jurisdicción ordinaria laboral en materia de seguridad social integral, en cuanto hace exclusivamente al régimen económico prestacional y asistencial consagrado en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.⁹⁶

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado concluye que “...también se respeta la especialidad del juez natural, esto es la competencia que le asiste a los órganos de cierre, es decir tanto al Consejo de Estado en relación con la responsabilidad médico – asistencial oficial (art. 82 C.C.A.), como la que corresponde y está asignada a la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en eventos de responsabilidad médico asistencial contractuales y extracontractuales del orden privado.

Por manera que los asuntos atinentes a responsabilidad extracontractual derivada de hechos jurídicos por parte de entidades estatales prestadoras

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 4 de mayo de 2009. M.P. William Namén Vargas, REF.: 05001-3103-002-2002-00099-01.

*de servicios de salud, no fueron asignados por el artículo 2º de la ley 712 a la jurisdicción ordinaria laboral, en cuanto que esta norma asignó a esta sólo las controversias derivadas de actos jurídicos, y por lo mismo excluyó aquellas derivadas de otras fuentes del daño, como son justamente los hechos, los cuales por lo mismo continuarán siendo de conocimiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.*⁹⁷

De lo anterior, se deriva que en el estado actual del asunto no es posible determinar con certeza quien es el competente en temas de responsabilidad médica, y así al enfrentar una pretensión, por contradicciones entre las cortes, el pretensor o futuro demandante no sabe en que jurisdicción debe entablar el proceso. Esto además puede traer consecuencias graves en el proceso, tal como los fallos ultra y extra petita, distintas prescripciones, que pueden terminar echando al traste la finalidad de la institución: reparar el daño causado.

5.2. JUEZ ÚNICO Y PRECEDENTE HORIZONTAL:

Como ya se concluyó en los capítulos anteriores, existen en Colombia dos tipos de precedentes: el vertical, que es aquel que se origina en un juez o tribunal de superior jerarquía funcional, especialmente los que provienen de los órganos límite de cada jurisdicción; y el precedente horizontal que es el que debe observarse por el mismo juez o tribunal que lo creó o por otro de igual jerarquía funcional. El respeto al precedente horizontal, supone una tensión entre, de un lado, el respeto a la seguridad jurídica y la igualdad y, de otro, el respeto a la independencia y autonomía de los jueces. Lo primero, debido a que para garantizar la seguridad jurídica

⁹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del septiembre de 19 de 2007. M.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00916-01 (16010)

dentro del ordenamiento, las decisiones de los jueces deben ser coherentes en el sentido de que debe existir un mínimo de previsibilidad para los ciudadanos que acuden a la vía judicial para resolver sus conflictos.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional: *“(...) El respeto al precedente es presupuesto necesario para garantizar la seguridad jurídica, postulado que permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo se asegure la vigencia de un orden justo. La realización del principio de seguridad jurídica, además, está relacionada con la buena fe (Art. 83 C.P.) y la confianza legítima, en el entendido que las razones que llevan a los jueces a motivar sus fallos determinan el contorno del contenido de los derechos y las obligaciones de las personas, la forma de resolución de las tensiones entre los mismos y el alcance de los contenidos normativos respecto a situaciones de hecho específicas, criterios que hacen concluir que la observancia del precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la racionalidad de la decisión judicial.”⁹⁸*

Por ésta vía, en materia de decisiones judiciales, se debe considerar también el respeto por el principio de igualdad que no abarca exclusivamente la igualdad ante la ley sino que también presupone una igualdad de protección y trato por parte de las autoridades judiciales, puntualmente en lo que atañe a la interpretación y aplicación de la ley. El principio de seguridad jurídica y de igualdad, guardan una estrecha relación, toda vez que en la medida en que los jueces, decidan los casos que tienen hechos similares en el mismo sentido, esto es, garanticen el principio de igualdad, los ciudadanos podrán prever las decisiones de los

⁹⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1130 de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño.

jueces cuando sometan sus conflictos ante éstos, preservándose de ésta manera la seguridad jurídica.

No obstante lo anterior, al otro lado de la balanza se encuentran los principios de independencia y autonomía de los jueces, consagrados en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política de Colombia, los cuales se refieren a que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. A estos principios se les daba gran importancia en las primeras sentencias de la Corte Constitucional, considerándose casi absolutos. Una prueba de esto es la sentencia T-321 de 1998 en la cual se concluyó: *“No es posible exigirle a un juez autónomo e independiente, que falle en igual forma a como lo ha hecho su homólogo. No se puede alegar vulneración del derecho a la igualdad, si dos jueces municipales o del circuito, por ejemplo, fallan en forma diversa casos iguales sometidos a su consideración, pues, en esta situación, prima la autonomía del juez. Lo único que es exigible, en estos casos, es que la providencia esté debidamente motivada y se ajuste a derecho. Por tanto, dos funcionarios situados en la misma vértice de la estructura jerárquica de la administración de justicia, frente a casos iguales o similares pueden tener concepciones disímiles, hecho que se reflejará en las respectivas decisiones.”* Desde éstas sentencias tempranas del tribunal Constitucional, se hacía un gran énfasis en que la jurisprudencia es un criterio auxiliar en la labor del juez.

Con el paso del tiempo se ha dado una evolución en el tema de los precedentes, intentándose conciliar los principios antedichos y por tanto suavizar la tensión entre ellos. En este contexto, la Corte Constitucional ha concluido que pese a que debe respetarse los principios de seguridad jurídica e igualdad, estos no pueden convertirse en un límite absoluto para la autonomía de los jueces y por tanto en un impedimento para que éstos modifiquen las decisiones de los funcionarios anteriores cuando las

mismas están equivocadas o las normas en las cuales se fundamentaron sus consideraciones, han cambiado. Esta interpretación, se debe, entre otros factores, a la evolución del concepto del juez como un simple aplicador mecánico de la ley, es decir, un operador jurídico, para convertirse en un sujeto que crea derecho, toda vez que no se limita a aplicar la ley sino que se encarga de integrar el ordenamiento jurídico en aquellos casos en los que se presentan lagunas o antinomias entre las normas jurídicas.

5.2.1. Derechos económicos, sociales y culturales y su pertenencia al bloque de constitucionalidad

Un ejemplo de sentencias contradictorias al interior de la Corte Constitucional se evidencia en el tema del reconocimiento de los pactos internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales tienen rango constitucional y por tanto hacen parte del bloque de constitucionalidad. En este punto, se han presentado grandes variaciones en los criterios de la Corte lo cual se ha traducido en una dificultad para la protección de tales derechos ante la incertidumbre de si los pactos que se invocan prevalecen o no en el orden interno.

Dos casos concretos de los pronunciamientos según los cuales los pactos internacionales en mención, no tienen rango constitucional y en consecuencia no prevalecen en el orden interno, se presenta en sentencias como la C-295 de 1993 y la C-225 de 1995. En la primera, la Corte sostuvo que no todos pactos en el tema de derechos humanos gozan de la prevalencia de que trata el art. 93 de la Constitución Política de Colombia, pues es necesario que se cumplan dos supuestos: el reconocimiento de un derecho humano y que sea de aquellos cuya limitación se prohíbe durante los estados de excepción. Por su parte, la

sentencia C –225 de 1995, recoge el argumento citado, reiterando los dos requisitos necesarios para que se de la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Según estas dos sentencias, los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales quedarían excluidos del beneficio del art. 93 de la Carta Política.

Por otra parte, encontramos la sentencia T-568 de 1999 en la cual la Corte Constitucional concluye que los Convenios de la OIT que consagran derechos sociales, hacen parte del bloque de constitucionalidad e incluso señala que las resoluciones proferidas por los organismos de control de estos convenios, como el Comité de Libertad Sindical y el Consejo de Administración de la OIT, son obligatorios en el orden interno. Otra sentencia posterior en éste sentido, es la T-483 de 2000, en la cual la Corte reconoce que un tratado de derechos humanos como el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) pertenece al bloque de constitucionalidad y su articulado constituye derecho susceptible de ser directamente aplicado en el orden interno.

5.2.2. Reconocimiento del incentivo en acciones populares

Al interior del Consejo de Estado, se presentó una polémica en cuanto al reconocimiento o no del incentivo dentro del marco de las acciones populares, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010 en virtud de la cual se derogan los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 que trata de las acciones populares y de grupo. El primer artículo consagraba: *“El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.*

Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.” Y el segundo “En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular (...)”

La discusión surgió en relación con el otorgamiento del incentivo económico en el supuesto en el que el proceso termine con sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento, respecto a lo cual existen tres posiciones jurisprudenciales:

1. De conformidad con el artículo 39 de la ley 472 de 1998, se debe reconocer el incentivo aunque el proceso termine con un pacto de cumplimiento, pues dicho artículo no condicionó su reconocimiento a que el proceso terminara de manera anticipada o surtido todo el trámite. Esta posición se ha sostenido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la Sentencia de diciembre 2 de 1999 AP-007 y en la Sentencia de octubre 6 de 2000 AP-105.
2. Una segunda postura, sostiene que el incentivo sólo procede en el evento en el cual el proceso concluya en virtud de una sentencia y no en aquellos casos en los que su terminación obedezca a un pacto de cumplimiento, salvo que haya un acuerdo determinado sobre el reconocimiento del incentivo en el pacto. Este argumento se ha sostenido en sentencias como la del de junio 29 de 2000 AP-58 y la de julio 27 de 2000 AP-061.
3. El hecho de que el proceso termine con un pacto de cumplimiento no conlleva una menor diligencia por parte del actor, pues para determinarla se considera la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión. Lo anterior se ha sostenido en sentencias como la del

16 de febrero de 2006. AP 00237, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Es preciso advertir que actualmente, el incentivo ha desaparecido en virtud del artículo 1 de la ley 1425 de 2010 que deroga los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998

6. CONCLUSIÓN

Como ya se dejó explicado, parte del derecho al debido proceso y a la igualdad que asiste a todos los colombianos en virtud de los artículos 29 y 13 de la Constitución Política, es aquella garantía del derecho al juez único. La misma supone que los conflictos sometidos a la consideración de los jueces serán resueltos bajo unos mismos criterios, con independencia del juez particular, es decir que hay igualdad de trato frente a la ley.

El derecho al juez único presenta muchas dificultades en la práctica, pues a la jurisdicción llegan millones de casos que esperan una efectiva resolución, y por lo cual es imposible que haya un solo juez, o incluso un solo tribunal para solucionarlos todos con celeridad. Por ello, es necesario que la administración de justicia la compongan una multiplicidad de individuos que estén agrupados en razón de las distintas jurisdicciones, quienes deberán interpretar las normas en cada caso concreto. En un mundo utópico, el derecho al juez único garantizaría que la resolución que se le de a cada caso sea igual a la que se dio previamente a casos con supuestos iguales; sin embargo esto no es posible, el conocimiento jurídico y las concepciones personales del juez inexorablemente llegarán a influir en la interpretación de las normas. Es entonces menester la función de la alta corte a quien le corresponde definir la interpretación de las normas del ordenamiento, por medio de decisiones que con eficacia persuasiva, constituirán parámetro para los jueces de inferior jerarquía.

Claro es que los jueces si tienen cierto derecho a discrecionalidad, y en sí son autónomos en sus decisiones, eso lleva a pensar que no necesariamente deben adscribirse ciegamente a criterios de su superior funcional. Pese a esto, sí debe reconocerse que las interpretaciones del superior jerárquico, especialmente las de la cabeza de cada jurisdicción, tienen un valor especial dado la función de unificación de la jurisprudencia que les fue otorgada por el Constituyente. Así las cosas, los criterios fijados en las sentencias de las altas cortes y su influencia en el ordenamiento, constituyen parámetros que permiten calificar a un ordenamiento jurídico como coherente, armónico y ordenado, pues a un mismo conflicto se le dará una misma solución.

Luego de analizar los casos particulares descritos queda demostrado que en Colombia se presenta una vulneración flagrante del derecho al juez único, toda vez que los ciudadanos no tienen una certeza, ni gozan de cierta previsibilidad en la aplicación del derecho por parte de la jurisdicción. Por el contrario, cuando se presenta un caso susceptible de pronunciamiento judicial, los particulares se ven sometidos a un sistema en el cual predomina el azar, esto es la casualidad de que su conflicto llegue a manos de un juez quien se adscriba a la interpretación de la norma en la cual fundamentó su pretensión.

Esto es contrario a uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, pues si bien es claro que el ordenamiento jurídico tiene antinomias y lagunas frente a las cuales el juez es discrecional y por tanto creador del derecho; lo cierto del caso es que el caos del ordenamiento colombiano supera los errores típicos e inherentes a la práctica jurídica. En últimas, en Colombia no hay garantías en la interpretación de las normas, y eso lleva a concluir que es un ordenamiento que carece de coherencia, y de seguridad jurídica alguna.

En este contexto, lo que debe garantizar el Estado, en cumplimiento del derecho en cuestión, es la creación mecanismos legales idóneos para que más allá de las interpretaciones particulares de cada despacho, exista un criterio oficial y único de cada corte con el cual se resuelvan los conflictos de una misma estirpe, y además que exija que el desconocimiento de dicha interpretación conlleve una determinada carga argumentativa.

Puntualmente, en lo que se refiere a la diversidad de criterios entre las Cortes, la mejor estrategia no es dar prevalencia a las interpretaciones de una de éstas, sino buscar un mecanismo, que permita conciliar las diferentes posiciones para que se adopte la que en cada caso goce de una mayor racionalidad, y legalidad; o al menos que se implemente el deber legal de reconocer las posiciones encontradas y que se exija una determinada carga argumentativa para poder asumir otra teoría. De esta forma, se garantizará que el ordenamiento jurídico otorgue la protección a la parte que en realidad tiene el derecho en el caso concreto, y por esta vía amparar el derecho al juez único.

BIBLIOGRAFÍA:

- Corte Constitucional. Sentencia 038/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional. Sentencia C-131/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional. Sentencia SU-047/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional. Sentencia SU-960 de 1999. M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 117 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 443/2010.
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia T-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Constitucional. Sentencia T-783 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional. Sentencia. C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. T-069 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. 30 de agosto de 2010. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Referencia: C-1100131030221999-06826-0.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 22 de enero de 2008. M.P. Eduardo López Villegas, Exp. 30621.
- BENAVENTE, Maria Ángeles Catalina. *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. Valencia : Tirant lo Blanch , 2010, 421 p.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005, 417 p.
- BOTERO Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá : Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, 192 p.
- CALAMMADREI, PIERO, *La casación Civil*. T. I vol. II, Buenos Aires : Ed. Bibliografía Argentina, 1961, 376 p.

- Carta Magna de los Ingleses, Disponible en: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/instrumentosDDHH.PDF>. Facultad de Ciencias Económicas y de administración, Universidad de la República. Montevideo, Uruguay.
- Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984
- Código de Procedimiento Civil
- Código de Procedimiento del Trabajo y de Seguridad Social.
- Código de Procedimiento Penal.
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 20 de febrero de 2003, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Ref.: 0893-02.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de diciembre de 1999. Ap. 007. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 6 de octubre de 2000. AP. 105. Consejero ponente: Germán Ayala Mantilla.
- Consejo de Estado. Sección cuarta. Sentencia del 29 de junio de 2000. AP 58.
- Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de julio de 2000. AP. 061. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla

- Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006. AP. 00237 Consejero Ponente. Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del septiembre de 19 de 2007. MP. Enrique Gil Botero. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00916-01 (16010).
- Consejo de Estado. Sentencia del 3 de febrero de 2010 Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00713-01 (18433).
- Consejo de Estado. Sentencia del 14 de marzo de 2011. M.P. Mauricio Torres Cuervo.
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de abril de 2010. Sección primera. Consejera ponente: Maria Claudia Rojas Lasso. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00387-01.
- Constitución de los Estados Unidos de América.
- Constitución Política de 1991. Colombia.
- Convención Americana de Derechos Humanos: Ley 16 de 1972. Colombia
- Corte Constitucional C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martinez Caballero
- Corte Constitucional. Auto 100 de 2008. Sala Plena de La Corte Constitucional.

- Corte Constitucional. C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Corte Constitucional. Sentencia T- 688 de 2003. M.P. Eduardo Montelaegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2010. MP Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 2007. MP Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia T-607 de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2004. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. Sentencia. T. 158 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. T 549 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional. T006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

- Corte Constitucional. T-095/08. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional. T-1130 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. T-231 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional. T-279 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. T-295 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Diaz
- Corte Constitucional. T-321 de 1998. M.P Alfredo Beltrán Sierra
- Corte Constitucional. T-373 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. T483 de 2000. M.P Jose Gregório Hernandez Galindo
- Corte Constitucional. T-543 de 1992. M.P. Jose Gregório Hernández Galindo
- Corte Constitucional. T-568 de 1999. M.P Carlos Gaviria Diaz
- Corte Constitucional. T-782 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Auto del 28 de abril de 2010. M.P. William Namen.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 11 de febrero de 2010. M.P. Jaime Arrubla Paucar. Sent. 11001020300020100001800.

- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 4 de mayo de 2009. M.P. William Namén Vargas, REF.: 05001-3103-002-2002-00099-01.
- Corte Suprema de Justicia. Sala civil. Sentencia del 6 de agosto de 2009. M.P. Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Auto del 19 de marzo de 2002. M.P Luis Gonzalo Toro Correa
- Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 13 de febrero de 2007. M.P. Carlos Isaac Nader.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 24 de septiembre de 1998. Número 10.933. M.P. Jose Roberto Herrera Vergara.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia del 8 de febrero de 2011. Rad. 37502. M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2010. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia Del 12 de septiembre de 2007. No de radicado. 26967. M.P. Maria Del Rosario González Lemos
- Decreto 1382 de 2000. Colombia.
- Decreto 2591 de 1991. Presidente de la República. Colombia.

- FAVELA, José Ovalle. Artículo: *Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia*. En: *Nuevas Tendencias del Derecho Procesal Constitucional y legal. II Jornadas Internacionales de derecho procesal*. Medellín : Editorial Universidad de Medellín, 2005.
- Gaceta Judicial.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid : Editorial Tecnos, 1993, 107 p.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El Debido Proceso*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, 460 p.
- HERNÁNDEZ MESA, Nelson. *Los Principios de Igualdad y Seguridad Jurídica como presupuestos de la doctrina probable*. Revista de Derecho, Barranquilla : Universidad del Norte, 2002.
- Ley 1425 de 2010.
- Ley 1437 de 2011, Colombia.
- Ley 169 de 1986. Colombia
- Ley 4 de 1896. Colombia
- Ley 472 de 1998.
- Ley 553 de 2000. Colombia

- Ley 600 de 2000. Colombia.
- Ley 954 de 2005. Colombia.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá : Legis, 2006, 366 p.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. México : Porrúa, 14^a Edición, 2001, 630 p.
- MORAL SORIANO Leonor. *El precedente judicial*. Barcelona : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2002, 269 p.
- MURCIA BALLEEN Humberto. *Recurso de Revisión*. Bogotá : Librería Editorial El Foro de la Justicia, 1981, 250 p.
- Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos: Ley 64 de 1968. Colombia
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. 3^a edición. Bogotá : Temis, 2000, 599 p.
- RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho*. Ensayos sobre derecho y moral. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto De Investigaciones Jurídicas. México, 1985, 354 p.
- SCHWARTS, Alan. The New Textualism and the Rule of Law Subtext in the Supreme Court's Bankruptcy Jurisprudence. Public Law and Legal Theory: Working Series Paper, No.63. Yale Law School. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=271817.

- TARUFFO, Michelle. *Páginas sobre justicia civil: proceso y Derecho*. Madrid : Marcial Pons, 2009, 581 p.