

La norma del “precedente judicial obligatorio”: el stare decisis colombiano

The rule of "compulsory judicial precedent": the Colombian stare decisis

Diego León GÓMEZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar la “naturaleza” de la norma del “precedente judicial obligatorio” que ha sido creada por la Corte Constitucional colombiana. Para tal efecto se precisan los conceptos de stare decisis y ratio decidendi. Posteriormente se realiza una reconstrucción de la norma creada por esta alta Corte. Finalmente se analiza dicha norma a luz de diferentes concepciones de normas de obligación, para en consecuencia concluir que la norma creada, en el caso colombiano, es una norma constitutiva.

PALABRAS CLAVE: “precedente judicial obligatorio”; norma de

* Doctorando en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Università degli Studi di Genova (Italia). Abogado y Magister en Derecho de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Correo electrónico: <eclosion@hotmail.com>. Fecha de recepción: 23/02/2021. Fecha de aprobación: 01/06/2021. Dedicó este artículo a mi padre, gracias por tu sabio y cariñoso apoyo. Aclaro al lector que en este artículo no se presentan los argumentos de la interpretación a través de los cuales la Corte Constitucional ha creado la norma implícita del “precedente judicial obligatorio”. Ese análisis se presentará en una próxima publicación que pronto se pondrá en la mesa discusión académica.

obligación; norma competencia; norma constitutiva; Corte Constitucional.

ABSTRACT: This article aims to analyze the "nature" of the "mandatory judicial precedent" rule that has been created by the Colombian Constitutional Court. For this purpose, the concepts of stare decisis and ratio decidendi are required. Subsequently, a reconstruction of the norm created by this high Court is carried out. Finally, it is analyzed in the light of different conceptions of obligation norms, in order to conclude that the norm created in the Colombian case is a constitutive norm.

KEYWORDS: Binding judicial precedent; obligation norm; constitute norm; Constitutional Court.

I. INTRODUCCIÓN: DISTINCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE *STARE DECISIS* Y *RATIO DECIDENDI*

Para comenzar es necesario hacer una aclaración en relación con la distinción conceptual entre el *stare decisis* y la *ratio decidendi*, en atención a que la Corte Constitucional ha creado una norma constitucional implícita denominada: “precedente judicial obligatorio”¹. Norma que, como tendremos oportunidad de señalar más adelante, no puede entenderse como una norma de obligación, sino como una norma constitutiva, que se puede identificar con lo que conceptualmente se conoce como: *stare decisis*. La norma del “precedente judicial obligatorio” puede considerarse como el *stare decisis* del ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, el *stare decisis* es entendido como una norma que se presenta como “obligatoria” para los jueces, fijándoles el “deber” de decidir en forma similar los casos que sean semejantes. Es importante anticipar que esta norma es entendida como de obligación bajo la idea que, de incumplirse, habrá de aplicarse alguna sanción al juez, que haya sido dispuesta por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo que tenemos es un tipo de norma que considera como relevante las razones argumentativas de sentencias precedentes, las cuales se han de tener en cuenta en sentencias posteriores, para predicar de éstas su validez como normas individuales y como actos jurisdiccionales².

De otro lado, por *ratio decidendi* se ha entendido como aquella norma o conjunto de normas que han sido expresadas o usadas

¹ Aclaro al lector que en este artículo no se presentan los argumentos de la interpretación a través de los cuales la Corte Constitucional ha creado la norma implícita del “precedente judicial obligatorio”. Ese análisis se presentará en una próxima publicación que pronto se pondrá en la mesa discusión académica.

² NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, *Precedente en materia de hechos* en Revista de Derecho, Valdivia, vol. XXXI, no. 1, 2018, pp. 54.

por un juez para decidir un caso concreto, es decir, se trata de la norma (o conjunto de normas) que se presenta como la premisa mayor de la decisión en una sentencia judicial; no obstante la *ratio* también puede ser constituida por los hechos del caso; o por las consideraciones totales de la decisión del caso que se aplica como precedente; o por la premisa normativa del silogismo judicial en conjunto con todas las razones de justificación que determinan la decisión de un caso concreto. En fin, por *ratio decidendi* se entiende como aquella norma formulada o usada por un juez para justificar interna o externamente una decisión judicial, a la cual la norma del *stare decisis* califica como relevante en un ordenamiento jurídico³.

La anterior distinción es relevante, ya que: i) muestra la clara diferencia existente entre la norma del *stare decisis* y la norma de la *ratio decidendi* con relación al concepto de precedente judicial, el cual puede entenderse como “cualquier decisión de carácter jurisdiccional que expresa al menos una norma a la que se le dota de algún valor normativo para casos diferentes a aquel en cuyo contexto fue dictada”⁴; ii) en ese sentido se muestra con claridad que el precedente es una propiedad que tienen las sentencias judiciales en la medida en que haya otra norma (la del *stare decisis*) que la califique como tal; iii) por tanto, la existencia y validez de las *rationes decidendi* tiene como condición necesaria y suficiente la existencia y validez de la norma del *stare decisis*; iv) la norma del *stare decisis* no es el precedente judicial, sino la norma que posibilita su existencia y validez; v) por último, esta distinción es clave porque permite comprender que la norma construida por la Corte Constitucional es, como tal, un *stare decisis*, que posibilita la existencia y otorga a validez a las *rationes decidendi* de los demás jueces, tribunales y cortes de la república y, es a esa norma, a la que se refiere este texto, asunto que no se puede perder de vista

³ *Ibidem*, pp. 55-57.

⁴ *Ibidem*, pp. 57.

y que redundando en la comprensión del análisis descriptivo que a continuación se presenta.

II. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA NORMA IMPLÍCITA: “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO”, EL STARE DECISIS COLOMBIANO

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

Partiendo específicamente de las sentencias T-123 de 1995, C-037 de 1996 y C-836 de 2001, se puede hacer una reconstrucción, según la Corte, de la norma denominada por ésta: “precedente judicial obligatorio”. En este sentido la alta corporación ha dicho que, prima facie, “el precedente judicial es *obligatorio*”, es decir, que todos los jueces de la república, incluidas las demás altas cortes, “están *obligados* a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores”⁵. Sin embargo, este “deber” no es definitivo, pues la propia Corte Constitucional manifiesta que los jueces *pueden* apartarse del precedente vertical y horizontal y, en tal acto, “*deberán* jus-

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 836 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil.

tificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”⁶.

Según lo anterior, para apartarse del precedente, los jueces *deberán* cumplir dos cargas para justificar en forma suficiente y adecuada, por qué deciden apartarse del precedente. En primer lugar, *deberán* cumplir una carga de transparencia, la cual se cumple citando y mostrando el precedente existente del cual han decidido apartarse. En segundo lugar, *deberán* cumplir una carga de argumentación, la cual se cumple dando razones de justificación que han motivado la escisión del precedente. Estas razones pueden estar motivadas en: a) reformas legislativas, b) cambios sociales, económicos o políticos que hagan injusto la aplicación del precedente, y c) la consideración por parte del altas Cortes que el precedente resulta erróneo en relación con los valores, principios, derechos y fines que fundamentan el ordenamiento jurídico⁷.

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

Nótese que la Corte usa en la formulación de la norma implícita que establece el precedente judicial tres expresiones: “obligatorio”, “pueden” y “deberán”, las cuales se han usado también en la reconstrucción específica de la norma. Como se sabe, estas palabras son caracteres normativos o calificadores deónticos que permiten establecer si una determinada conducta es, para el caso que nos ocupa, obligatoria o permitida⁸. Dicho de otra forma, tales expresiones sirven para establecer o para descartar si la norma

⁶ *Ibidem.*

⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 92 y 93.

⁸ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 116-120. ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Euge-

creada es de obligación, situación que tiene relevancia analítica a la hora de mostrar si, en realidad, se trata de una norma constitutiva, es decir, si lo que la Corte ha creado es más bien una norma de competencia que impacta en forma directa la validez del acto jurídico denominado sentencia judicial.

Vistas las cosas de este modo, se ha concluido que la norma que permite la existencia y validez del precedente judicial es una norma de obligación, es decir, que el *stare decisis* establece una obligación que ata a todos los jueces a seguir las *rationes decidendi* de sentencias que hayan expresado o usado normas en casos anteriores y análogos a los casos que se deciden posteriormente a éstos. Bajo esta concepción de teoría de las normas se ha dicho que del “análisis de la sentencia C – 836/2001 se sigue que en Colombia existe un sistema de relativo y no absoluto de jurisprudencia. Los precedentes ciertamente son vinculantes, pero no obligan de manera omnímoda (como sería el caso en un sistema absoluto), sino de manera relativa”⁹. Lo que deja claro que a partir del lenguaje utilizado por la Corte se ha interpretado que la norma que establece el precedente judicial es propia de la tipología de las llamadas normas de obligación, la cual establece, debido a la posibilidad que tienen los jueces de apartarse del precedente, una especie de obligación relativa.

Esta forma de ver la norma creada por la Corte denominada “precedente judicial obligatorio”, como norma de obligación, no es del todo precisa si el punto es analizado a través de la teoría general de las normas, a través de la cual se puede dar cuenta de una conceptualización no unitaria de normas de obligación, lo que permite analizar si, en efecto, la norma construida por el alto tribunal se puede clasificar y caracterizar en alguno de los tipos de estas normas y que consecuencias, de verdad o falsedad, tendría esto al momento de expresar ciertos enunciados sobre dicha nor-

nio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 19.

⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 92.

ma, es decir, lo que se quiere mostrar con el análisis siguiente es: de qué manera se puede entender la “naturaleza” de esta norma si se le analiza a través de la teoría de las normas; asunto a través del cual se hará claridad para saber de qué hablamos cuando se expresa la norma del “precedente judicial obligatorio”.

III. SOBRE NORMAS DE OBLIGACIÓN Y LA NORMA DEL “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO”

Como se ha visto la norma creada por la Corte Constitucional, denominada “precedente judicial obligatorio”, ha sido entendida como una norma de obligación partiendo de una concepción punitiva del concepto de obligación que ha llevado a asegurar que en efecto estamos ante una obligación relativa debido a la posibilidad de una sanción penal por el delito de prevaricato que recaería sobre el juez, si éste llegase a apartarse del precedente sin justificar de manera suficiente y adecuada cumpliendo con las cargas de transparencia y argumentación fijadas como excepciones que relativizan el “deber” que, prima facie, ata la conducta del juzgador a las *rationes decidendi* expresadas en sentencias anteriores y análogas al caso actual, que ha decidido él mismo u otros jueces de mayor jerarquía funcional¹⁰.

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

¹⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Bogotá, Legis, 2016, pp. 83-97.

deóntico de “obligatorio” que aparece en su formulación por parte del alto tribunal.

Así las cosas, es bien conocido que en la teoría general de las normas existen varias concepciones sobre la *obligación jurídica* que han mostrado que dicho concepto se estructura según ciertos estados psicológicos, a partir de la posibilidad de castigos, por la previsión de alguna sanción normativa, por la aceptación de ciertas reglas sociales o por razones de tipo moral¹¹. Todos estos enfoques forman un concepto no unitario de la obligación jurídica que permiten dar cuenta, en forma holística, de qué manera una norma puede llegar catalogarse como de obligación y, a su vez, si los enunciados que se expresan sobre esta tendrían algún valor de verdad o falsedad, razón por la cual a continuación analizaremos el “precedente judicial obligatorio” para determinar si se puede calificar como una norma de obligación.

A) LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA

Los autores más relevantes de esta concepción, sin lugar a duda, serían Axel Hägerström¹², Karl Olivecrona¹³ y Alf Ross¹⁴. En estas posturas suelen caracterizar los enunciados normativos de y sobre obligaciones como si tratara de expresiones o proposiciones que versan sobre estados psicológicos de una persona o de una comunidad, es decir, aquí los derechos y las obligaciones operan como entidades ideales que, como tal, solo existen en la mente humana. De este modo, se predica que el deber es tan solo un motivo para

¹¹ MENDONÇA, Daniel, *Las claves del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 65.

¹² CASTIGNONE, Silvana, *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 37-62.

¹³ OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Bogotá, Temis, 2018; y, del mismo autor: *Lenguaje jurídica y realidad*, México, Fontamara, 1991, pp. 48-58.

¹⁴ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

el comportamiento legal, mediante el cual se actúa no por miedo a algún tipo de sanción jurídica, sino por un respeto totalmente desinteresado hacia el derecho¹⁵. Visto de este modo, el deber vendría a ser producto de una realidad imaginaria, es decir, un tipo de sentimiento que conlleva a la realización de determinadas acciones, lo que supone un sentido de deber a través del cual se experimenta un impulso de cumplir o realizar un acción con total independencia de las elecciones o valoraciones que la acompañen; sin embargo también podría decirse que si el impulso proviene no del desinterés sino del temor a algún tipo de sanción, entonces no sería el sentido del deber el que moldea la conducta humana, sino más bien algún tipo de cálculo o prudencia que opera a la hora de actuar¹⁶.

Ahora bien, concebir bajo este enfoque la norma del “precedente judicial obligatorio” construida por la Corte Constitucional, como una norma de obligación no parece ser satisfactorio, ya que la consecuencia de adoptar esta postura nos llevaría forzosamente a aceptar la equivalencia del estado de ánimo de quien recibe un mandato y de quien experimente un sentido del deber, pues desde aquí se estaría afirmando que la causa del sentimiento de constricción es igual en ambos casos, lo que no es aceptable. Pues una cosa es cumplir un mandato y otra muy distinta experimentar el sentido de un deber. Quien responde con el cumplimiento ante un mandato no lo hace porque quien lo profirió haya despertado en él el *deseo* de realizar una determinada acción, sino que actúa en cumplimiento de una orden independientemente del deseo que tenga en cuanto a la realización de la acción¹⁷.

De otro lado, quien actúa experimentando un sentido del deber, lo hace movido por sus propias convicciones y no en acatamiento de una orden externa; no obstante, es posible que el *mandato* y el *sentido del deber* puedan de alguna forma coincidir al

¹⁵ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶ CASTIGNONE, Silvana, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

punto de encontrar algunas semejanzas, sin embargo, existe una diferencia muy fuerte entre uno y otro que impide que sean del todo asimilables, la cual está en la reacción psicológica que se asume, ya que al mandato en su forma expresiva: “debes hacer esto” se responde “haré esto”, lo que hace que no se pueda asumir la obligación como una característica objetiva de la acción, quedando la sensación de que se experimenta el deber como una cualidad empírica¹⁸; además, esta concepción bajo la idea de que la obligación equivale a sentimientos de presión o ciertos impulsos que experimenta el obligado, termina por confundir dos expresiones distinguibles: “verse a obligado a” y “tener la obligación de”, dado a que la primera se refiere a ciertas creencias o motivos que dirigen la acción humana, mientras que la segunda se refiere a la existencia de normas válidas que constituyen el origen de la acción impuesta¹⁹.

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

De esta manera puede decirse que una norma “existe” en dos sentidos. Una norma puede existir “empíricamente” bajo la idea de que las normas son entidades lingüísticas que son significados de enunciados prescriptivos, en este sentido, una norma existe

¹⁸ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

¹⁹ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, p. 68.

porque ha sido formulada por alguien. Ahora bien, una norma “existe” jurídicamente en un ordenamiento jurídico y por ello pertenece a este si, además de haber sido formulada, ha sido discutida, dictada y publicada con base en las normas que regulen su producción de ese ordenamiento²⁰; además de esto una norma “existente” en un ordenamiento puede llegar a ser material o formalmente válida o inválida, lo que no solo aplica para las normas explícitas sino también para las implícitas, es decir, i) normas que han sido válidamente inferidas a través de normas explícitas, pero añadiendo premisas posteriores como por ejemplo conceptos doctrinales, asunciones dogmáticas; ii) normas que han sido inferidas persuasivamente partiendo de normas explícitas, pero a través de razonamientos lógicamente inválidos o no deductivos, que han sido expresados a través de argumentos interpretativos²¹.

Según esto, tal como ha quedado enunciado la norma del “precedente judicial obligatorio” ha sido creada por la Corte Constitucional, como una norma implícita formulada por el alto tribunal, por tanto existente en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual responde a los dos criterios señalados en el párrafo anterior, pues se trata de una norma válida que responde a ciertos criterios materiales de validez, es decir, aquellos que hacen referencia al contenido de las normas, pero también a criterios formales, pues ha sido formulada vía “interpretación” por la Corte, como intérprete auténtico del documento Constitucional²². Por lo cual puede decirse que la norma existe y es válida por los criterios antes expresados, no porque sea un mandato o un sentido del deber que esté en la mente de los jueces, por tanto, este no parece ser un criterio adecuado para concluir que la norma denominada “precedente judicial obligatorio” pueda calificarse como una norma de obligación.

²⁰ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, 1999, pp. 398-402.

²¹ *Ibidem*, pp. 393.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 820 del 2006, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

B) LA CONCEPCIÓN PREDICTIVA

En esta concepción podría ubicarse a un teórico como Oliver Wendell Holmes²³. En este enfoque las obligaciones son vistas no como un asunto de temores, creencias y motivos, sino que se definen bajo la idea probabilística de que, en caso de incumplimiento, el obligado sufra un castigo por parte de terceras personas. Por tanto, los derechos y los deberes no son otra cosa que las predicciones que se hacen en relación con que, si alguien hace o deja de hacer algo, tendrá que sufrir las consecuencias previstas, debido a una sentencia judicial²⁴.

Bajo esta concepción tampoco resulta coherente llegar a la conclusión que la norma del “precedente judicial obligatorio” puede ser entendida como de obligación, bajo la idea de una predicción de las consecuencias futuras que recaigan sobre un juez por haber incumplido el “deber” de seguir las *rationes decidendi* expresadas en sentencias de casos análogos a los que se deciden en la actualidad, ya que una postura como esta equivale a sostener que la obligación jurídica se identifica con el acto de predicción, es decir, que sin ese acto la obligación o el derecho no existirían, pues son una y la misma cosa. Lo que resulta poco factible, porque una obligación jurídica existe independientemente de los actos de predicción que se hagan sobre ésta. Dicho de otra forma, la existencia de la obligación jurídica depende de la existencia de una norma jurídica que le contenga, norma que asegurará su cumplimiento previendo una sanción para el incumplido. No significando esto que la sanción deba efectivamente darse para que se pueda hablar de la existencia o no de la obligación²⁵. Y mucho menos que ante la existencia de la norma que fija la obligación y la sanción que asegura su cumplimiento, se deba depender de una predicción,

²³ HOLMES, Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 1987.

²⁴ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, pp. 66.

²⁵ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 92.

dejando de lado la conexión normativa que hay entre la previsión de una acción y la sanción que prevé de darse su incumplimiento²⁶. Por tanto, este enfoque también parece resultar insatisfactorio para caracterizar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación, pues las normas son producto de otras normas que son usadas por el órgano competente que las promulga, no de las predicciones de los juristas.

C) LA CONCEPCIÓN REALISTA

En este enfoque podría estar ubicado H.L.A Hart²⁷. Para él estar sometido a una obligación siempre implica la existencia de una regla. Sin embargo, agrega que la obligación que impone la regla deviene de una exigencia social general que insiste en el cumplimiento de la regla, es decir, de una presión social que se ejerce sobre las personas que se desvían o intenta desviarse de la regla. Esta presión social, según él, opera como un sustento de la obligación de la regla y hace que ésta se vista como algo muy relevante para preservar la vida en sociedad²⁸.

Esta concepción de normas de obligación no al parecer tampoco resulta satisfactoria para caracterizar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación y esto porque este enfoque gira entorno a reglas de tipo social. Es cierto que esta perspectiva indica que para que alguien tenga una obligación debe existir una regla, pero al parecer esa regla no es tipo jurídico, ya que las reglas aquí son caracterizadas a través de: i) la presión social que opera como respaldo, ii) la relevancia de los valores que esas reglas promueven, iii) el posible conflicto entre lo que debe hacerse y lo que se desea²⁹.

²⁶ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, p. 69.

²⁷ HART, H.L.A, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

²⁸ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, pp. 66.

²⁹ *Ibidem*.

Con estas características se muestra que este enfoque tampoco parece ser adecuado para referirse a obligaciones jurídicas establecidas a través de normas jurídicas que han dictado órganos competentes usando otras normas del ordenamiento legal, pues la existencia las obligaciones jurídicas no depende del criterio de aceptación de los miembros de un grupo social, quienes a su vez las mantienen como exigencias generales a través de la presión que ejercen contra quienes deciden quebrantarlas o amenazar su transgresión³⁰; considerar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación bajo las consideraciones anteriores equivale a equiparar las obligaciones que tienen su origen en normas consuetudinarias, con normas que se originan en las fuentes formales de un ordenamiento jurídico o, lo que es lo mismo, en disposiciones constitucionales y legales o sentencias judiciales, lo que termina por ignorar que donde hay autoridades competentes las obligaciones jurídicas se originan, modifican y extinguen por su actividad. Por tanto, no parece posible caracterizar una obligación jurídica a partir de reglas sociales, pues el único camino para su identificación son las normas jurídicas³¹.

D) LA CONCEPCIÓN NATURALISTA

En este enfoque se puede ubicar a Ronald Dworkin³², quién como se sabe, ha criticado ampliamente al positivismo jurídico. Una de sus críticas ha consistido en afirmar que no es aceptable decir que las obligaciones tengan origen tan solo en normas jurídicas válidas, pues según él las obligaciones jurídicas se originan también en principios, entendiendo por estos un tipo de estándar que debe ser observado como una exigencia de la moral. En este sentido la existencia de una obligación jurídica radica en el mayor peso que esos principios tengan en relación con otro tipo de razones, es

³⁰ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, pp. 70.

³¹ *Ibidem*, pp. 71.

³² DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

decir, que los principios jurídicos obligatorios vendrían a operar como un tipo de razones (morales) que darían fundamento a la obligación jurídica frente a otro tipo de razones menos fuertes que estos y que, por tanto, tenderían que ceder ante estos³³.

Esta concepción parece tornarse inaceptable para fundamentar el “precedente judicial obligatorio” como una norma de obligación por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, la idea de que las personas tienen obligaciones jurídicas basadas en principios morales constituye una idea iusnaturalista muy discutible en el momento de considerar la relación entre derecho y moral. Pues si se acepta que el derecho tiene una conexión necesaria con la moral, como se afirma en este enfoque, entonces valdría la pena reflexionar a qué tipo de moral se refiere. Por ejemplo, si se trata de una moral positiva, es decir, la que producen los mismos sujetos morales, se debería aceptar entonces la obligación de seguir el precedente no emana de las normas dictadas por autoridades estatales, sino de esos sujetos morales³⁴.

De otro lado, si se trata de una moral crítica, la cual es elaborada por los filósofos con el fin de mejorar la moral positiva, se estaría aceptando que la existencia de la obligación tiene su origen en la filosofía y no en el ordenamiento jurídico positivo³⁵, lo que llevaría en ambos casos a firmar que es una moral externa al derecho la que sería fuente de obligaciones jurídicas, cuestión que sería inaceptable en un Estado de Derecho, donde los únicos autorizados para crear obligaciones jurídicas son las autoridades competentes; las obligaciones jurídicas están contenidas en normas jurídicas o no son obligaciones de este tipo.

³³ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, pp. 67.

³⁴ BARBERIS, Mauro, *Introducción al estudio del Derecho*, Lima, Palestra, 2015, pp. 29.

³⁵ *Ibidem*.

E) LA CONCEPCIÓN PRESCRIPTIVISTA

Esta concepción está representada en los trabajos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin³⁶. Para ellos la existencia de una norma radica en que haya sido promulgada por una autoridad. En ese sentido sostienen que una determinada acción es obligatoria si esa autoridad a proferido una norma que la contiene y mediante la cual ordena esa determinada acción, independientemente de si esa norma consagra o no algún tipo de sanción por su transgresión o el incumplimiento de la obligación³⁷. En ese orden ideas admiten que las normas pueden ser categorizadas como de obligación sin la necesidad de una sanción que asegure el cumplimiento de la obligación. Así, pues, se admite la existencia de obligaciones jurídicas sin sanción.

Este enfoque tampoco parece mostrarse satisfactorio para clasificar, como una norma de obligación, la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte Constitucional, pues no es para nada sensato admitir que existan obligaciones jurídicas sin sanción. Es más, se podría llegar a cuestionar si se trata de una obligación genuina aquella desprovista de toda sanción, pues de aceptarse esta idea, las obligaciones jurídicas serían indistinguibles de las recomendaciones; pues no sería del todo sensato afirmar que alguien se encuentra obligado a hacer o no hacer algo, si tal obligación carece de una consecuencia jurídica³⁸. De este modo, puede decirse que, si la omisión de una conducta no es sancionada, por ejemplo, omitir seguir el precedente judicial “obligatorio”, entonces tal conducta no es obligatoria. La sanción, pues, es condición necesaria para que haya obligación jurídica. No

³⁶ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN Eugenio, *Derecho y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; y, *Sistemas normativos...*, *op. cit.*

³⁷ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

³⁸ GUASTINI, Riccardo, *La sintáxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 69 y 70.

hay obligación sin sanción, pues entre ellas hay una implicación recíproca³⁹.

En relación con este enfoque, es necesario detenerse un poco, ya que es tal vez, el que se sostuvo en alguna época para clasificar la norma del “precedente judicial obligatorio”, creada por la Corte Constitucional, como una norma de obligación. Como ya se expresó anteriormente se ha entendido que, en el caso colombiano, esta norma constitucional implícita es de obligación, es decir, que fija un valor vinculante para los precedentes, aunque lo hace de modo relativo, al reglar la posibilidad que los jueces tienen para apartarse del mismo, cumpliendo con las cargas de transparencia y de argumentación, todo esto, según de lo que supuestamente se sigue del análisis de la sentencia C-836 de 2001⁴⁰. Sin embargo, esta postura no resulta del todo adecuada, pues, bien vistas las cosas, no existe norma jurídica que regule una sanción para los jueces que decidan a apartarse del precedente.

El solo hecho de apartarse del precedente no tiene como consecuencia una sanción penal ni disciplinaria para el juez. Solo es un hecho que puede llegar a afectar la validez del fallo si este llegase a ser cuestionado mediante los recursos procesales ordinarios y extraordinarios o por medio de una acción tutela, ya que apartarse o violar el precedente judicial se constituye en una causal específica de acción de tutela contra sentencias judiciales, causales que también fueron creadas por la Corte Constitucional entre los años 2000 y 2003, siendo sistematizadas en la sentencia C – 590 de 2005⁴¹. No parece sensato entonces hablar de obligación sin sanción. Mucho menos cuando ese hecho solo afecta la validez del acto denominado sentencia, pues esto no puede ser equiparado a una sanción ya que, si determinado acto resulta inválido por el incumplimiento de alguna norma, no se trata de una infracción a alguna norma que contenga algún tipo de obligación, pues lo que

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 99.

⁴¹ *Ibidem*, p. 79.

afecta la validez de un acto no ha sido entendido como equiparable a una sanción y, de igual forma, su invalidez o nulidad no son entendidas de tal forma⁴².

F) LA CONCEPCIÓN PUNITIVA

En este enfoque es sostenido en las principales obras de Hans Kelsen⁴³. Aquí se afirma que cuando alguien está jurídicamente obligado a hacer o a omitir algún comportamiento es porque existen normas jurídicas que así lo ordenan y que también sancionan el incumplimiento de tales normas. En este caso se dice que el comportamiento ordenado por la norma se encuentra enlazado a una sanción, la cual se entiende como un acto coactivo que asegura su cumplimiento. Por ello, en esta concepción se sostiene que la obligación jurídica está íntimamente ligada a la sanción, al punto de afirmar que no existe obligación jurídica sin sanción jurídica, razón por la cual en caso de estar reglada una conducta y ante el acaecimiento de un comportamiento contrario debería producirse la sanción. La obligación, pues, se identifica con la norma que ordena una determinada conducta, siempre y cuando, está atada a una sanción⁴⁴.

En este enfoque también es necesario detenerse, porque es el que se está teniendo en cuenta en la actualidad para clasificar la norma del “precedente judicial obligatorio”, creada por la Corte Constitucional, como una norma de obligación, sobre todo a partir de la sentencia C – 335 de 2008, a través de la cual la Corte Constitucional decidió sobre la constitucionalidad del artículo

⁴² HART, H.L.A., *op. cit.*, pp. 33-36.

⁴³ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 63; KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, pp. 68-70.

⁴⁴ MENDONÇA, Daniel, *op. cit.*, p. 66.

413 del Código Penal (ley 599 de 2000)⁴⁵, el cual consagra el tipo penal de prevaricato por acción. Según se ha dicho a partir de esta sentencia que dicho delito constituye una amenaza –una sanción– para los jueces que se aparten del precedente sin que medie algún tipo de justificación, es decir, sin cumplir con las cargas de transparencia y argumentación. Para esta postura hoy no cabe duda de que, la norma implícita creada por la Corte, a través de la cual se estableció el “precedente judicial obligatorio” es una norma de obligación, debido a que la conducta de omitir seguir el precedente sin dar razones de justificación se encuentra sancionada en el tipo penal de prevaricato, según supuestamente se sigue del análisis de aquella sentencia⁴⁶. Sin embargo, esta posición no parece del todo concluyente, por las razones que se expresan a continuación.

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

⁴⁵ El artículo 413 del Código Penal colombiano reglamenta lo siguiente: “Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) ocho (8) años.”

⁴⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *op. cit.*, pp. 83-91.

tución, a los tratados internacionales, así como a la interpretación que hagan de ésta y aquellos, los intérpretes supremos, esto para lograr criterios uniformes de aplicación del derecho y un óptimo funcionamiento del sistema jurídico.

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

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

del derecho⁴⁷. Con lo que la Corte deja claro, que el mismo sentido adjudicado al término “ley” contenido en dicho artículo superior, también es perfectamente aplicable al mismo vocablo contenido en el artículo demandado, motivo por el cual para la Corte no les asiste razón a los demandantes.

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

En relación con la expresión “manifiestamente contraria a la ley”, es claro para la Corte Constitucional que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido dicha expresión en el sentido de: i) norma aplicable al caso; ii) ordenamiento jurídico colombiano; iii) mandatos constitucionales; vi) ley en sentido formal y material; y v) actos administrativos. Razones por las que resulta diáfano que la Corte Suprema no entiende dicha expresión únicamente como sinónimo de ley expedida por el Congreso de la República, interpretación que para la Corte Constitucional resulta ajustada a la Constitución⁴⁸.

Finalmente, la Corte Constitucional se ocupará del tema que resulta de capital importancia para este estudio, esto es, si el he-

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 355 de 2008, M.P Humberto Sierra Porto.

⁴⁸ *Idem*.

cho de que los jueces se aparten del precedente judicial, sin exponer razones suficientes y adecuadas, da lugar a la comisión del delito prevaricato o, dicho de otro modo, si este delito puede entenderse como una norma que regula una sanción para los jueces que se aparten del precedente sin justificación y; siendo ese el caso, que se pueda entonces entender la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte, como una norma de obligación.

En este punto, el tribunal constitucional empieza por sostener que el delito de prevaricato no se comete por el solo hecho de que un juez se aparte sin justificación, en su sentencia, de la jurisprudencia proferida por las altas cortes, a no ser que se trate, dice la Corte, de una sentencia de control constitucionalidad de la ley o de la jurisprudencia dictada por ellas que, a su vez, comporte una violación directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general. Con esto la Corte no niega el carácter relevante que tiene el precedente en el sistema fuentes del derecho, pero empieza por dejar claro que una simple discordancia entre pronunciamiento judicial y aquel no se traduce en la comisión del delito de prevaricato⁴⁹.

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

⁴⁹ *Idem.*

Del mismo modo, cuando se trata de un fallo de exequibilidad condicionada en el que la Corte fija el sentido (constitucional) de una disposición legal, según ella, ninguna autoridad puede aplicar tal precepto desatendiendo el sentido (norma) fijado por la Corte en el fallo de constitucionalidad. En tal caso serán vinculantes tanto la parte resolutive como la parte motiva de la decisión (en su *ratio decidendi*). Y cuando una autoridad judicial o administrativa decide apartarse del precedente fijado en este tipo de sentencias, lo que se produce es una violación directa de la Constitución, ya que, según la Corte, a los servidores públicos le está vedado darle a la ley un sentido distinto del fijado por el intérprete auténtico de la Constitución⁵⁰.

Ahora bien, posteriormente la Corte pasa a considerar en qué casos el desconocimiento de la jurisprudencia dictada por las altas Cortes constituye, a su vez, una violación directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general y la relación que esto tiene con el delito de prevaricato. Para ello continúa diciendo que pueden existir casos en que un servidor público puede incurrir en el delito de prevaricato no por apartarse o desconocer la jurisprudencia dictada por una alta corte, sino porque, aunque la jurisprudencia es considerada una fuente autónoma del derecho, la violación comporte una transgresión no de la jurisprudencia misma, sino una violación directa de disposiciones constitucionales y legales⁵¹.

Para justificar su razonamiento, el alto tribunal recurre a la distinción entre disposición y norma. Señala que las disposiciones son simples enunciados normativos, a los que cuales se les atribuye significado a través de la interpretación. Es así como la Corte entiende que las normas son el resultado de la interpretación que recae sobre disposiciones constitucionales y legales. Por eso, dice que de una disposición pueden derivarse diferentes normas en forma prohibiciones, obligaciones y permisiones. Por tanto, las

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

disposiciones son un objeto interpretar, mientras que las normas son el producto de la interpretación⁵². En este sentido, para la Corte, cuando una disposición tiene un sentido unívoco se presenta una identidad de disposición y norma, quedando en este caso reducida la actividad creativa del juez. De otro lado, cuando la univocidad de sentido normativo no se da, se pierde la identidad en disposición y norma, quedando su aplicación al caso concreto no bajo un simple procedimiento de subsunción, sino convirtiéndose en una tarea de discrecionalidad interpretativa donde la actividad judicial se torna en concretización y derivación normas creadas por el juez para resolver el caso, dice la Corte⁵³.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal constitucional afirma que cuando se da el caso en el que no existe gran diferencia entre la disposición constitucional o legal y la norma que se aplica al caso, seguir la jurisprudencia de las altas cortes equivale aplicar en forma directa la Constitución o la ley, lo que hace irrelevante la vinculatoriedad de dicha jurisprudencia. En palabras de la propia Corte, “siendo tan estrecho el nexo existente entre la disposición legal y la norma, la labor de intermediación que cumple la jurisprudencia entre ambas se desvanece, con lo cual la fuerza vinculante termina siendo de la ley y no de aquélla”⁵⁴. Por tal motivo cuando los jueces y los funcionarios administrativos se apartan de la jurisprudencia en estos casos, pueden estar inmersos en el delito prevaricato no por violación de ésta, sino por una transgresión directa de la Constitución o la ley⁵⁵. Casos en los cuales, decir que el delito prevaricato constituye una sanción a la conducta de apartarse del precedente sin justificación, resulta un enunciado descriptivo falso.

De otro lado, para la Corte, otra es la situación cuando una disposición constitucional o legal es susceptible de tener varios

52 *Idem.*

53 *Idem.*

54 *Idem.*

55 *Idem.*

significados, es decir, cuando se da el caso que se pueden derivar varias normas de una sola disposición. Para el alto tribunal, en tales casos existen otros mecanismos en el ordenamiento jurídico que están dispuestos para controlar jurídicamente a los jueces, cuando estos deciden apartarse de la jurisprudencia de las altas cortes sin que medie justificación alguna. Estos mecanismos son, por ejemplo, el recurso extraordinario de casación, razón por la cual no se debe recurrir aún mecanismo tan severo como lo es la privación de libertad por una condena por el delito de prevaricato por acción. Esto debido a que no se podría asegurar que un juez o funcionario administrativo que actuara de esta forma estuviese dictando una resolución o sentencia “manifiestamente contraria a la ley” como lo exige el tipo penal del mencionado delito, por tanto, la sentencia no resultaría arbitraria ni irrazonable. Lo mismo sucede cuando no hay jurisprudencia constante de las altas cortes sobre alguna materia⁵⁶. De esta forma, en casos como estos, sostener que apartarse del precedente sin justificación encuentra una sanción en el delito de prevaricato por acción es, del mismo modo, un enunciado cognoscitivo carente de verdad.

Por último, la Corte llega a considerar dos casos adicionales en relación con la posible comisión del delito de prevaricato por acción. Por un lado, está la cuestión de los casos novedosos, en los cuales se descarta de plano que pueda darse este delito debido a que, precisamente por su novedad, no se puede decir que los jueces funcionarios administrativos se aparten de la jurisprudencia de las altas cortes, pues tal jurisprudencia por la novedad del caso es inexistente, es decir, la hipótesis delictiva se descarta por sustracción de materia. Por otro lado, están los casos jurisprudencia constante, reiteración jurisprudencial y sentencias de unificación donde la Corte sostiene que si se puede dar el mencionado delito. Sin embargo, el alto tribunal vuelve manifestar que en estos últimos tres casos mencionados el desconocimiento de la jurisprudencia dictada por una alta corte debe comportar, a su vez,

⁵⁶ *Idem.*

“una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”⁵⁷, lo que nos regresa al punto inicial, según el cual la única posibilidad que plantea la Corte para que se dé el delito es cuando hay identidad entre disposición y norma o, lo que es lo mismo, cuando hablamos de normas literales, caso en el que realmente se está violando no es precedente judicial, sino la Constitución o la ley en forma directa. Por ello, lo que se observa una vez más, es que el enunciado descriptivo que indica que el delito de prevaricato constituye sanción por apartarse del “precedente judicial obligatorio” es falso.

Para cerrar este punto, es necesario referirse a cierta postura en la que se observa una posición contraria a la que aquí se ha sostenido. Pues en una lectura de esta misma sentencia (C-335 de 2008) se ha dicho que el delito de prevaricato por acción constituye una *amenaza* para los jueces⁵⁸. Y bajo esa idea se sostiene que, “cuando la diferencia entre texto preinterpretado y norma posinterpretada es significativa, la Corte Constitucional afirma que, frente a jurisprudencia reiterada, la doctrina judicial ya se ha fundido al sentido de la norma de origen legal y que, por tanto, este desconocimiento jurisprudencial puede ser también ser tratado como prevaricato. [Luego se afirma que hacia la parte final de la sentencia la Corte] dice que el tipo penal no solo protege el precedente “unilateral” (es decir, aquel que declara judicialmente una “norma” que se desprende sin dificultades del “enunciado normativo”), sino también el “constante” o el “reiterado”, incluso cuando la interpretación no constituya una mera subsunción”⁵⁹.

En relación con esta lectura de la sentencia a través de la cual se estaría afirmando que la norma del “precedente judicial obligatorio” creada por la Corte Constitucional es una genuina norma de obligación o de la cual se deriva una obligación relativa de seguir el precedente, ya que está acompañada de una amenaza

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *op. cit.*, pp. 83-90.

⁵⁹ *Idem.*

(sanción) se podrían manifestar tres argumentos: i) afirmar que el delito de prevaricato por acción constituye una amenaza para los jueces no capta bien la idea del concepto de obligación en el derecho, ya que esto nos pondría de nuevo en definición de derecho de Austin como “órdenes respaldadas por amenazas”, lo que podría llevar a firmar, si se dice con Hart, que los jueces no siguen el precedente porque *están* obligados a seguirlo, sino porque *se ven* obligados seguirlo, lo que no serviría para diferenciar la obligación jurídica de una orden dada por un asaltante⁶⁰; ii) de otro lado podría también confundirse, si se afirma con Kelsen, el sentido subjetivo de la orden dada por un ladrón de caminos y el sentido objetivo que tiene una obligación regulada en una norma jurídica, sentido que se resuelve en un criterio de validez jurídica⁶¹; iii) finalmente sostener que la Corte Constitucional ha dicho en esta sentencia que el delito prevaricato resulta aplicable cuando se presenta una diferencia significativa entre disposición y norma es un enunciado cognoscitivo falso, porque como se pudo ver lo que la Corte ha expresado es que el delito de prevaricato por acción solo aplicaría, aún en el caso de jurisprudencia constante, de reiteración y sentencias de unificación, solo cuando se trata violaciones directas a la Constitución o a la ley, es decir, cuando no hay diferencia entre disposición y norma. Para decirlo sintéticamente el delito solo podría aplicar en caso de violación de normas literales, como también se reitera en las sentencias C-539 y C-634 de 2011. Por tanto, no parece sensato afirmar que la sanción por el delito de prevaricato por acción se deriva de la sola conducta de apartarse, sin justificación, del precedente judicial.

Razón por la cual, la norma creada por la Corte Constitucional denominada “precedente judicial obligatorio” no parecería ser una norma de obligación, sino una norma constitutiva, una norma de competencia, a través de la cual crea un supuesto de hecho al otorgarle a los jueces el poder de seguir o no seguir

⁶⁰ HART, H.L.A., op. cit., pp. 8.

⁶¹ KELSEN, Hans, op. cit., pp. 57 – 59.

el precedente judicial, lo que pone de manifiesto que el tribunal constitucional no solo crea normas (constitucionales) generales, impersonales y abstractas, sino que a través de esas normas otorga poderes a órganos del Estado.

