



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Celis Galvis, María Laura; Hernández Mendoza,
William Esneyder; Roa Caballero, Luis Alejandro
Las cargas del juez frente a los desafíos del precedente constitucional
a propósito de la motivación y argumentación de los fallos
Derecho PUCP, núm. 77, 2016, pp. 381-406
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.015>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533662547015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Las cargas del juez frente a los desafíos del precedente constitucional a propósito de la motivación y argumentación de los fallos*

The judge's obligations in front of challenges of the constitutional precedents with regard to motivation of the judicial providences

MARÍA LAURA CELIS GALVIS**, WILLIAM ESNEYDER
HERNÁNDEZ MENDOZA*** & LUIS ALEJANDRO ROA
CABALLERO****

Resumen: La autonomía judicial ha sufrido transformaciones en la historia constitucional colombiana, aún más con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Esto implica que la función del juez se ve afectada y sufre mutaciones relevantes, sobre todo en cuanto a sus deberes, como la motivación de las providencias y la búsqueda efectiva de justicia para el caso concreto. Nótese, entonces, que el juez debe observar con atención los precedentes constitucionales y las cargas que estos le imponen, so pena de incurrir en sanciones, como la cesación de efectos jurídicos del fallo a través de las así llamadas «vías de hecho». Dichas limitaciones y consecuencias fueron pensadas en clave de la máxima protección de los derechos fundamentales, la dinamización y la coherencia del sistema jurídico.

Palabras clave: independencia judicial – motivación de providencias judiciales – cargas argumentativas del juez – precedente – tutela contra providencias judiciales por vías de hecho

Abstract: Judicial autonomy has suffered changes all through Colombian constitutional history, especially due to the expedition of the Political

* Texto ganador del «Premio al mejor trabajo de investigación» en el Primer Encuentro Internacional de Estudiantes de Derecho Procesal de Pregrado, Proceso y Constitución, llevado a cabo en el marco del VI Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución (Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 26 al 29 de abril de 2016).

** Estudiante de cuarto año de Pregrado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Monitora del Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la misma casa de estudios. Miembro del Observatorio de Derecho Financiero y Bursátil desde el año 2015. Correo electrónico: laura_celis.g@hotmail.com

*** Estudiante de cuarto año de Pregrado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Aspirante a Monitor de Derecho Romano en la misma casa de estudios. Miembro de la delegación de estudiantes que representó a la universidad en el Concurso Nacional de Derecho Romano: Eduardo Álvarez Correa. Correo electrónico: williamhernandezmendoza@hotmail.com

**** Estudiante de quinto año de Pregrado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Monitor del Departamento de Derecho Procesal de la misma casa de estudios. Miembro del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia 2015. Ponente de la delegación de estudiantes que representó a la Universidad Externado de Colombia en el Primer Encuentro Internacional de Estudiantes de Derecho Procesal de Pregrado. Correo electrónico: larc45-65@hotmail.com

Constitution in 1991. This implies that the judge's function was affected and suffered relevant changes, particularly in duties such as the motivation of judicial providences and the search for real justice in concrete cases. As a consequence of these relevant changes, now judges must pay special attention to the constitutional precedent and the charges imposed on them in order to avoid sanctions like the annulment of their judgments through the «vías de hecho» doctrine. These limitations and consequences were issued with the aim of protecting fundamental rights, and making the legal system dynamic and coherent.

Key words: judicial independence – motivation of judicial providences – arguments and reasons of judge's decisions – precedents – judicial action against judicial decisions through the «vías de hecho» doctrine

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL DESDE LA EXIGENCIA DE MOTIVAR LA SENTENCIA.– II.1. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL ESTADO NEOCONSTITUCIONAL.–II.1.1.TRANSFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ: DE VOCERO A INTERPRETE DE LA LEY.–II.1.2. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA AUTONOMÍA JUDICIAL.– II.2. LA MOTIVACIÓN COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL EN LA LÓGICA DEL PROCESO.– II.2.1. LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DERIVADA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.– II.2.2. LA NECESIDAD DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA EN ESPAÑA Y PERÚ.– II.2.3. LA MOTIVACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.– III. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, A TRAVÉS DE CARGAS ARGUMENTATIVAS IMPUESTAS AL JUEZ POR «LAS VÍAS DE HECHO».–III.1. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA LEY, BASADA EN LOS PRINCIPIOS; CREACIÓN DEL DERECHO EN FUNCIÓN DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.–III.2. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES: TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE JUSTICIA.–III.2.1. LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES COMO NUEVO MEDIO DE IMPUGNACIÓN.–III.2.2. APARTARSE DEL PRECEDENTE JUDICIAL: ¿REALMENTE ES POSIBLE?–IV. LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL JUEZ A TRAVÉS DE CARGAS ARGUMENTATIVAS IMPUESTAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.–V. CONCLUSIONES.–VI. BIBLIOGRAFÍA.

*Cada hombre es una criatura del tiempo en que vive
y pocos son capaces de elevarse sobre esas ideas.*

VOLTAIRE

I. INTRODUCCIÓN

El precedente en Colombia ha sufrido profundas transformaciones en los últimos veinticinco años, mutando el sistema centenario que acompañó a la Constitución de 1886, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales y dar coherencia al sistema jurídico colombiano. Actualmente, se ha ampliado el poder otorgado al juez para decidir apartándose de la ley, no contrariándola, sino acudiendo a otras fuentes, como los principios generales del derecho y la jurisprudencia. Esta última ha sido relevante para Colombia, ya que por esta vía se han conquistado muchos de los derechos que en algún momento eran impensables. En esta labor, hay que destacar el papel de la Corte Constitucional colombiana.

Este trabajo responderá a la siguiente interrogante: ¿existe limitación a la autonomía de los jueces ordinarios por la imposición de cargas argumentativas dadas por la Corte Constitucional colombiana a través del precedente? Con el objetivo de analizar la posición del juez al momento de optar por una posición frente a las controversias ante él presentadas, se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, se reconstruirá el concepto de independencia judicial en relación con la exigencia de motivar la sentencia, pasando revista a ordenamientos extranjeros en cuanto al deber de motivar la sentencia. Así, en un segundo momento, se revisará cómo se llega a la protección de derechos constitucionales, a través de cargas argumentativas, impuestas al juez por «las vías de hecho». Finalmente, en una tercera parte se recogerán las ideas preliminares, para afirmar la existencia de una limitación a la autonomía del juez a través de cargas argumentativas impuestas por la Corte Constitucional colombiana.

II. LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL DESDE LA EXIGENCIA DE MOTIVAR LA SENTENCIA

En el presente acápite esbozaremos los deberes a los que se encuentra sometido el juez a la hora de dictar una providencia¹, pues, como se explicará a continuación, en el Estado neoconstitucional el principal deber de quienes tienen la potestad de administrar justicia es asegurar los principios y valores que inspiran el ordenamiento jurídico, lo cual va más allá de la simple subsunción de los hechos en la norma.

1 Se utiliza el término «providencias judiciales» y no «sentencias judiciales» porque, como veremos más adelante, la motivación de las mismas se establece por la protección de los derechos al debido proceso, de los derechos a impugnar y por el sometimiento de los jueces al derecho, entendido este como el ordenamiento jurídico. Así las cosas, estos principios deben predicarse respecto de todas las providencias, pues, de no ser así, se aceptaría que en los autos se pueden desconocer estos derechos.

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

II.1. La independencia judicial en el Estado neoconstitucional

II.1.1. Transformación de la función del juez: de vocero a interprete de la ley

En un principio, no se hablaba de independencia judicial, sino de separación de poderes². Esta noción parece haberse desvanecido en la Edad Media, pues, como se afirma en la doctrina, la separación de poderes surge como una reacción en contra de los abusos cometidos en los estados absolutistas (Ruano, 2009, pp. 27-59). Lo anterior llevó a que teóricos como Locke, Montesquieu o Rousseau retomaran los conceptos de Aristóteles y formularan modelos de organización estatal basados en lo que se denominó «la tridivisión del poder público» (Toro, López & Ballén, 2009, pp. 9-37), la cual tenía como objetivo principal la limitación de los alcances del poder del monarca (Ruano, 2009, pp. 27-59). Para ello, dichos autores plantearon como punto central la legitimación del poder por medio de la representación popular (Toro, López y Ballén, 2009, pp. 9-37). De esta manera, se puso al legislativo en una posición preponderante frente a los demás poderes (Ruano, 2009, pp. 27-59). En razón de esto, en el sistema de separación de poderes se ha considerado al juez como un simple aplicador de la ley (Barrero & Jost, 2010, pp. 101-126). Como dijera Montesquieu, «los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley» (Montesquieu, [1747] 1906, p. 237).

Hoy en día, al ser la Constitución la norma suprema de los sistemas jurídicos, el juez no solamente está sometido a aplicar la ley en sentido estricto, sino que, además, debe valerse de fuentes auxiliares de rango superior en la resolución de los casos que ante él se presentan (Ibáñez, 2012, pp. 45-63). De esta manera, el juez debe fallar teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico. Así, la independencia judicial, vista desde una perspectiva normativa, tendrá las siguientes finalidades: evitar relaciones indebidas entre el juez y terceros, aplicar de forma dinámica e imparcial la ley en el caso concreto y la defensa de la Constitución. Ahora bien, esta independencia está sujeta a límites impuestos por los demás poderes; es decir, los jueces deben soportar intromisiones legítimas basadas en la idea de un sistema de pesos y contrapesos.

La anterior referencia a la independencia judicial es abarcada desde una perspectiva institucional. Sin embargo, desde una perspectiva subjetiva, el juez independiente será aquel que, además de no ser influido por los demás poderes del Estado, está desvinculado de las partes y de sus homólogos. Desde este punto de vista, los jueces no se ven doblegados a

2 Aunque sin esta denominación, este concepto fue tratado por Aristóteles en su *Política*, donde indicó que, para la correcta organización de las *polis*, se requería el correcto balance de tres elementos: la asamblea general, el cuerpo de magistrados y el cuerpo judicial.

la voluntad de otro juez, ya sea la de sus pares o de sus superiores (Fiss, 2003)³.

Así las cosas, para nosotros, la independencia judicial es un derecho de los ciudadanos (ONU, 1948) que, al ser consagrado en las normas de mayor jerarquía de los ordenamientos (Saiz, 2012, pp. 9-25), obliga a los Estados a diseñar un andamiaje institucional que permita a los jueces ejercer su función sin ser objeto de presiones indebidas por parte de las otras ramas del poder público o de otros jueces (Aguiló, 2003), sean o no sus superiores⁴. A su vez, impone a los jueces el deber de resolver las controversias sin dejarse llevar por sus convicciones o por los intereses de terceros, exigiéndole al juez observar las premisas fácticas y jurídicas presentes en el caso, para fallar conforme a derecho⁵ (Aguiló, 2003).

Pues bien, entendida de esta manera la independencia judicial, podemos ver que su ámbito interno, además de referirse a la no interferencia de otros jueces en la labor de sus pares, se concreta en la libertad y autonomía que el juez tiene a la hora de tomar decisiones, pues, al estar sometido al ordenamiento jurídico, el juez debe asegurar la vigencia de los principios constitucionales (Martínez, 2009, pp. 78-84). Por consiguiente el juez es libre de crear la norma jurídica que resulte más justa y equitativa en el caso en concreto (Henao, 2014), es decir, aquella que garantice en mayor medida los derechos fundamentales⁶.

II.1.2. Límites constitucionales a la autonomía judicial

Como se señaló, el juez en el Estado neoconstitucional tiene la potestad de crear normas jurídicas para resolver controversias y asegurar los principios constitucionales. Por ello, es necesario exponer los límites que se imponen al juez en el momento de ejercer su libertad creadora de derecho. A este respecto, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia de tutela T-446 de 2013, afirmó que:

La autonomía judicial debe respetar ciertos límites al momento de interpretar y aplicar la ley. En este sentido, la actividad de los jueces estaría condicionada por: (i) la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior mediante los mecanismos procesales de apelación y consulta; (ii) el recurso de casación cuya

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

3 Debe aclararse que, así como existe una legítima intromisión de los demás poderes del Estado en la actividad judicial, también existe un grado de interferencia legítima de los demás jueces en la actividad judicial de sus pares. Este grado de interferencia legítima está dado por los recursos que el legislador designa para controlar las decisiones proferidas por los jueces.

4 Ello no solamente se consagra en las Constituciones, sino también en los códigos de ética judicial que se han producido en Europa, Estados Unidos e Iberoamérica.

5 Ello no supone que el juez es infalible o que su poder es soberano. Hay que recordar que el juez siempre está sometido a la legalidad, a fallar en derecho, conforme a las razones que el derecho le otorga, es decir, conforme al sistema de fuentes del derecho que impere en la sociedad en la cual esté ejerciendo su labor.

6 En este sentido, le es viable a los jueces acudir a los principios que inspiran el ordenamiento, con la posibilidad de llegar incluso hasta la buena fe y la equidad.

finalidad es la unificación de la jurisprudencia nacional. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, la Corporación se encarga de revisar la interpretación propuesta y aplicada por los jueces y de determinar «la manera en que los jueces han de interpretar determinadas disposiciones»; (iii) la sujeción al precedente vertical, es decir, al precedente dado por el juez superior en relación con la manera en que se ha de interpretar y aplicar una norma; y (iv) al precedente horizontal que implica el acatamiento al precedente fijado por el propio juez —individual o colegiado— en casos decididos con anterioridad (Corte Constitucional de Colombia, 2013a).

Es así como el máximo Tribunal Constitucional colombiano, en aras de garantizar los derechos fundamentales, construye mecanismos de interferencia legítima en la actividad judicial de interpretación y aplicación de la ley. De ahí que la decisión adoptada por el juez puede ser revisada y corregida en caso de que falle en su fundamentación.

II.2. La motivación como exigencia constitucional en la lógica del proceso

La motivación de las providencias contribuye a ratificar los valores de libertad y seguridad jurídica; por ende, se deben expresar las razones y fundamentos que sustentan la providencia. De esta manera se garantiza la «recta administración de justicia», sumándole a esto la claridad que van a tener las partes cuando apelan las decisiones que les fueron desfavorables. Además, la motivación de la sentencia da legitimidad a las decisiones judiciales, evitando que puedan ser consideradas arbitrarias (Corte Constitucional de Colombia, 2005)⁷.

En definitiva, motivar la sentencia es «una garantía que tienen los sujetos procesales, y que constituye un componente del derecho fundamental al debido proceso y de defensa» (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009). Así, el debido proceso impone el deber de motivar las decisiones judiciales, lo cual se relaciona de manera lógica con la autonomía judicial, ya que esa libertad del juez no es absoluta. En efecto, va de la mano con las exigencias de motivación y argumentación de sus providencias, de lo que resulta que el juez ya no puede ser visto meramente como «la boca de la ley».

II.2.1. La motivación judicial derivada del derecho fundamental al debido proceso

Con el fin de abordar la motivación de las providencias judiciales como derecho constitucional, ha de mencionarse que el deber de motivar la

⁷ Solamente la correcta motivación de las providencias judiciales puede evitar que la providencia pueda ser considerada como arbitraria, pues, a pesar de que la providencia esté motivada, puede determinarse que dicha motivación resulta aparente, es decir, inexistente, por indebida motivación de la providencia.

sentencia no viene adherido al Estado Social y Democrático de Derecho (consagrado en Colombia solo desde la constitución de 1991), sino que está presente desde mucho antes. De hecho, y sin remontarnos más atrás, estuvo presente expresamente en la Constitución colombiana de 1886, en su artículo 161 («Toda sentencia deberá ser motivada»).

Actualmente, la Corte Constitucional ha explicado en su jurisprudencia que el motivar la sentencia es una imposición de la garantía fundamental del debido proceso. Dicha garantía tiene dos ámbitos: el debido proceso en sentido amplio y el debido proceso en sentido estricto⁸. Del primero se desprenden otros derechos fundamentales autónomos, tales como el derecho de defensa, la presunción de inocencia, los derechos de contradicción e impugnación, el principio de favorabilidad, el principio de la doble instancia, la prohibición de la *reformatio in pejus*, la exclusión de la prueba ilícita, entre otros.

De esta manera, el principio de motivación de las decisiones judiciales tiene dos funciones. Primero, una función dentro del proceso o endoprocesal, en el sentido de que, por un lado, permite a las partes conocer los fundamentos de la decisión para así impugnarla, y, por otro lado, facilita la revisión de la decisión por parte del juez que tiene la función de confirmarla, revocarla o reformarla. En segundo lugar, tiene una función general o extraprocesal, en la que funciona como una condición indefectible de todas las garantías pertenecientes a las formas propias del juicio (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009).

II.2.2. La necesidad de la motivación de la sentencia en España y Perú

En el derecho comparado, podemos observar que, para la mayoría de ordenamientos latinoamericanos y (en general) para los pertenecientes al *civil law*, existe un consenso en la consideración del deber de motivar las providencias judiciales como un derecho de orden constitucional (Fiss, 2003).

En cuanto a España, se puede decir que la motivación «está configurada por las causas psicológicas que determinan la decisión, así como por las razones de hecho y de derecho en que se sustenta ella. Para algunos es equivalente a la fundamentación, y en virtud a ello se dice que la motivación es la fundamentación fáctica y jurídica de la decisión judicial» (Ticona, 2011). La Constitución española consagra el principio de legalidad, la garantía del sometimiento del juez a la ley y el deber judicial de motivación de las sentencias⁹. De aquí se desprenden dos conceptos muy importantes:

⁸ El debido proceso en sentido estricto consiste en que todas las actuaciones públicas y privadas deben regirse por las formas establecidas en las fuentes de cada rama del derecho, como el derecho penal, o en las formas propias de cada juicio.

⁹ Véase Constitución Política española, artículo 9 numeral 3, 117 numerales 3-4 y 120 numeral 3.

- a) La explicación: entendida como la motivación psicológica, se haya constituida por las causas psicológicas de la decisión del juez, la cual es previa a la decisión misma que se toma. Se refiere, entonces, a la cadena causal interna o a las razones psicológicas por las cuales se optó por una determinada decisión (Ticona, 2011).
- b) Justificación: esto es, la motivación jurídica; aquí hay un fin normativo que pretende responder a la pregunta de por qué el juez tomó esa decisión (Ticona, 2011), es decir, cuál es la justificación jurídica y fáctica de los argumentos utilizados para fallar.

Resulta así que la explicación y la justificación generan el concepto de argumentación, del cual se vale la sentencia para satisfacer el deber de estar correctamente motivada.

Teniendo en cuenta que la motivación de las providencias judiciales es un derecho, este no puede ser desconocido. Por ello, el Tribunal Constitucional del Perú (2008) ha afirmado lo siguiente:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales [...] ¹⁰.

De lo expuesto podemos concluir que la motivación de la providencia judicial asegura un control sobre la conducta y decisiones de los jueces que permite establecer una protección efectiva de los derechos fundamentales.

II.2.3. La motivación en el ordenamiento colombiano

El Código General del Proceso colombiano (Congreso de la República de Colombia, 2012), en su artículo 42.7, contempla de manera expresa la motivación de las providencias judiciales como un deber del juez. Además de ello, en su artículo 280 nos dice cuál es el contenido que debe tener la sentencia. Dicho contenido tiene como límite el examen crítico de las pruebas, con una explicación razonada de las conclusiones

¹⁰ El Tribunal Constitucional del Perú ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente, motivaciones cualificadas.

que de ellas se deriven y los razonamientos constitucionales pertinentes para el caso (Congreso de la República de Colombia, 2012). Como se vio anteriormente, toda providencia debe contener una explicación (motivación psicológica) y una justificación (motivación jurídica) (Ángel & Vallejo, s-f).

Con lo anterior se evidencia que la debida motivación de las providencias judiciales constituye el eje cardinal de la administración de justicia, desprendido del derecho fundamental a un debido proceso. Se trata del elemento que otorga legitimidad a la decisión judicial, ya que a través de la argumentación se demuestra que el juez realizó un juicio correcto, tanto de hecho como de derecho, por lo que, en ausencia de dicha motivación, el juez podrá ser sancionado, disciplinaria¹¹ o penalmente¹², por violar la Constitución y la ley que exigen motivación en sus decisiones. No se trata de proteger al precedente en sí mismo, sino de evitar que los jueces vulneren la Constitución y la ley directamente (Corte Constitucional de Colombia, 2008a), pues los fallos que constituyen el precedente son aquellos que consagran normas jurídicas protectoras de derechos fundamentales¹³.

III. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, A TRAVÉS DE CARGAS ARGUMENTATIVAS, IMPUESTAS AL JUEZ POR «LAS VÍAS DE HECHO»¹⁴

La Constitución Política de Colombia prevé en su artículo 86 la acción de tutela, mecanismo jurídico para la defensa de los derechos fundamentales, que podrá ser ejercida por cualquier persona, actuando en causa propia o ajena, «cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública». Partiendo de esta base, se ha sostenido que, siempre que un juez en su fallo incurra en «abierta violación o contradicción de la ley» o la Constitución y que con ese fallo resulten vulnerados o amenazados derechos fundamentales (lo cual ha sido denominado como «vías de hecho»), es posible incoar la acción de tutela en procura de la defensa de los mismos (Quinche, 2001, p. 42).

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

11 El Código Disciplinario Único colombiano contempla como falta leve o grave el incumplimiento de los deberes que imponga la Ley. Véase Congreso de la República de Colombia, 2002, artículo 50.

12 Así lo establece el Código Penal colombiano en su artículo 413 (Congreso de la República de Colombia, 2000).

13 Cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente.

14 Esto ha sido definido por la Corte Constitucional colombiana en sentencia de tutela T-576 del 10 de diciembre de 1993, de esta manera: «La vía de hecho es una actuación en la que el funcionario público procede en abierta contradicción o violación de la ley, como cuando obra prescindiendo de las normas de procedimiento, y, entre ellas, las relativas a las pruebas. En pocas palabras, la vía de hecho supone la arbitrariedad de la administración».

Estas «vías de hecho» son una creación jurisprudencial que impone al juez cargas argumentativas y demarca senderos a recorrer para que su fallo se enmarque dentro de la legalidad. De ahí que sea necesario tomar en consideración el carácter de la jurisprudencia como fuente de derecho sólida, adicional a la mera sujeción a la ley que ordena la Constitución Política colombiana (Corte Constitucional de Colombia, 2001b).

III.1 La interpretación judicial de la ley, basada en los principios, creación del derecho en función de la defensa de los derechos fundamentales

Es evidente que el sistema de fuentes de derecho colombiano no es un sistema cerrado (Neme, 2015, p. 2), sino que, por el contrario, permite que fuentes diversas a las que el ordenamiento presenta de manera principal (tales como los principios generales del derecho, los derechos humanos y los derechos fundamentales, entre otros), puedan ser usadas en el quehacer judicial¹⁵.

La naturaleza interpretativa de la labor judicial, plasmada en los diferentes fallos que constituyen jurisprudencia, debe siempre estar atenta a las dinámicas de la realidad social. Dichas dinámicas exigen constantemente del derecho nuevas maneras de ser asistidas, por lo que la jurisprudencia, se convierte en una fuente creadora de derecho (Corte Constitucional de Colombia, 2001b) y, al igual que las demás fuentes principales, debe ser respetada. Esta idea no es nueva en los ordenamientos de tradición continental, «pues ya los juristas romanos entendían el *ius* como mecanismo para asegurar la convivencia social, de ahí que su finalidad última eran los casos concretos a la luz de las exigencias de la realidad, por lo que las normas ocupaban un papel instrumental y debían ser adecuadas al caso en miras de lograr el fin último del derecho: la realización del *bonum et aequum* en la resolución de los casos» (Neme, 2015, pp. 3-4).

Sobre el problema de la labor interpretativa del juez, resulta ahora relevante tomar en cuenta la experiencia romana, por cuanto la estructura de su sistema jurídico se erigía sólidamente sobre unos

15 La ley 153 de 1887, afirma en su artículo 8 lo siguiente: «Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho». Y en su artículo 13, la misma ley reza: «La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva». Adicionalmente, en el actual Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), artículo 42, numeral 6, se sigue esa misma lógica al establecer que el juez debe «decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal». Por último, el segundo inciso del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece lo siguiente: «la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial».

principios claros, siempre teniendo presente que el derecho gira en torno a las personas y es un instrumento para su protección¹⁶. De esta concepción del derecho surgieron preceptos básicos que irrigaban entonces —y alimentan actualmente— el actuar judicial: la *aequitas*, la *fides bona*, la *humanitas*, entre otros (Clemente, 2012, p. 247)¹⁷. Así, la labor judicial se convirtió en expresión de dichos valores fundamentales (Vacca, 2012, pp. 42-43). La *aequitas* —expresada a través de las creaciones de derecho honorario— introdujo nuevas figuras, necesarias y acordes al dinamismo de las relaciones sociales (Vacca, 2012, p. 43), con lo cual «el pretor [...] se había convertido por lo tanto en intérprete de los nuevos principios equitativos que emergían de la conciencia social [...]» (Vacca, 2012, p. 43), acomodando así el derecho a las nuevas realidades que se le presentaban¹⁸.

Con lo anterior, se pone de presente que, a pesar de la rigidez del *ius civile*, no existían pretextos para que el magistrado no buscara la justicia, la *aequitas* del caso concreto, transformándose así este concepto en un elemento de derecho positivo de la cotidianidad judicial (Vacca, 2012, p. 44)¹⁹. Por el contrario, se aprecia un «entrelazamiento de los elementos dinámicos de formación del *Ius*, cuya evolución se articula en la dialéctica entre *Ius strictum* y *aequitas*» (Vacca, 2012, p. 44). Se hace entonces palmario que, para los juristas romanos, en el proceso de creación de *ius*, era trascendental la flexibilidad en el evidenciar soluciones a los casos propuestos. Dicha flexibilidad operaba bajo la concepción de lo que hoy llamaríamos un sistema abierto de fuentes, que preservaba el carácter dinámico del derecho, a la vez que garantizaba la solidez de un sistema forjado a partir de principios y propósitos claros.

En concordancia con esta (nuestra) tradición histórica latinoamericana, la Corte Constitucional colombiana (2011), como guardiana natural de la supremacía constitucional²⁰ y máxima defensora de los derechos

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

16 Ello se encuentra claramente expresado en el Digesto de Justiniano: «*iuris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño al otro, dar a cada cual lo suyo)» (1.1.10.1). Por otro lado, expresó Justiniano, retomando las enseñanzas de Gayo, lo siguiente: «Todo el derecho de que usamos se refiere o a las personas, o a las cosas, o a las acciones. Tratemos primero de las personas. Porque es poco haber conocido el derecho, si se desconocen las personas por cuya causa se ha constituido» (Institutas de Justiniano, 1.2.12).

17 *Pietas* y *caritas*, en la etapa posclásica, junto a *humanitas* y *aequitas*, en conexión con la noción tardía de *ius naturale* y la distinción entre *ius strictum* e *ius aequum*, se convierten en ideas cristianizadas, entendidas como sentimiento de benevolencia hacia el prójimo.

18 No hay que olvidar que el poder discrecional del magistrado, expresión de su *imperium*, en la función de creación de un nuevo derecho y de corrección del *ius civile*, se explica también como determinación positiva de la *aequitas*.

19 La equidad constituye, por ello, también en este caso, el criterio inspirador de la actividad del magistrado en la corrección de la injusticia que derivaría incluso de una aplicación rígida del *ius civile*, y así encuentra una determinación concreta, traduciéndose en un elemento del derecho positivo.

20 La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 4, consagra que «[l]a constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». En el mismo sentido apuntan las sentencias de tutela T-406 del 5 de junio de 1992 (Corte Constitucional de Colombia, 1992b) y la sentencia de constitucionalidad C-836 del 9 de agosto del 2001 (Corte Constitucional de Colombia, 2001b).

fundamentales, ha sostenido que la motivación jurídica de los fallos judiciales es obligatoria para todos los jueces e incluso para los funcionarios administrativos²¹. La Corte Constitucional colombiana (2001a) comenzó admitiendo que la jurisprudencia es una fuente de derecho y, poco después, puntualizó que «la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y el alcance de los preceptos de la carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley”, a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución» (Bernal, 2008, p. 89), con lo que puso en evidencia el carácter vinculante de sus fallos como intérprete legítima de la Constitución.

En consecuencia, las interpretaciones que la Corte Constitucional haga de la Constitución, y presente como *ratio decidendi*²² de sus fallos, se hacen vinculantes para todos los jueces de la República, con miras a la protección de derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 2008b). En efecto, no tendría sentido que se sujete a los jueces (Henao, 2014) a tales interpretaciones de la Constitución si no es para la defensa de los derechos fundamentales, alrededor de los cuales se estructura y cohesiona el ordenamiento. Con referencia a lo expuesto, la Corte Constitucional colombiana (1992a) ha señalado lo siguiente:

Es por ello que la Corte en materia de la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no se limita a la exigencia de las garantías procesales en caso de violación de tales derechos, sino que se preocupa por la «tutela efectiva» de los mismos, de suerte que siempre ha querido instar a los operadores jurídicos a que tengan en cuenta la fuerza vinculante de la Constitución en su actividad cotidiana.

Simultáneamente, la corte ha afirmado que «[n]inguna autoridad pública puede desconocer el valor normativo y la efectividad de los derechos y garantías que la Constitución consagra en favor de las personas» (véase Henao, 2014). Se excluye así la posibilidad de que los jueces caigan en el «positivismo rampante» y dejen de buscar la justicia efectiva y la tutela de los derechos fundamentales, por la simple consideración —expresada en la máxima *dura lex sed lex*— de que no pueden escapar de lo estático de la ley (Henao, 2014). Con todo esto, se le da continuidad al pensamiento romano, al propio tiempo que se adapta el sistema a las nuevas realidades jurídicas.

21 En Colombia, las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada.

22 «La *ratio decidendi* [...] es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan. De manera que la *ratio decidendi* expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces» (Corte Constitucional de Colombia, 2013a).

III.2 La acción de tutela contra providencias judiciales: transformación del concepto de justicia

Visto lo anterior, podemos dar cuenta de que el ordenamiento jurídico pone a disposición de toda persona mecanismos para la impugnación de las decisiones judiciales, buscando con ello la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, la actividad judicial puede causar perjuicio o causar daños a los mismos, por lo cual se admite la tutela contra providencias judiciales²³, en el sistema jurídico colombiano, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que no encuentra límites en la autoridad formal de la sentencia judicial, sino que tiene el poder de cuestionarla en aras de la protección sustancial de tales derechos.

Así, la autonomía judicial se ve limitada por los fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo, lo cual otorga legitimación a todos los jueces para ejercer el control por la defensa de los derechos fundamentales y, a la vez, provoca una disimilitud de criterios entre las altas cortes, las cuales en ocasiones plantean fundamentos jurídicos muy diversos. Podría pensarse que se engendra, así, una posible crisis institucional y se coloca en peligro principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica, si es que no se mantiene la supremacía de la interpretación de la Corte Constitucional como suprema guardiana de la Constitución, bajo el presupuesto de univocidad y coherencia de sus propias interpretaciones.

III.2.1 La tutela contra providencias judiciales como nuevo medio de impugnación

Las ideas hasta ahora expuestas, fusionadas con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el desarrollo de las decisiones de la Corte Constitucional, llevaron a que se aceptara excepcional y restrictivamente la acción de tutela contra providencias judiciales, con el fin de proteger los derechos fundamentales. Dicha acción se convierte en un nuevo medio de control de las providencias judiciales, puesto que su finalidad es impedir que los jueces tomen decisiones con deficiencias en la motivación, ya sea porque esta no existe o porque es incompleta, lo cual a todas luces pone en peligro los derechos fundamentales y principios constitucionales garantizados a quienes acuden ante la administración de justicia. Por ello, la Corte Constitucional colombiana (1992c) ha afirmado lo siguiente:

Nada obsta para que por 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

393

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

23 Es importante resaltar que la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales está condicionada a la efectiva presencia de las vías de hecho.

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, para lo cual si está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente.

Esta posición ha sido ratificada por la misma corporación en la sentencia C-590 de 2005. De esta manera, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una serie de elementos en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Para ello, ha establecido unos requisitos generales, los cuales deben cumplirse en su totalidad para la procedencia de la acción. Dichos requisitos son los siguientes: a) la conducta del agente debe carecer de fundamento objetivo, es decir que la actuación es manifiestamente contraria a la Constitución y la ley; b) la conducta debe obedecer a su sola voluntad o capricho, es decir que desconoce las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico para proferir la decisión; c) la conducta debe desconocer derechos fundamentales; y d) se debe desconocer la doctrina constitucional (Martínez, 2009).

Así las cosas, la Corte Constitucional colombiana (2005) afirma que, además del cumplimiento de la totalidad de los requisitos generales, se requiere del cumplimiento de al menos uno de los siguientes requisitos especiales²⁴:

En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucional eso que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

²⁴ En el mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en múltiples sentencias (1994, 1998, 2001c, 2002, 2003, 2005, 2006, 2007)

- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g. *Decisión sin motivación*, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- h. *Desconocimiento del precedente*, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- i. Violación directa de la Constitución (las cursivas son nuestras).

Como se desprende de la sentencia citada, algunas de las causales de procedibilidad se producen por la falta de motivación y el desconocimiento del precedente. Con ello se reafirma la funcionalidad de la tutela contra providencias judiciales, pues se definen los contenidos dentro de los que debe enmarcarse el juez para proteger a su providencia de ser impugnada. Es decir, el juez, al apartarse del precedente, debe estar atento a no incurrir en las causales por las que procede la tutela, lo que hace que su providencia no solo sea más rica jurídicamente, sino que, a su vez, sea más garantista de los derechos fundamentales, materializando así el rol del juez como garante de los principios constitucionales. De esta manera, la tutela contra providencias judiciales constituye un mecanismo idóneo y legítimo para garantizar el debido proceso, toda vez que impone límites racionales a la actividad del juez como intérprete-creador de derecho.

III.2.2 Apartarse del precedente judicial: ¿realmente es posible?

La violación injustificada del precedente, según pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, acarrea un delito (Contreras, 2011). Este se encuentra previsto en el Código Penal colombiano, en su artículo 413, bajo la denominación de *prevaricato por acción*, el cual afirma que el servidor público que profiera dolosamente una decisión contraria a la ley, entendida en sentido amplio²⁵, incurrirá en prisión de 3 a 8 años.

Sobre el alcance de esta disposición, la Corte Constitucional colombiana (2008a) sostiene que:

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

25 Es decir, que comprende la ley en el sentido formal y material, refiriéndonos a todo lo que integra el ordenamiento jurídico, incluyendo el bloque de constitucionalidad con los tratados internacionales y las decisiones vinculantes de los altos tribunales.

[...] contrario a lo sostenido por los demandantes, el delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquellas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general.

De manera que el apartarse del precedente constitucional constituye, así, una violación al bien jurídico de la administración pública. De lo anterior surge el siguiente cuestionamiento: ¿dónde queda la independencia del juez? La independencia de la que tanto se vanagloria el sistema del *case law* quizá se desdibuje con este tipo de sanciones penales que aparecen aplicadas al juez, lo cual lo pone contra la espada y la pared a la hora de intentar apartarse de los precedentes.

Por supuesto, debe recordarse que el juez tiene una válvula de escape: la argumentación, mecanismo que puede resultar insuficiente y que genera desconfianza en el juez. En efecto, aunque se aparte con razones para él suficientes, su decisión siempre podrá ser cuestionada ante diferentes instancias. Tales instancias, además de dejar sin efecto esa providencia, pueden terminar llevándolo ante la justicia penal. Esto convierte un problema netamente jurídico en un problema con trascendencia para la esfera personal del juez, haciendo que sea lógico pensar que probablemente, en la práctica, pocos jueces se arriesguen a contradecir a sus superiores o al juez de tutela.

Sin embargo, lo anterior no puede tomarse de forma radical y no debe entenderse que en Colombia los jueces estén sometidos a la intervención ilegítima de sus superiores. Los jueces respetan el precedente porque, además de garantizar los derechos fundamentales, el precedente es un instrumento que asegura la igualdad material, la seguridad jurídica y el debido proceso²⁶. Ello es así, precisamente, porque su elaboración es fruto de la experiencia, de la decantación de conceptos en la comunidad jurídica, y, además, porque quienes establecen los precedentes son las personas con mayores honores al interior de la rama judicial (Tamayo, 2012).

26 «[...] cuando quiera que los jueces de la República, incluso la propia Corte Constitucional, deban resolver un caso que desde el punto de vista fáctico resulte análogo o semejante a otro(s) resuelto(s) en el pasado, que en tal medida tenga(n) el carácter de precedente(s) aplicable(s), este(os) último(s) deberá(n) ser tomado(s) en cuenta, en protección de la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima de los asociados. En todo caso, se ha aclarado que tomar en cuenta no necesariamente significa fallar exactamente en el mismo sentido, pues según se ha advertido, queda siempre abierta la posibilidad de que el juez que se dispone a fallar se aparte de ese precedente y adopte una solución diferente, pese a la similitud de los casos, siempre que sustente con razones y motivos sólidos, reales y suficientes que así lo justifiquen» (Corte Constitucional de Colombia, 2013b).

De lo anterior se concluye y se recalca que la argumentación jurídica que debe esgrimir el juez para apartarse del precedente es una garantía —para los administrados y para los propios jueces— de tener decisiones aún más garantistas que aseguren y decanten los verdaderos desarrollos de los derechos fundamentales.

IV. LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL JUEZ A TRAVÉS DE CARGAS ARGUMENTATIVAS IMPUESTAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Visto y considerado todo lo anterior, pareciera ser que la autonomía judicial se ve limitada por las cargas que delimitan el sendero que debe transitar el juez para dar su fallo. No obstante, es menester mencionar que, en contraste con esa idea, la misma Corte Constitucional (2001b) ha establecido mecanismos para que el juez pueda romper la camisa de fuerza que lo limita mediante el precedente y buscar por sí mismo la justicia al ocuparse de un caso concreto (Bernal, 2008). Ello bajo el presupuesto de que el precedente impuesto por el juez constitucional busca la protección de los derechos fundamentales, la coherencia, la armonización, la dinamización, y —en última instancia— la hétéro-integración del sistema.

Así pues, para apartarse del precedente, el juez «está obligado a exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión» (Corte Constitucional de Colombia, 2001b). Los casos en los que puede apartarse el juez del precedente se sintetizan de esta manera:

- a) Cuando existan similitudes, entre el caso ya resuelto por la Corte y el caso a resolver por el juez ordinario, pero también «existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos» (Corte Constitucional de Colombia, 2001).
- b) Cuando la *ratio* que fue «adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio posterior» (Corte Constitucional de Colombia, 2001).
- c) Cuando el juez considere «que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico» (Corte Constitucional de Colombia, 2001).
- d) Cuando se presentan «cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante» (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Considerando estos criterios, somera y claramente, se hace manifiesto el hecho de que el juez no está atado de manos por el precedente, debido

397

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

a la injusticia que implicaría someter un caso al precedente cuando la equidad, entendida como justicia del caso concreto, implicaría apartarse del mismo. Esto significa que las limitaciones a la autonomía del juez son en realidad aparentes: no son arbitrarias ni irracionales, pues dichas cargas están impuestas en clave de la garantía de los derechos fundamentales. En efecto, de no ser así, existiría la posibilidad de que se abriera una brecha que permitiera la incursión de violaciones a los derechos fundamentales de quienes acuden ante la administración de justicia.

Así, se resalta que, aunque no se ha presentado ningún caso, es peligrosa la latente posibilidad de que un juez reciba una pena privativa de la libertad producto de su infructuoso intento de escapar de los senderos estrictamente demarcados por la Corte Constitucional en materia de precedente. Lo anterior genera ciertamente un temor e inseguridad en el juez, pues —a pesar de tener la posibilidad de apartarse del precedente marcado por la Corte Constitucional y buscar efectivamente la justicia para el caso concreto— preferirá no correr el riesgo de contradecir la jurisprudencia y hacerse acreedor de una sanción penal. Por ello, aplicará lo dicho por la Corte respecto del tema, sin importarle que su decisión caiga en «cesación de efectos jurídicos» al ser impugnada por una tutela.

Con todo, en el marco del derecho comparado que nos ofrece este escenario de reflexión, no es impertinente advertir la necesidad de que se haga un estricto seguimiento al desarrollo de la fuerza que el precedente puede adquirir en los respectivos ordenamientos. Ello con el objetivo de que —si bien no se observe con temor la función del precedente como protector y garante de los derechos fundamentales por medio de la imposición de normas jurisprudenciales que sujeten al juez a fuertes cargas argumentativas— se garantice a la vez el dinamismo del sistema jurídico, para no suplantar el positivismo de antaño por una forma reductiva de aplicación del derecho en la que sea ahora el precedente el que paralice injustificadamente nuevas interpretaciones y formas de creación y adaptación del derecho a las cambiantes exigencias sociales.

Es por ello indispensable que se establezcan normas claras de funcionamiento de dichas cargas argumentativas en la cabeza del juez, así como que se profundice en los criterios que permitan apartarse de los precedentes válidamente, con el fin de no afectar la autonomía judicial y, a su vez, preservar la característica esencial del juez como guardián de los derechos fundamentales y, en particular, del principio de igualdad cuya protección persigue justamente el precedente.

De esta manera se obtendría el tan deseado equilibrio entre coherencia del sistema jurídico, autonomía judicial, búsqueda efectiva de la justicia y protección de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, se abriría el

camino a la renovación del sistema en respuesta a las dinámicas de la realidad social y jurídica de nuestros países.

399

V. CONCLUSIONES

Las reflexiones planteadas nos permiten concluir que existe un límite a la autonomía judicial derivado de la imposición de cargas argumentativas particularmente relevantes en aquellos casos en que un juez pretenda apartarse de un precedente, so pena de que sus sentencias sean consideradas «vías de hecho», sujetas a la pérdida de efectos jurídicos por vía de la tutela o amparo de los derechos constitucionales involucrados, como ha puesto en evidencia la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, esa aparente limitación no es negativa, sino que es útil en la medida en que persigue los siguientes fines: la protección de los derechos y las garantías fundamentales, evitar la arbitrariedad y darle coherencia al sistema. En efecto, fija unos parámetros dentro de los cuales debe moverse el juez para que sus decisiones se consideren legítimas y sean justas.

De esta manera, se puede decir que el carácter persuasivo del precedente transforma el concepto de justicia, aproximándose al *boni et aequi* de la tradición jurídica romana, al exigirle al juez sujetarse a los principios rectores del sistema, con la flexibilidad que supone conservar su papel de intérprete y creador de derecho. Así, además de reconstruir el concepto de justicia, el precedente cala dentro del acervo argumentativo del operador judicial, causando un efecto de dubitación al interior del razonamiento del juez, de suerte que al momento de apartarse del precedente se ve obligado a reforzar su arsenal argumentativo en búsqueda, en el caso concreto, de razones más adecuadas que permitan hacer realidad la «igualdad ponderada» propia de la *aequitas* (Gallo, 1987, pp. 7 ss.), siempre con el objetivo de alcanzar un mayor grado de defensa de los derechos y garantías fundamentales, los cuales constituyen el único y verdadero límite de la autonomía judicial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aguiló, Josep (2003). De nuevo sobre «independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica». En Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), *Independencia judicial en América latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (pp. 65-81). Bogotá: ILSA, 2003.

Ángel, Juliana & Natalia Vallejo (2013). *La motivación de la sentencia*. Monografía para optar por el título de Abogado. Medellín: Universidad EAFIT. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5456/LA%20MOTIVACI%C3%93N%20DE%20LA%20SENTENCIA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

Aristóteles (1951). *La política*. Traducción de Patricio de Azcárate. Buenos Aires: Espasa-Calpe.

Barrero, Fredy & Stefan Jost (comps.) (2010). *Estabilidad democrática en américa latina: Equilibrio de poderes. Perspectivas teóricas*. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

Bernal, Carlos (2008). El precedente en Colombia. En *Revista Derecho del Estado*, 21, 81-94.

Clemente, Ana Isabel (2012). Dilucidando conceptos: *pietas* y *caritas*. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 9, 224-248.

Contreras, Jorge (2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41 (115), 331-361.

Fiss, Owen (2003). El grado adecuado de Independencia. En Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), *Independencia judicial en América latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (pp. 45-63). Bogotá: ILSA, 2003.

Gallo, Filippo (1987). Sulla definizione celsina del diritto. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 53, 7-52.

Henao, Juan Carlos (2014). El rol de la jurisprudencia en la construcción del sistema y en la formación del jurista. Ponencia presentada en el V Congreso Internacional Derecho Romano, Derecho Chino y Codificación del Derecho en China (Pekín, China).

Ibáñez, Andrés Prefecto (2012). Independencia Judicial y los Derechos del Juez. En Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (2012). *Los derechos fundamentales de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.

Martínez, Mauricio (2009). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Montesquieu ([1747] 1906). *El espíritu de las leyes*. Traducción de Siro García del Mazo. Tomo I. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>.

Neme, Martha Lucía (2015). La reflexión sistemática a partir de *principia iuris*: del *iusgentium* al derecho globalizado. Ponencia presentada en el XVII Congreso Internacional y XX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Bolonia, Italia).

Quinche, Manuel (2001). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales*. Bogotá: Grupo Editorial Huella de Ley.

Ruano, Alberto (2009). La independencia del poder judicial y los procesos políticos en Argentina y Venezuela. En *Cuadernos de Estudios Latinoamericanos* No. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Saiz, Alejandro (2012). Los derechos de los jueces: entre el legislador y la autorregulación. En Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, *Los derechos fundamentales de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.

Tamayo, Javier (2012). *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Ticona, Víctor (2011). La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa. *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, 3(9). Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50369f8046d487baa80ba944013c2be7/951amotivaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50369f8046d487baa80ba944013c2be7>.

Toro, David, Juan López & Juan Ballén (2009). La independencia judicial y su posible medición: breve aplicación al caso de la corte constitucional colombiana. *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, 27. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vacca, Letizia (2012). *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*. Torino: G. Giappichelli Editore.

Normativa y jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia (1887). Ley 153 del 15 de agosto de 1887. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales*. *Diario oficial*, 7(151).

Congreso de la república de Colombia (1896). Ley 169 del 31 de diciembre de 1896. *Sobre reformas judiciales*. *Diario oficial*, 10(235).

Congreso de la República de Colombia (2000). Ley 599 del 24 de julio de 2000. *Por la cual se expide el código penal*. *Diario oficial*, 44(097).

Congreso de la República de Colombia (2002). Ley 734 del 05 de febrero de 2002. *Por la cual se expide el código disciplinario único*. *Diario oficial*, 44(699).

Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1437 del 18 de enero de 2011. *Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. *Diario oficial*, 47(956).

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1564 del 12 de julio de 2012. *Por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones*. *Diario oficial*, 48(489).

Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política de España de 1978.

Constitución Política del Perú de 1993.

Corte Constitucional de Colombia (1992a). Sentencia de tutela T-006 del 12 de mayo de 1992. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente t-221.

Corte Constitucional de Colombia (1992b). Sentencia de tutela T-406 del 5 de junio de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón. Expediente t-778.

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES

Corte Constitucional de Colombia (1992c). Sentencia de constitucionalidad C-543 del 01 de octubre de 1992. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes d-056 y d-092.

Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia de tutela T-576 del 10 de diciembre de 1993. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía. Expediente t-17246.

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia de tutela T-231 del 13 de mayo de 1994. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente t-28325.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia de tutela t-008 de 1998. Magistrado ponente: William Alberto Tulena. Expediente t-145292.

Corte Constitucional de Colombia (2001a). Sentencia de constitucionalidad C-252 del 28 de febrero de 2001. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Expediente d-2825, d-2838, d-2841, d-2845 y d-2847.

Corte Constitucional de Colombia (2001b). Sentencia de constitucionalidad C-836 del 9 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Expediente d-3374.

Corte Constitucional de Colombia (2001c). Sentencia de tutela T-1031 del 27 de septiembre de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Expediente t-454716.

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia de unificación SU-129 del 6 de marzo de 2002. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza. Expediente t-426353.

Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia de tutela T-462 del 5 de junio de 2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Expediente t-689211.

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia de constitucionalidad C-590 del 8 de junio de 2005. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente d-5428.

Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia de tutela T-091 del 10 de febrero de 2006. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. Expediente t-1209857.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia de unificación SU-813 del 4 de octubre de 2007. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería. Expediente t-1334615 (y acumulados).

Corte Constitucional de Colombia (2008a). Sentencia de constitucionalidad C-335 del 16 de abril de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente: d-6943 y d-6946.

Corte Constitucional de Colombia (2008b). Sentencia de tutela del 31 de julio de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: t-1281247 (y acumulados).

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia de Constitucionalidad c-539 del 6 de julio de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente d-8351.

Corte Constitucional de Colombia (2013a). Sentencia de tutela T-446 del 11 de junio de 2013. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente t-3.813.492.

Corte Constitucional de Colombia (2013b). Sentencia de constitucionalidad C-461 del 17 de julio de 2013. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente d-9446.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2009). Sala de Casación penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Magistrados ponentes: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Expediente 31609.

Justiniano ([532 D.C.] 1897). *Cuerpo del Derecho Civil. Parte Primera. Digesto (Libro primero)*. Traducción de D. Ildefonso L. García del Corral. Tomo I. Barcelona: Editorial Lex Nova S.A.

Justiniano ([534 D.C.] 2006) *Instituciones de Justiniano (Libro primero)*. Traducción de M. Otorlan. Bogotá: Editorial Facultad de Derecho.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (1948). Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. *Declaración universal de los derechos humanos*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0013>.

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Expediente número 1744-2005-pa/tc.

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expediente número 3943-2006-pa/tc.

Tribunal Constitucional del Perú (2008). Expediente número 0728-2008-phc.

Recibido: 18/12/15
Aprobado: 30/08/16

LAS CARGAS DEL
JUEZ FRENTE A
LOS DESAFÍOS
DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DE
LA MOTIVACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN
DE LOS FALLOS

THE JUDGE'S
OBLIGATIONS
IN FRONT OF
CHALLENGES
OF THE
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
WITH REGARD
TO MOTIVATION
OF THE JUDICIAL
PROVIDENCES