

### **Autoridades de la Universidad**

Mag. Julián Esteban Rodríguez  
*Rector*

Dr. Ricardo Crespo  
*Vicerrector de Asuntos Académicos*

Abog. Juan Pablo Magdaleno  
*Secretario General*

Dr. Domingo Tarzia  
*Vicerrector de Investigación*

Mag. Ivana Lobo  
*Vicerrectora de Alumnos y Extensión*

Dr. Luciano Elizalde  
Dra. Viginia Sarría Allende  
*Consejeros*

### **Autoridades de la Facultad de Derecho**

Mag. Jorge Albertsen  
*Decano*

Dr. Andrés Sánchez Herrero  
*Secretario Académico*

Abog. María de la Paz Miatello  
*Directora de Estudios*

Dr. Ricardo Balbín  
Dr. Leonardo Ambesi  
*Consejeros*

### **Autoridades del Departamento de Derecho Judicial**

Dr. Rodolfo Vigo  
*Director del Departamento de Derecho Judicial*

Mag. María Gattinoni de Mujía  
*Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial*

### **Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

María Gattinoni de Mujía  
Domingo Sesín  
Enrique V. del Carril  
Rafael Nieto Navia  
Néstor Sagüés  
Rodolfo L. Vigo

Primer cuaderno de Derecho Judicial Comparado: El valor del precedente judicial. Brasil, Chile, Colombia, España y México / Thomas da Rosa de Bustamante... [et al.]; coordinación general de María Gattinoni.- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018. 144 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3651-8

I. Derecho. I. da Rosa de Bustamante, Thomas. II. Gattinoni, María, coord.

CDD 340.2

© Departamento de Derecho Judicial, Universidad Austral, 2018

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2018

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 300 ejemplares

ISBN 978-987-03-3651-8

PRIMER CUADERNO DE DERECHO JUDICIAL COMPARADO

EL VALOR DEL PRECEDENTE JUDICIAL

BRASIL, CHILE, COLOMBIA, ESPAÑA Y MÉXICO

Coordinadora:

**María Gattinoni**

Autores:

**Thomas da Rosa de Bustamante**

**Lamberto Cisternas Rocha**

**Danilo Rojas Betancourth**

**Antonio del Moral García**

**Jorge Mario Pardo Rebolledo**



## PRÓLOGO<sup>(1)</sup>

El Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral es un espacio de trabajo conjunto y de reflexión desde perspectivas judiciales nacionales, provinciales y extranjeras. La lógica que inspiró su creación, hace más de diez años, fue que el sujeto Poder Judicial generaba en sí mismo —desde su propia actividad institucional y la de sus integrantes— una serie de problemas e interrogantes que debía ser estudiada desde una cierta perspectiva que los unificara. Se argumentó en aquel momento, frente a inercias académicas que dudaban de la procedencia de la iniciativa, que ya se habían producido cambios en el espacio de las asignaturas típicas de la formación del jurista que apelaban a un punto de vista afincado en el sujeto y desde él se descubría el objeto de la materia. Así, por ejemplo, está suficientemente aceptado en el ámbito académico la existencia de un derecho empresario donde el sujeto “empresa” va fijando la materia objeto del mismo, y en él se mezclan lecturas provenientes del derecho laboral, comercial, tributario, ecológico, ético, etc., pero que finalmente se intenta reconocer desde una perspectiva específica que brinda unidad. El Poder Judicial es una institución del Estado que ha ido adquiriendo, en el espacio del Estado de derecho constitucional y democrático, un protagonismo inédito y notablemente superior al que se le reconocía en el Estado de derecho legal, pero el concepto de derecho y el modo de estudiarlo que inspiraba a las Facultades de Derecho hijas del siglo XIX no receptaba esos cambios, por ende, se imponía comenzar a prestarle una atención particularizada e integral a la función judicial desplegada personal e institucionalmente. Entre las distintas actividades que se desarrollan cada año en el Departamento de Derecho Judicial se realizan las Jornadas de Derecho Judicial sobre diferentes temas que hacen a la mejora del servicio de justicia con destacadas figuras del ámbito nacional e internacional. Los temas abordados hasta hoy durante estas Jornadas han sido “La eficacia en el servicio de justicia” (2008); “Selección y remoción de magistrados judiciales: presente y futuro” (2009); “Ciencia y tecnología al servicio de la justicia y el derecho judicial” (2010); “Derecho a la jurisdicción

---

(1) María Gattinoni, Directora Ejecutiva de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral. Profesora Asociada de Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración y Derecho Judicial de la Universidad Austral. Coordinadora del Programa de Transferencia de la Justicia Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

y tutela judicial efectiva” (2011); “Poder Judicial, comunicación y sociedad (periodismo judicial; transparencia, acceso a la información y política comunicacional)” (2012); “Estructura y argumentación en las sentencias judiciales” (2013); “Responsabilidades judiciales: política, administrativa, civil y penal” (2014); “Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional” (2015); “Legitimidad y credibilidad del Poder Judicial” (2016) y “El precedente judicial: independencia, previsibilidad y activismo judicial” (2017). Es precisamente en el marco de estas últimas Jornadas en donde surgió la idea de realizar esta obra colectiva que será el primer “Cuaderno de Derecho Judicial comparado” en esta oportunidad sobre el valor del precedente judicial y que formará parte de una colección que reunirá los valiosos aportes de los destacados juristas vinculados a distintos Poderes Judiciales que participan en nuestras Jornadas.

Como todos los años, los aportes de los conferencistas y panelistas que participaron de las Jornadas sirvieron de disparadores para la discusión de los temas propuestos en los distintos talleres cuyas conclusiones se incluyen en estas líneas.

El taller referido al precedente judicial desde la perspectiva de la previsibilidad y, su correlato, la seguridad jurídica, planteó la necesidad de su efectivo conocimiento por parte de la sociedad en general y, en particular, de la comunidad jurídica y de los operadores judiciales<sup>(2)</sup>. Para alcanzar este importante objetivo se consideró que resulta necesario idear y generar mejores sistemas de difusión del precedente a partir de los medios públicos de comunicación. Asimismo, se concluyó que las escuelas y asociaciones de los distintos poderes judiciales también pueden funcionar como un eficiente medio de comunicación, formación y capacitación para el conocimiento de los enunciados generales normativos que emergen al mundo jurídico a través de los fallos de los jueces. En el debate generado en el taller se compartieron experiencias comparadas, por ejemplo, la utilización de redes sociales en la República de Chile, como elemento necesario de la moderna sociedad de la información y el conocimiento, para difundir la doctrina judicial a la comunidad en general.

Asimismo, se consideró la posibilidad de gestionar la publicación de los *leading case* del más alto tribunal de control de constitucionalidad en un registro público oficial de precedentes, de modo tal que su doctrina sea conocida y aplicada en forma obligatoria por los tribunales inferiores para los casos análogos.

Otro tópico que reunió la atención del taller está relacionado con la conexión entre previsibilidad y razonabilidad de la respuesta jurídica. En este

---

(2) Conclusiones del Taller “Precedente judicial y previsibilidad”, coordinado por Federico Feldtmann, Juan Carlos Ponce, José Virginis y Verónica Álvarez, graduados de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral.

sentido, se consideró necesario para lograr la esperada seguridad jurídica que brinda el precedente pensar en la coherencia del sistema de justicia en términos de una respuesta razonable del Poder Judicial como un servicio a la sociedad. Sobre el particular, se destacó la exigencia de que las consideraciones realizadas en los fallos sean persuasivas por sí mismas en cuanto a la corrección de la solución adoptada y, de ese modo, conciten obediencia espontánea de los operadores judiciales, en función de la validez normativa, sociológica y axiológica de sus argumentaciones. La fuerza persuasiva del precedente no se limita a la validez de los argumentos utilizados, además debe considerarse las mayorías que lo sustentan, la alta jerarquía del tribunal en la organización judicial y el consenso judicial. Hay que agregar, asimismo, la utilización en las sentencias de un lenguaje claro, preciso, comunicativo y accesible al ciudadano en general. Como propuesta en particular se destacó en el taller la implementación de una “oficina de coherencia” como cuestión para imitar en las distintas jurisdicciones.

Hubo consenso en que, en tales términos, una respuesta jurídicamente correcta constituye un valor que contribuye a la estabilidad del precedente y, en consecuencia, mejora el servicio de justicia, acelera la resolución de los conflictos y procura hacer efectivo el principio de economía procesal, en la medida en que el seguimiento automático del precedente en casos análogos descongestiona el Poder Judicial y evita el replanteo de cuestiones ya resueltas por decisiones anteriores. En cuanto a la estabilidad del precedente se destacó la necesidad de que perdure en el tiempo, incluso, cuando la instancia inferior manifieste su desacuerdo con sus convicciones personales.

También se resaltó que resulta fundamental el respeto del autoprecedente a los fines de generar confianza pública, lo cual exige un esfuerzo de coherencia, una clara conciencia de la función del juez y la responsabilidad moral en la fundamentación en el supuesto del cambio del precedente. Esta tarea está íntimamente relacionada con el proceso de legitimación de la justicia en general.

El valor del precedente como norma general, en su dimensión judicial de aplicación de las disposiciones normativas a un caso determinado, también se vincula con el principio de igualdad ante la ley. Por ello resulta necesario analizar los efectos jurídicos del cambio del precedente. En este sentido, durante el taller se concluyó que su modificación debe plantearse siempre con efecto prospectivo. Sin embargo, se admitió también que si la nueva doctrina judicial tuviere efectos retroactivos, debe articularse un mecanismo procesal para evitar sorprender o asaltar a las partes con elementos no considerados en sus pretensiones, siendo que el cambio del precedente resulta la *última ratio* en la aplicación de la ley. En particular, ante la necesidad del cambio del precedente, se propuso en el taller otorgar la posibilidad a las partes de un debate previo de la cuestión para evitar la situación de inseguridad jurídica que pudiera provocarse.

Asimismo, se resaltó la importancia de la prudencia judicial en la aplicación automática de los precedentes, teniendo en cuenta dos dimensiones. En primer orden, la exigencia práctica de captar la singularidad del caso a resolver. Esto tiene que ver con la aplicación irreflexiva del precedente en supuestos distintos a los debatidos en el *holding* jurisprudencial, conectado con el cumplimiento de los estándares fácticos como obligación del juez. En segundo lugar, es preciso una perspectiva consecuencialista de las decisiones en la aplicación del precedente, debiendo computar también su validez cuando se modificaron las circunstancias que lo avalaron o se demuestra su probada ineficacia al momento de resolver. En este sentido, hubo consenso en que es importante tener en cuenta el contexto social, económico, político y cultural al momento de la aplicación del precedente, en la medida en que esas circunstancias pueden dar razones para mantenerlo o modificarlo.

Por último, durante la deliberación en el taller se debatió la tesis según la cual el precedente alcanza solo a la interpretación de las normas en abstracto o bien se limita únicamente a la consideración de los estándares fácticos señalados en el *leading case*. En este punto, la mayoría de los integrantes del taller estuvieron de acuerdo sobre la segunda alternativa, que expresa una clara diferenciación entre la disposición normativa considerada en abstracto y la norma que se adscribe a dicho enunciado normativo en las condiciones especiales del caso. Esta nueva norma, desentrañada en el precedente judicial, determina las condiciones (o estándares) que en concreto resultan aplicables para casos análogos.

El taller referido al valor del precedente y su vinculación con el activismo judicial<sup>(3)</sup> concluyó que el seguimiento del precedente y el activismo judicial no son conceptos antagónicos, sino que pueden complementarse. Así, el activismo judicial puede ser considerado como un contrapeso del precedente, toda vez que dinamiza y actualiza el contenido del derecho vigente y válido, pero debe ser ejercido por los jueces con responsabilidad, autocontrol, limitado por la prudencia y evitando el protagonismo excesivo de los jueces, teniendo en cuenta que los destinatarios finales del cambio de precedente serán los justiciables. No solo los superiores tribunales y las instancias superiores están llamados a ejercer un rol judicial activo en el cambio de los precedentes, sino que especialmente los jueces de primera instancia y los abogados están llamados a proponer y elaborar nuevas respuestas jurídicamente fundadas para producir el cambio de estos.

En igual sentido, el activismo judicial debe ser guiado por la ética, de modo que los jueces puedan dimensionar el impacto que el cambio de precedente pudiera provocar en la sociedad y así lograr legitimar socialmente la decisión judicial.

---

(3) Conclusiones del Taller “Precedente y activismo judicial”, coordinado por Claudina Xamena Zárate, Claudia Katok y Verónica Baldomé, graduadas de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral.



El taller destinado a elaborar las conclusiones sobre el valor del precedente en relación con la independencia judicial<sup>(4)</sup> estuvo compuesto por un grupo muy plural, ya que además de contar con representantes de la justicia nacional y de diversas jurisdicciones locales de nuestro país al igual que los otros talleres, contó con la participación de magistrados de México y de Chile, quienes aportaron sus experiencias sobre el tópico, como también sus visiones, produciéndose así un intercambio de información y propuestas que enriquecieron este espacio de reflexión.

Como es de esperar, la diversidad en las cosmovisiones de los presentes, como las evidentes diferencias en las regulaciones —especialmente entre la chilena y la mexicana—, propias de culturas jurídicas que se desarrollaron en contextos sistemáticos distintos, operaron como límite para el encuentro de posiciones, aunque pueden transmitirse algunas coincidencias que merecen ser destacadas, a saber:

Se coincidió en la relevancia y valor que tiene el precedente, en clave de entregar al ciudadano una concreta sensación de previsibilidad que se traduzca en la real disposición de los bienes de los que es titular. De este modo, en cuanto se lo reconoce como integrante del orden normativo, es decir, de las reglas que junto a la ley, la doctrina y los principios conforman el universo de lo jurídico, se erige como parte de un todo que provee a la seguridad jurídica, la que si bien no se concibe como un fin en sí mismo, aparece en escena como un medio para permitir que la persona sepa a qué atenerse, y de ese modo proveer al desarrollo del plan de vida que cada uno decida proyectar. En ese orden de ideas deviene acertado el aporte de uno de los representantes de México, quien se atrevió a sentenciar que el precedente no es un derecho o potestad del juzgador, sino una garantía del justiciable.

Asimismo, luego de un intenso intercambio de ideas, se pudieron acercar posiciones y coincidir en que, en principio y conceptualmente, la consideración del precedente como integrante del universo de fuentes, no se traduce siempre en la afectación a la independencia del Poder Judicial, ni del juez como individuo integrante de la administración de justicia.

Por otro lado, también se encontró un punto de encuentro en el reconocimiento de la presencia de un problema complejo en los casos en que apartarse de un fallo precedente pueda traer consecuencias para el juez que así lo decida. Y ello puesto que tal posibilidad puede operar en forma negativa en la conciencia del juzgador. También se reconoció que las facultades disciplinarias ejercidas en ese marco podrían traducirse en una herramienta para el disciplinamiento, temor que se eleva en los sistemas donde la doctrina legal tiene un valor sacramental. Otro aspecto a considerar es que la solución equi-

---

(4) Conclusiones del Taller “Precedente e independencia judicial”, coordinado por María Cristina Scarpati, Diego Matías Grau y Gustavo Linde, graduados de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral.

tativa que un caso merezca encuentre allí un lugar donde ser vencida por la mecanización, desde que tal forma de abordar los conflictos, cercana a la rutina, entregará al magistrado una posición donde evitar los cuestionamientos.

Por lo demás, se analizaron las diferencias más notorias entre los sistemas chileno y mexicano, especialmente en lo que hace a la fuerte y minuciosa regulación que sobre el tema posee la segunda nación mencionada. Y si bien no fue posible encontrar conclusiones unívocas en relación a la necesidad de llegar a ese punto, el que se consideró, para algunos, extremo y, para otros, necesario, sí permitió ensayar argumentos sobre los beneficios y perjuicios que ese modelo normativo pueda aportar a la idea de justicia.

Los autores de esta obra colectiva aportan una nueva mirada sobre el valor del precedente judicial, su evolución y su aplicación retroactiva y prospectiva, en Chile, México, Colombia, Brasil y España. Todos ellos resaltan la necesaria ponderación de principios que debe realizar el juez, entre los que se destacan: independencia interpretativa, igualdad, seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima, irretroactividad, entre otros.

Por otra parte, se resalta la necesidad de un diálogo interjurisdiccional, tanto interno —con las altas cortes nacionales—, como internacional, especialmente con los tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos y con los tribunales pertenecientes a los procesos de integración regional como el Tribunal de Luxemburgo.

El juez del siglo XXI asume un rol protagónico en este diálogo interjurisdiccional y el valor del precedente supranacional se pone de manifiesto en diversos mecanismos ideados para asegurar una tutela judicial efectiva de los derechos. Entre estos mecanismos se destacan especialmente la cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo y el control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Un ejemplo interesante de diálogo interjurisdiccional en los procesos de integración es la remisión prejudicial. A través de este sistema de integración judicial Europa ha logrado construir una verdadera integración entre el derecho comunitario y el derecho interno de cada uno de los Estados parte. Ambos órdenes jurídicos se aplican sin confundirse por parte del juez nacional. Este es el encargado de hacer efectiva en la práctica la distribución de competencias soberanas en razón de la materia entre ambos órdenes jurídicos. A través de un análisis detenido de este mecanismo de pregunta y de respuesta, se comprenden más fácilmente las características propias de este nuevo orden jurídico perteneciente a una organización regional de integración que no debe confundirse con el orden interno de cada uno de los Estados miembros ni con el derecho internacional.

El sistema judicial comunitario se caracteriza por la colaboración de los jueces nacionales de los Estados parte con el Tribunal de Justicia de la Unión.

Tanto en el sistema europeo como en el sistema andino y en el sistema de Integración Centroamericana, son los jueces de las jurisdicciones nacionales los primeros llamados a aplicar el derecho comunitario<sup>(5)</sup>. Se trata pues de un sistema que reparte competencias entre las jurisdicciones nacionales y el tribunal comunitario y es este último quien garantiza la interpretación uniforme del derecho comunitario en todo el espacio integrado por medio de la cuestión prejudicial.

La cuestión prejudicial es un nexo que permite el diálogo y la cooperación entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad y hace posible una verdadera integración jurídica entre los Estados parte<sup>(6)</sup>. Por un lado, el juez nacional conoce el orden jurídico interno, sus características y las posibles dificultades que se pudieran plantear frente al derecho comunitario y, por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad orienta en la interpretación de la norma comunitaria de manera tal que la misma tenga igual fuerza en todo el territorio común. Este sistema de diálogo permanente entre ambas jurisdicciones, permite que se vayan cumpliendo los objetivos trazados en los tratados constitutivos mediante un sistema flexible, progresivo y adaptado a las necesidades concretas de cada uno de los Estados parte<sup>(7)</sup>.

Otros mecanismos interesantes de diálogo interjurisdiccional —tanto interno como internacional— se visualizan en los mecanismos de control de constitucionalidad y de convencionalidad que realizan distintos órganos estatales, la mayoría de las veces órganos jurisdiccionales o bien órganos que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales como es el caso de algunos tribunales constitucionales que ejercen un control concentrado de constitucionalidad y que en algunos casos se encuentran fuera de la estructura jurisdiccional.

Como ha sido señalado, el juez del siglo XXI ha asumido un rol protagónico respecto de los otros poderes del Estado. En la actualidad, tal como se destaca en los diferentes capítulos de esta obra desde perspectivas nacio-

---

(5) Así lo ha entendido el TJCA al afirmar: “Ahora bien, la ‘aplicación’ autorizada por el Tratado puede y debe darse cuando las personas naturales o jurídicas nacionales acudan al ‘juez nacional’ en demanda del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Países Miembros del Acuerdo, en virtud de lo establecido en el mismo Tratado Constitutivo del Tribunal (art. 5)”: proceso 2-IP-91, Kadoch, 26.02.91, GO N° 78, 18.03.91 (§3-1-) “Si se entiende por ‘aplicación’ de la norma ‘la acción de someter un caso individual a una prescripción general’ (Vocabulario jurídico, Henry Capitant), no cabe duda de que es al juez nacional a quien corresponde aplicar las reglas comunitarias cuando ello sea necesario para dictar fallo de fondo. Dicha aplicación es un proceso complejo dentro del cual deberá atenderse a los hechos debidamente demostrados y al derecho nacional o interno, tanto adjetivo como sustantivo”: proceso 2-IP-91, Kadoch, 26.02.91, GO N° 78, 18.03.91 (§3-7-).

(6) Proceso 6-IP-93, marca “Louis Vuitton”, 25/2/1994, GO N° 150, 25.03.94 (§2-6-; con cita de 1-IP-87).

(7) PESCATORE, Pierre, “La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional”, RIE, V° 23, N° 1, enero-abril, 1996 CEC, Madrid, ps. 26 a 28.

nales muy diversas, los jueces son los intérpretes últimos de los derechos y libertades consagrados tanto en las Constituciones nacionales como en los distintos instrumentos internacionales. En este sentido, el juez perteneciente al Estado de derecho constitucional y convencional actual debe ser consciente de que sus decisiones pueden comprometer la responsabilidad internacional de su Estado ya sea por su acción u omisión en el ejercicio de la función jurisdiccional. En este nuevo modelo de interacción entre distintos ordenamientos jurídicos que reclaman para sí al menos una aplicación preferente de sus normas, principios y precedentes, este diálogo interjurisdiccional de cooperación prudente resulta imprescindible de cara a la tutela judicial efectiva de los Derechos.

Las diversas perspectivas aportadas por los conferencistas de España, Chile, México, Colombia y Brasil invitan a la reflexión y enriquecen el análisis sobre el valor del precedente judicial —nacional e internacional— en Iberoamérica.

## ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO.....	V
--------------	---

### **OBITER DICTA ABUSIVOS: EN BUSCA DE UNA TIPOLOGÍA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES ABUSIVOS**

**Thomas da Rosa de Bustamante**

*Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil*

Introducción .....	1
1. A vueltas con la distinción entre <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i> .....	2
2. El carácter vinculante de los <i>obiter dicta</i> .....	5
3. Una concepción amplia de <i>obiter dictum</i> .....	7
4. La noción de <i>obiter dictum</i> abusivo.....	11
5. Una tipología de los <i>obiter dicta</i> abusivos.....	12
5.1. <i>Obiter dicta</i> abusivos en sentido estricto (intraprocesales).....	12
5.1.1. <i>Obiter dicta</i> políticamente inductivos.....	13
5.1.2. <i>Obiter dicta</i> abusivos transprocesales.....	15
5.2. <i>Obiter dicta</i> extraprocesales .....	18
5.2.1. <i>Obiter dicta</i> prejuzgadores e inductivos .....	19
5.2.2. <i>Obiter dicta</i> de competición interna .....	21
5.3. <i>Obiter dicta</i> abusivos en sentido impropio .....	22
6. Conclusiones .....	24
Referencias bibliográficas.....	25

**EL PRECEDENTE JUDICIAL EN CHILE****Lamberto Cisternas Rocha***Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile*

1. Introducción.....	29
2. El precedente judicial en Chile .....	30
3. El precedente horizontal en Chile .....	32
4. El precedente en el ámbito constitucional .....	35
5. Consideraciones finales .....	35

**JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE EN COLOMBIA  
DEBATES DE UNA TRANSICIÓN INCONCLUSA****Danilo Rojas Betancourth***Magistrado del Consejo de Estado colombiano  
Profesor asistente de la Universidad Nacional de Colombia*

Introducción .....	39
1. El ingreso de las nociones de jurisprudencia y doctrina al derecho colombiano.....	41
2. La irrupción del precedente judicial y el debate conceptual .....	48
3. Jurisprudencia, precedente y debate normativo .....	56
3.1. Obligatoriedad de la jurisprudencia-precedente (J-P) .....	56
3.2. Efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales.....	63
3.2.1. Jurisprudencia y seguridad jurídica .....	64
3.2.2. Efecto retroactivo y prospectivo de la jurisprudencia .....	66
3.2.3. Criterios para resolver la tensión retroactividad-prospec- tividad de la jurisprudencia .....	71
4. Garantías de respeto a la jurisprudencia-precedente.....	77
4.1. Acción de tutela contra providencias judiciales por desconoci- miento del precedente judicial.....	77
4.2. Recurso extraordinario de casación.....	78

	Pág.
4.3. Recurso extraordinario de revisión .....	79
4.4. Recurso extraordinario de unificación jurisprudencial .....	79
4.5. Extensión de las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional .....	80
4.6. El mecanismo eventual de revisión en acciones de grupo y popu- lares .....	80
4.7. Error judicial como causal de responsabilidad estatal.....	81
Bibliografía.....	82
Jurisprudencia y precedentes .....	83

**PRECEDENTE JUDICIAL EN  
EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

**Antonio del Moral García**

*Magistrado del Tribunal Supremo de España*

1. Introducción.....	87
2. Eficacia horizontal: autoprecedente.....	88
3. Autoprecedente en el Tribunal de Casación: ¿jurisprudencia vincu- lante o jurisprudencia vacilante?.....	89
4. La casación como herramienta de homogeneización .....	90
5. Casación en la jurisdicción penal.....	91
6. Acuerdos no jurisdiccionales para unificación de criterios (una práctica que ha perdido su sostén legal) .....	94
7. Otros órdenes jurisdiccionales .....	96
8. Jurisprudencia constitucional.....	97
9. Jurisprudencia supranacional.....	100
10. ¿Vincula la jurisprudencia? .....	100
11. Un colofón con derivaciones deontológicas .....	103
Referencia bibliográfica .....	104

**INFORME NACIONAL, MÉXICO  
EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**

**Jorge Mario Pardo Rebolledo**

*Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de  
los Estados Unidos Mexicanos*

1. Introducción: delimitación e interés del tema .....	107
2. Breve aproximación al concepto de precedente .....	108
3. Suprema Corte de Justicia de la Nación: creadora de derecho .....	110
3.1. Organización de la jurisdicción federal en amparo y el lugar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	110
3.2. Tipos de precedente: ¿cómo se crean los precedentes? .....	111
3.2.1. Jurisprudencia en el juicio de amparo .....	111
3.2.2. Acción de inconstitucionalidad, controversia constitucio- nal y declaratoria general de invalidez .....	113
3.3. Algunos problemas en la aplicación de los precedentes constitu- cionales .....	114
3.3.1. La inconstitucionalidad de la jurisprudencia .....	114
3.3.2. La retroactividad de la jurisprudencia.....	116
4. Reflexión final.....	118
5. Bibliografía .....	118



# **OBITER DICTA ABUSIVOS: EN BUSCA DE UNA TIPOLOGÍA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES ABUSIVOS**

**Thomas da Rosa de Bustamante**

*Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil*

**Resumen:** El trabajo ofrece un refinamiento analítico y conceptual de la noción de *obiter dictum*, la cual es entendida en una acepción amplia, y una reflexión sobre sus circunstancias de legitimidad, con vistas a identificar pronunciamientos judiciales abusivos, que realizan actos de habla capaces de llevar a efectos sistémicos indebidos o daños al orden jurídico. Al final, ofrece una tipología de los *obiter dicta* ilegítimos y ejemplos de cada una de las clases identificadas.

**Palabras-llave:** *Obiter dictum*; concepto; legitimidad; obligaciones judiciales; actos de habla.

**Abstract:** The paper offers an analytic and conceptual refinement of the concept of *obiter dictum*, understanding it in a broad sense, and a critical reflection on its circumstances of legitimacy, with a view to identifying abusive judicial pronouncements, which perform speech acts capable of producing unwanted systemic effects or violation to the legal order. In the end, it offers a typology of abusive *obiter dicta* and a set of examples of each of the classes of such pronouncements.

**Keywords:** *Obiter dictum*; concept; legitimacy; judicial obligations; speech acts.

## **Introducción**

El presente artículo busca hacer una reconstrucción del concepto de *obiter dictum* en la teoría jurídica contemporánea, capaz de alcanzar dos objetivos: primeramente, entender todas las clases de pronunciamientos judiciales no estrictamente autoritativos, pero institucionalmente relevantes, y no solo los que tradicionalmente vienen siendo identificados por las teorías clásicas del precedente construidas en el mundo del *common law*; es decir, búsquese un refinamiento conceptual de la noción de *obiter dictum* con el objetivo de explicitar sus elementos necesarios y típicos. En segundo lugar, búsquese comprender las condiciones de legitimidad de los *obiter dicta*, es decir, las

circunstancias bajo las cuales ellos pueden o no ser realizados de manera moralmente justificada.

Se pretende demostrar que por medio de *obiter dicta* el Poder Judicial puede realizar una serie de actos de habla para los cuales no tiene legitimidad, sea para interferir en procesos políticos o jurídicos en curso en otras instituciones u otros juicios, sea para violar el orden jurídico o las obligaciones institucionales (*role-obligations*) de los jueces.

Si esta hipótesis es verdadera, los *obiter dicta* son una potencial fuente de inestabilidad política y representan un riesgo para los principios del Estado de Derecho y la separación de los poderes. Pasa a ser urgente, pues, identificar las situaciones en las cuales los *obiter dicta* abusivos suelen ocurrir. El trabajo se divide en seis secciones. En la primera, visito la teoría tradicional del precedente y la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, con vistas a diferenciar esos dos conceptos en sistemas jurídicos caracterizados por la existencia de precedentes vinculantes. En la segunda sección, intento explicar con brevedad la fuerza vinculante —o parcialmente vinculante— que los *obiter dicta* pueden adquirir, con vistas a rechazar la suposición frecuente de que los *obiter dicta* son en la práctica irrelevantes para decidir casos futuros. En la tercera sección, búscase construir una concepción y un concepto de *obiter dictum* que sean más adecuados a la práctica jurídica contemporánea, por ser capaces de explicar todos los pronunciamientos institucionales del Poder Judicial sobre cuestiones jurídicas en discusión, y no solo los tradicionalmente capturados por la teoría clásica del precedente. En la cuarta sección, introduzco la noción de *obiter dictum* abusivo, que constituye el punto central a ser analizado en este trabajo. La quinta sección, finalmente, elabora una tipología de los *obiter dicta* abusivos comúnmente encontrados en el sistema jurídico brasileño, procurando proporcionar tanto una clasificación cuanto un conjunto de ejemplos de *obiter dicta* abusivos.

## 1. A vueltas con la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*

La teoría del precedente vinculante en sentido estricto, es decir, del precedente obligatorio, que implica una obligación de decidir según una regla establecida por una autoridad judicial anterior y, normalmente, superior, está basada en una distinción rigurosa, típica del positivismo jurídico, entre “creación” y “aplicación” del derecho.

Dos tesis fundamentales del positivismo jurídico son asumidas por cualquier teoría que describa los precedentes judiciales como estrictamente vinculantes: a) la tesis de que la validez de las reglas jurídicas no depende de su contenido, según la cual la validez de una norma es una cuestión distinta en relación a su corrección moral (HART, 1982, ps. 260-261; SCHAUER, 2004), y b) la distinción entre “casos reglados”, para los cuales el sistema jurídico ofrece una solución prefijada, establecida de manera autoritativa por algún oficial dotado de competencia para crear el derecho, como, por ejemplo,

un tribunal superior con competencia para establecer precedentes vinculantes para los tribunales que le están subordinados, y “casos no reglados”, para los cuales no hay una solución específicamente fijada por alguna regla integrante del sistema jurídico (RAZ, 2009-a, p. 181).

El ámbito de vinculación del precedente judicial estrictamente vinculante equivale al ámbito de la solución establecida en una regla judicial para un problema jurídico particular. Desde la perspectiva de Joseph Raz, por ejemplo, precedentes vinculantes vinculan jueces posteriores cuando ellos son capaces de generar “razones protegidas” que se asumen como vinculantes para jueces futuros (RAZ, 2009b, ps. 17-18). Son, por consiguiente, razones para actuar según una razón elegida como decisiva por la autoridad que pronunció la regla jurídica como también para excluir las otras razones que eventualmente podrían ser ponderadas para determinar cuál es la mejor decisión (RAZ, 2009b, p. 18).

De modo análogo, Frederick Schauer entiende la fuerza del precedente judicial como correspondiente a la fuerza que las reglas ejercen sobre nuestra racionalidad práctica. Actuamos “con base en una regla”, para Schauer, únicamente, cuando consideramos que la solución establecida por la regla es contraria a nuestras intuiciones sobre la justicia o nuestros intereses en determinada situación. La regla solamente ejerce una presión sobre nosotros cuando ella es capaz de alterar el curso de nuestra acción, modificando la solución que alcanzaríamos si la regla no existiese (SCHAUER, 1991, ps. 71-72). Actuar con base en un precedente, por tanto, es actuar *únicamente* porque existe un precedente; es conformarse con una solución solo por causa del *status* de regla que las soluciones para problemas jurídicos establecidos en precedentes poseen (SCHAUER, 1987, p. 581).

Para las teorías jurídicas clásicas, en el mundo del *common law*, los precedentes son entendidos de manera autoritativa. La fuerza de un precedente para la solución de un caso futuro está en su autoridad, y no en la razonabilidad de la solución que se propone para un caso particular (GOODHART, 1931, p. 4). La teoría del precedente estrictamente vinculante, por tanto, vislumbra las razones generadas por el precedente judicial como decisivas, excluyentes, en el sentido de vincular de manera definitiva los tribunales que se ponen bajo su autoridad.

Además de la “fuerza gravitacional” que los precedentes ejercen sobre los ciudadanos, que consiste en las razones morales que esos precedentes generan para ellos, el positivismo supone que los precedentes poseen una “fuerza institucional”, que comprende la capacidad que los tribunales superiores tienen de vincular los tribunales inferiores y los oficiales que aplican el derecho en general. Como explica Waluchow, en un sistema de precedentes autoritativos un tribunal intermedio se encuentra bajo la “fuerza institucional” de un precedente cuanto él tiene obligación de decidir conforme la regla establecida por este precedente, careciendo de capacidad institucional para

modificarla incluso cuando esté convencido de que esa regla es equivocada y merece ser corregida por un tribunal superior (WALUCHOW, 1994, p. 39).

En la teoría tradicional del *common law* inglés, ese carácter autoritativo (o “independiente del contenido”) del precedente judicial ha sido llevado al extremo. Se afirmaba, por ejemplo, que la justificación del precedente judicial sería irrelevante para determinar su autoridad (GOODHART, 1931, p. 4), o que las reglas fijadas en precedentes judiciales serían válidas y vinculantes para los jueces inferiores, incluso cuando las decisiones en que ellas hayan sido fijadas fuesen completamente carentes de razones o no tengan la parte de su motivación publicada (CROSS; HARRIS, 1991, ps. 47-48).

La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, en este contexto, es el contrapunto de esta retórica de vinculación estricta. Históricamente, ella cumplió la tarea práctica de mantener abierta la posibilidad de desarrollo del *common law* y de inaugurarse un argumento por analogía en que podemos comparar situaciones regladas y no regladas, para ajustar el derecho a necesidades oriundas de casos concretos y mantener el carácter argumentativo de la práctica jurídica.

La atribución de fuerza estrictamente vinculante al precedente, consustanciada en la regla del *stare decisis*, tenía como contraparte una distinción rigurosa entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Cuando se vislumbra una fuerza estrictamente vinculante para el precedente judicial, hay que interpretarlo de manera estricta bajo pena de ampliar indebidamente el poder creativo de los tribunales y atribuir al Poder Judicial competencias legislativas para las cuales él no está normalmente legitimado.

Los defensores de la naturaleza estrictamente vinculante del precedente judicial suelen moderar su doctrina, por tanto, con un método riguroso para determinar el contenido de la *ratio decidendi*, con vistas a reconocer este efecto *solamente a las razones consideradas parte de la ratio*.

No hay espacio, en este breve ensayo, para profundizar en la noción de *ratio decidendi*, así como en los efectos que la teoría tradicional reconoce a los pronunciamientos judiciales que se subsumen en este concepto<sup>(1)</sup>. El foco de este ensayo será otro: los *obiter dicta*, que constituyen aquellos pronunciamientos judiciales que asumidamente no tienen el carácter estrictamente vinculante que es típicamente atribuido a la *ratio decidendi*.

A diferencia de la *ratio decidendi*, que ha provocado interminables discusiones teóricas que llevan a la proposición de diferentes métodos de identificación del elemento vinculante de un precedente judicial, el concepto de *obiter dictum* es prácticamente no explorado por las teorías del precedente. Suele definirse el concepto de *obiter dictum* de manera negativa: es decir, se considera un *obiter dictum* cualquier pronunciamiento judicial, en el curso

---

(1) Véase, en este sentido, BUSTAMANTE (2016, ps. 257-397).

de una opinión jurídica expresa en un fallo o una sentencia, que no constituye la *ratio decidendi* de una decisión y es, por consiguiente, carente de contenido jurídico autoritativo.

Si la *ratio* ha recibido profunda atención por la teoría del derecho, los *dicta* han sido considerados meras opiniones ejemplificadoras, sin autoridad y válidas única y exclusivamente como ejemplos, como argumentos doctrinales que pueden, o no, ser aceptados como razones en pronunciamientos futuros. No tienen “fuerza de precedente” porque pese el hecho de estar contenidos en decisiones judiciales vinculantes, no constituyen la parte vinculante de esas decisiones. Bien entendidos, *obiter dicta* serían meros repositorios de razones auxiliares que discurren sobre cuestiones *todavía no decididas* por los tribunales.

## 2. El carácter vinculante de los *obiter dicta*

La teoría tradicional del precedente parte de una doble equivocación: de un lado, hace una especie de axiomatización de la *ratio decidendi*, entendiéndola como absolutamente vinculante y considerándola capaz de decidir de manera estrictamente autoritativa todos los casos supervenientes, generando así razones perentorias para decidir; de otro lado, considera el *obiter dictum* un pronunciamiento judicial irrelevante para la teoría del derecho, incapaz de ejercer cualquier fuerza sobre los otros órganos del Poder Judicial, sobre los demás poderes estatales y sobre los ciudadanos en general.

En otros términos, parte de una concepción rigurosa de fuentes del derecho, y vislumbra la *ratio decidendi* como una fuente absolutamente vinculante y el *obiter dictum* como un pronunciamiento que no es fuente de cualquier tipo de razón para la acción de los demás jueces y oficiales competentes para aplicar el derecho. Aunque pronunciado por un órgano jurisdiccional que actúa en su capacidad institucional, el *obiter dictum* no es tratado por la teoría del derecho como un argumento institucional. A la luz de esta imagen tradicional, argumenté en un escrito anterior que la propia distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* sufre de cierto anacronismo y está impregnada de preconceptos (BUSTAMANTE, 2016, ps. 282-3):

Es tiempo de revisar la dicotomía rígida entre *ratio* y *dictum*, entre la parte *absolutamente* vinculante y la parte *no-vinculante* de un precedente judicial. Como destaca Galgano, “en nuestro sistema [italiano], que desconoce la eficacia vinculante del precedente, la propia *ratio decidendi* tiene eficacia tan sólo persuasiva, la misma eficacia que en el *common law* se reconoce a los *obiter dicta*; no se legitima, por lo tanto, la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* mientras ambas sean dotadas de igual valor, apenas persuasivo” (GALGANO, 1999, p. 219). Es claro que actualmente esa afirmación debe ser relativizada, dado que cada vez más se reconoce el efecto vinculante de la jurisprudencia de las cortes constitucionales en sistemas de *civil law*; pero es erróneo imaginar que la cuestión de la fuerza o vinculatoriedad de un

precedente pueda ser —sea en el *civil law* o en el *common law*— resuelta por medio de una alternativa del tipo “todo-o-nada”. Se puede concordar con Eng cuando este sostiene que “la imagen del *peso* atribuido a la decisión anterior, por medio de valoración y ponderación de aspectos típicamente relevantes del juicio (...) constituye una visión más adecuada acerca de lo que realmente hacen las Cortes de Noruega e inglesas [y, *podríamos añadir, las de prácticamente todos los Estados constitucionales contemporáneos*] que las imágenes tradicionales del tipo *either-or* [o vinculante, o mero *obiter dictum*]” (ENG, 2000, p. 302).

Si, al contrario de la pretensión de los defensores de la doctrina del precedente absolutamente vinculante, tratamos la vinculación al precedente judicial como una cuestión de grados, resulta evidente que no obstante la imposibilidad de que los *obiter dicta* generaren razones perentorias, ellos inequívocamente pueden ser dotados al menos de una fuerza *prima facie*, es decir, de la capacidad de generar argumentos institucionales a favor de una decisión.

Los *obiter dicta*, incluso cuando no expresan razones protegidas que excluyen otras consideraciones relevantes para solucionar un caso bajo juzgamiento, tienden a constituir parte de la *doctrina judicial* de la Corte y expresan de manera pública y general argumentos considerados robustos por los magistrados que subscriben la sentencia, voto u opinión en que ellos hayan sido expresados.

Lo que hace a los *obiter dicta* vinculantes no es solo el contenido de las afirmaciones en ellos contenidas, sino sus *efectos ilocucionarios*. Según las lecciones de la filosofía del lenguaje, los efectos de los actos de habla no son medidos ni por su contenido semántico ni por una supuesta correspondencia de las expresiones empleadas con el mundo físico, sino por lo que esos actos de habla realizan al ser pronunciados (AUSTIN, 1974; SEARLE, 1969). Es decir, lo que importa es el aspecto performativo de nuestras acciones de habla, es decir, lo que hacemos al decir ciertas cosas. En el caso de los jueces, la posición institucional que ellos ocupan y la función que ellos ejercen, de decir el derecho de manera autoritativa, generan efectos pragmáticos para sus pronunciamientos que los hacen capaces de influir en las razones para acción que las demás personas e instituciones poseen.

En los denominados “casos difíciles”, los *obiter dicta* tienden a ser citados con mucha frecuencia, quizás con más frecuencia que las razones consideradas por la doctrina clásica como la *ratio decidendi* de los precedentes vinculantes, pues no existe una regla claramente fijada y aplicable al caso concreto y las soluciones son construidas argumentativamente, al contrario de serlo por medio de una mera sumisión a la autoridad de una decisión anterior.

Incluso cuando no prevengan la solución definitiva de un caso concreto, los *obiter dicta* pueden ejercer, con más o menos intensidad, influencia sobre la decisión de casos futuros, presentando importantes *efectos sistémicos*

sobre la actuación de otros tribunales, de la administración pública, de los legisladores (principalmente en casos constitucionales) y de los propios ciudadanos y empresas privadas en general<sup>(2)</sup>.

La mayoría de las veces, los *obiter dicta* son fuentes de razones *prima facie*, capaces de ser consideradas robustas en un argumento jurídico posterior. Uno de los mayores equívocos de las diversas teorías del precedente ha sido, por tanto, sostener que solo los “hechos materiales” o las “reglas” que describen estos hechos —es decir, solo las partes de la decisión judicial caracterizadas tradicionalmente como parte de la *ratio decidendi*— son dotadas de fuerza jurídica sobre las decisiones posteriores.

Considerados los precedentes desde un ángulo práctico, es innegable la fuerza normativa que esos pronunciamientos pueden presentar. Podemos comprender los *obiter dicta*, frecuentemente, como pronunciamientos *semi-autoritativos*, en el sentido de que pese el hecho de que ellos no pueden ser clasificados como razones protegidas, en el sentido de Joseph Raz, ellos son razones jurídicas institucionalizadas, capaces muchas veces de generar promesas implícitas en relación al futuro y efectos sistémicos que no pueden ser desconsiderados.

### 3. Una concepción amplia de *obiter dictum*

Cuando se reconoce que, al menos desde un punto de vista práctico, los *obiter dicta* tienen un peso importante en la argumentación jurídica, siendo capaces de ejercer fuerza gravitacional e institucional sobre los ciudadanos y las instituciones jurídicas, son necesarios tanto un *refinamiento conceptual*, con vistas a especificar cuáles pronunciamientos deben ser clasificados como un *obiter dictum*, como también una delimitación de las *circunstancias de legitimidad* de tales pronunciamientos, es decir, una reflexión normativa sobre cuáles condiciones puede un órgano jurisdiccional realizarlos. Esas cuestiones, aunque deban ser analíticamente diferenciadas, están intrínsecamente conectadas, en la medida en que ambas (la delimitación del concepto y la descripción de las circunstancias de legitimidad) deben estar presentes en

---

(2) Como lo explica Adrian VERMEULE (2006, ps. 49-50), la adecuación de los métodos de interpretación del derecho debe ser establecida por medio de un análisis institucional que tome en cuenta los aspectos dinámicos de la interpretación y las consecuencias en términos de efectos sistémicos. Al elegirse un método de interpretación, por ejemplo, hay que tener en cuenta la probabilidad de ese método llevar a errores cuando generalmente adoptado y la probabilidad de estos errores ser corregidos. Se debe tomar en cuenta, también, los “cuestos decisionales” que este método genera (no solo en términos económicos, sino también en términos de cargas impuestas para las partes) y el grado de inseguridad que ellos generan (VERMEULE, 2006, ps. 78-79). Nuestro juicio sobre la legitimidad de un *obiter dictum* debe también tomar en cuenta los efectos sistémicos, de una manera análoga a lo que hace Vermeule para evaluar la adecuación de un método de interpretación.



una concepción adecuada de la noción de *obiter dictum* o de cualquier otro concepto jurídico interpretativo<sup>(3)</sup>.

En el ángulo conceptual, la teoría tradicional del precedente define el *obiter dictum* de manera negativa, como cualquier pronunciamiento realizado por un órgano jurisdiccional en curso de un juzgado, pero sin decidir el caso concreto. Dos características despuntan: 1) el hecho de que se trata sólo de argumentos pronunciados en un fallo o una decisión jurídica dotada de autoridad, 2) el hecho de que son argumentos que van más allá de los estrictamente necesarios para la solución del problema jurídico en consideración.

Sin embargo, aunque esa caracterización sea aplicada de forma prácticamente unánime, creo que ella es inadecuada para entender el funcionamiento de esos pronunciamientos y para adecuarse a la práctica jurídica de muchos ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el sistema jurídico brasileño. En efecto, aunque el segundo elemento del concepto de *obiter dictum* pueda ser considerado esencial —en la medida en que es una característica necesaria para distinguirlo de la *ratio decidendi* que ellos sean pronunciamientos institucionales del Poder Judicial que interpreten el derecho pero no resuelvan autoritativamente ningún caso concreto—, el primer elemento puede ser dispensable.

En este sentido, es posible la existencia de pronunciamientos judiciales semiautoritativos, externados por autoridades competentes, con elevado poder de influencia sobre los demás jueces, los ciudadanos y las instituciones en general, pero que no sean necesariamente pronunciados en el curso de un fallo o una sentencia judicial. Esos pronunciamientos, la mayoría de las veces, son recibidos por la comunidad jurídica como una interpretación oficial del derecho, hecha por un órgano jurisdiccional (o parte de él) dotado de competencia para dar respuestas oficiales sobre el contenido del derecho, es decir, para resolver nuestras divergencias sobre el contenido del derecho y los conflictos que puedan surgir sobre la aplicación adecuada de sus normas.

Podemos indagar, por tanto: desde el punto de vista práctico, ¿cuál es la diferencia entre esos pronunciamientos y los tradicionalmente caracterizados como *obiter dictum*? En los dos casos, la relevancia del pronunciamiento institucional deriva específicamente de la *función* ejercida por el órgano judicial que lo pronunció. En ambos casos, el autor del pronunciamiento necesita realizar una *interpretación abstracta* del derecho, externando una regla general o argumento universal que puede ser replicado y contiene una promesa en relación al futuro, derivada del deber de imparcialidad y coherencia en la actividad judicial. En ambos casos, este acto de interpretación del derecho

---

(3) Se entiende por un “concepto interpretativo” en este trabajo los conceptos así designados por Ronald DWORKIN (1986; 2006), que considera esos conceptos como valorativos e intrínsecamente relacionados con un propósito justificador, que los hace valiosos y tiene para ellos una importante tarea constitutiva, pues conceptos interpretativos sólo pueden ser bien entendidos a la luz de dichos propósitos.



por una autoridad judicial es hecho de manera *pública*, aunque no haya sido realizado con vistas a decidir específicamente un litigio concreto. Estos tres elementos parecen, en mi visión, ser los más relevantes de la definición de *obiter dictum*, y ninguno de ellos implica necesariamente que los pronunciamientos judiciales encuadrados en este concepto sean invariablemente externados en el curso de una decisión judicial.

Probablemente, la razón por la cual el concepto tradicional de *obiter dictum* es empleado de forma no problemática en el mundo del *common law* está en la discreción típica de los magistrados en estos sistemas. Sería impensable, por ejemplo, imaginarse un magistrado inglés dando una entrevista o presentando una ponencia en que comenta una decisión de otro juez (todavía pendiente de recurso) para decir que ella es correcta o incorrecta, o discutiendo abierta y deliberadamente casos, interpretaciones y argumentos que serán apreciados en casos futuros por el órgano judicial a que este magistrado pertenece.

Pero si él realiza esos pronunciamientos, ¿cómo debemos clasificarlo? Si, por ejemplo, un magistrado de una Corte constitucional, en una entrevista colectiva de radio y televisión, dice que un dispositivo de una ley en tramitación en el Congreso nacional es válida o inválida, o que una decisión judicial de un colega de la corte, pendiente de confirmación por el Tribunal Pleno, es “indecente” y que su colega merece ser considerado loco o sufrir un *impeachment*, ¿no podemos esperar que este pronunciamiento tenga efectos prácticos e incentive determinadas actitudes por parte de otros oficiales u otros poderes? Si estos pronunciamientos vienen acompañados de interpretaciones del derecho, por más irreflexivas que estas interpretaciones sean y por menos cuidadoso que sea el razonamiento empleado para justificarlas, ¿no se debe esperar que los destinatarios de la prestación judicial consideren estas interpretaciones al menos relevantes para futuros argumentos jurídicos?

Clasificar tales pronunciamientos como *obiter dicta*, en un sentido amplio o impropio, tiene la ventaja de explicar que ambos tipos de pronunciamiento —internos o externos al proceso judicial en sentido estricto— tienen *efectos semejantes* sobre la acción de los demás poderes y envuelven *responsabilidades semejantes*, las cuales precisan ser bien elucidadas para que podamos saber cuándo estos pronunciamientos son legítimos.

Además, incluso en los sistemas jurídicos tradicionales del *common law*, adeptos de la teoría ortodoxa del precedente, reconocen que pronunciamientos judiciales hechos fuera de un fallo específico pueden, en casos excepcionales, generar efectos normativos sustanciales, como ocurrió por ejemplo en el Reino Unido en 1966, cuando la Sesión Judicial de la *House of Lords* publicó el *Practice Statement* que modificó su doctrina que prohibía el *overruling* de precedentes judiciales<sup>(4)</sup>.

---

(4) Véase CROSS y HARRIS (1991, p. 104).

Proponemos conceptualizar *obiter dictum*, por tanto, de manera amplia, entendiéndolo como *un pronunciamiento público y oficial de una autoridad u órgano del Poder Judicial, en el curso de un proceso judicial o no, sobre una cuestión jurídica controvertida, normalmente capaz de influenciar decisiones jurídicas posteriores del Poder Judicial o de otras instituciones jurídicas y de generar razones para nuevos argumentos jurídicos.*

Es recomendable explicar los elementos de este concepto. Inicialmente, solo pueden ser comprendidos en este concepto pronunciamientos *públicos*, que sean realizados para un auditorio externo a la propia Corte, de manera que la autoridad judicial esté consciente de que él será recibido por el público como su visión respecto de un tema relevante para la sociedad. En segundo lugar, se trata de un pronunciamiento *oficial*, hecho por una autoridad judicial investida de su función y detentadora de las prerrogativas y responsabilidades funcionales que el cargo impone sobre su actuación. Pronunciamientos anteriores al ejercicio del cargo, o posteriores, o realizados en contextos para los cuales su función pública es irrelevante, como, por ejemplo, las opiniones e interpretaciones hechas en el ejercicio de una actividad académica legítimamente protegida por la libertad de cátedra, no pueden ser clasificadas como tal. En tercer lugar, esos pronunciamientos pueden ser realizados sea en el curso de un juzgado, como suele ocurrir en los casos más relevantes y frecuentes, sea también fuera del proceso judicial, en casos más esporádicos. En esta última hipótesis, sin embargo, es importante considerar que el concepto amplio de *obiter dictum* que proponemos en este ensayo se aplica, únicamente, a los casos en que el pronunciamiento es oficial en el sentido que se expuso anteriormente, es decir, solo a los pronunciamientos institucionales que son relevantes *exclusivamente* por causa de la función ejercida por el magistrado. En cuarto lugar, se trata de pronunciamientos sobre cuestiones jurídicas controvertidas<sup>(5)</sup>. Tiene que haber una toma de posición en relación a un tema público, la cual presupone una interpretación del derecho que es presentada, explícita o implícitamente, como correcta. Este acto de presentación de una interpretación tiene el efecto ilusorio de un “autocomprometimiento” con esa interpretación por parte de su autor, que constituye una promesa implícita en relación al futuro, en consecuencia, de la universabilidad en la argumentación jurídica institucional. Finalmente, la decisión debe ser relevante, sea por ser capaz de influenciar decisiones posteriores del Poder Judicial o de otros poderes<sup>(6)</sup>, sea por violar, en sí misma, una obligación funcional de los magistrados y causar daños a otras personas.

---

(5) Caso se clasifique los “*obiter dicta* en sentido impropio” como *obiter dicta*, habrá que reconocerse una excepción a esta característica. Véase *infra*, sección 5.3.

(6) La decisión posee, en este caso, la capacidad de ser empleada como un argumento para decisiones futuras, es decir, como una razón a la cual se pueda apelar delante de nuevas situaciones en un momento prospectivo.

Con esa redefinición del concepto de *obiter dictum*, ya estamos en condiciones de abordar el segundo aspecto relevante de una concepción adecuada de este tipo de pronunciamiento judicial: las circunstancias de su legitimidad, que serán tratadas en el próximo apartado.

#### 4. La noción de *obiter dictum* abusivo

Un abordaje completo de las circunstancias de legitimidad de los *obiter dicta* es un proyecto más ambicioso de lo que es posible alcanzar en este ensayo. Este tipo de explicación necesitaría partir de una teoría general de las obligaciones derivadas del papel institucional del Poder Judicial, es decir, de las *role obligations* de los magistrados, y después especificar cuáles son los deberes específicos de los magistrados en el momento en que realizan pronunciamientos semiautoritativos para interpretar el derecho y explicitar públicamente, aunque sin decidir ningún caso concreto, su comprensión del sistema jurídico.

Obligaciones derivadas del papel social (*role obligations*) son un tipo de “obligaciones especiales”, es decir, obligaciones que afectan a una clase o subconjunto de personas, “en contraposición con las obligaciones naturales” que afectan a (o son debidas a) “todas las personas, únicamente en cuanto personas” (JESKE, 2014). Obligaciones derivadas del papel social tienen un valor especial para la democracia cuando tenemos en cuenta instituciones. Como lo explica Michael Hardimon, en el contexto de papeles políticos, familiares u ocupacionales, esa clase de obligaciones comprende un conjunto de “derechos y deberes institucionalmente especificados” (HARDIMON, 1994, p. 334). Una obligación de esta naturaleza, para el autor, es “una exigencia moral que se acopla a un papel institucional” (HARDIMON, 1994, p. 334; JESKE, 2014). Obligaciones de este tipo son, frecuentemente, una clase de obligaciones en relación a la comunidad, constituyendo un ejemplo de lo que Ronald Dworkin ha denominado “obligaciones asociativas”, las cuales comprenden las *responsabilidades* que las prácticas sociales atribuyen al hecho de pertenecer a un grupo social (DWORKIN, 1986, p. 196).

La tarea positiva de explicitar todas las situaciones en que los jueces están autorizados a pronunciar *obiter dicta* es probablemente irrealizable. Sin embargo, es posible proceder de manera negativa y delimitar situaciones en las cuales los jueces *no tienen autoridad moral para pronunciarse*, pues sus pronunciamientos generan efectos sistémicos no deseados y pueden interferir ilegítimamente en decisiones que el Poder Judicial no tiene legitimidad para adoptar. En estos casos, los jueces pueden comprometer, de manera autoritaria, pero no autoritativa, el funcionamiento de las otras instituciones. Llamemos los *obiter dicta* pronunciados en estas situaciones *obiter dicta* abusivos.

*Obiter dicta* abusivos son particularmente peligrosos en tiempos de gran polarización política y conflictos institucionales que envuelven interpreta-

ciones controvertidas de los límites de actuación de los tres poderes. No obstante, es justo en estos casos “peligrosos” que los *obiter dicta* suelen ocurrir. Por ejemplo, la frecuencia de los *obiter dicta* abusivos es lo que hace en el Poder Judicial, en Brasil, uno de los más peligrosos agentes de desestabilización de la democracia y del Estado de Derecho.

Es imperioso, por consiguiente, identificar esos *obiter dicta* abusivos y clasificarlos como tales, a fin de evitar la natural expansión y propagación de su fuerza autoritativa, y con eso crear un ambiente hostil a los efectos sistémicos que estos *obiter dicta* suelen producir cuando no son adecuadamente identificados como oficiales, semiautoritativos e ilegítimos. Se propone, en lo siguiente, por esas razones, una tipología de los *obiter dicta* abusivos que facilitará la identificación de sus modalidades.

## 5. Una tipología de los *obiter dicta* abusivos

Como se ha dicho en la sección anterior, los *obiter dicta* abusivos son pronunciamientos institucionales, frecuentemente semiautoritativos, para los cuales los jueces no están legitimados, en la medida en que trascienden las circunstancias en que los magistrados tienen autoridad legítima para decir el derecho o pronunciarse institucionalmente. Presento, en lo siguiente, un intento de tipificación de los casos más usuales de *obiter dicta* de este tipo, que contribuyen para su identificación y para explicitar los potenciales riesgos que cada modalidad de esos pronunciamientos puede generar.

### 5.1. *Obiter dicta* abusivos en sentido estricto (intraprocesales)

Por *obiter dicta* abusivos en sentido estricto se entienden los pronunciamientos judiciales no estrictamente autoritativos —es decir, que no integran la *ratio decidendi* de una decisión judicial— hechos en el curso de la motivación de una decisión judicial. Son pronunciamientos realizados en el curso de un proceso, pero extrapolan los elementos centrales del conflicto bajo apreciación del Poder Judicial; son abusivos (y en este sentido, difieren de los *obiter dicta* en general) porque no tienen el efecto de únicamente fijar una doctrina o exponer los principios generales bajo los cuales se funda la jurisprudencia de la Corte y no meramente de anticipar posibles cambios jurisprudenciales, sino de pronunciarse sobre cuestiones sobre las cuales los jueces no deberían o no podrían pronunciarse de manera legítima. *Obiter dicta* abusivos en sentido estricto son pronunciamientos semiautoritativos (en el sentido definido antes). Ellos se caracterizan por la capacidad de interferir indirectamente en la actuación de otros agentes públicos en situaciones en las cuales uno esperaría del Poder Judicial una posición de árbitro imparcial. La ilegitimidad de estos pronunciamientos deriva del riesgo que los efectos sistémicos de estos pronunciamientos representan para la actuación de otros magistrados, tribunales, poderes o instituciones públicas o privadas; reside, en otras palabras, en los incentivos que esos *obiter dicta* crean para

otras autoridades. En vista de esta capacidad de generar argumentos institucionales que constituyen razones para acción de otras autoridades, son considerados pronunciamientos semiautoritativos. Se dividen en dos categorías, dependiendo de la autoridad que esté sujeta a la influencia de estos pronunciamientos.

### 5.1.1. *Obiter dicta políticamente inductivos*

La primera clase de los *obiter dicta* abusivos en sentido estricto —que son al tiempo intraprocesales y semiautoritativos— es la de los “políticamente inductivos”, es decir, de los *obiter dicta* que son utilizados en un fallo o una decisión jurídica no como un elemento adicional de argumentación, sino como una toma de posición explícita en un tema sobre lo cual la sociedad está profundamente dividida y que está pendiente de discusión en esferas políticas que detenten autoridad exclusiva para pronunciarse sobre determinada materia. Estamos hablando, aquí, de *obiter dicta* que se caracterizan por la presencia acumulativa de dos características: i) la existencia de desacuerdos persistentes sobre determinada cuestión, que no debe, al menos en el momento, ser decidida por el Poder Judicial, y ii) la existencia de un *proceso deliberativo en curso*, en la esfera política dotada de legitimidad para tomar esa decisión.

El problema del *obiter dictum* políticamente inductivo es que el pronunciamiento oficial del Poder Judicial puede llevar a un desequilibrio en las fuerzas políticas que deberían, en las instancias políticas apropiadas, resolver el desacuerdo razonable sobre el cual existe una deliberación en curso. Al expresar su posición sobre estos desacuerdos, el Poder Judicial interfiere en la política y toma partido a favor de un lado, creando incentivos para ciertas decisiones y condicionando, aunque sea parcialmente, el resultado de la deliberación. Con eso el Poder Judicial atrae para sí un poder de juzgar cuestiones que todavía no deberían estar bajo su apreciación, es decir, cuestiones sobre las cuales el Poder Judicial no podría, al menos por el momento, hacer cualquier pronunciamiento.

La forma más usual de este tipo de pronunciamiento está compuesta por pronunciamientos judiciales sobre el mérito de asuntos en discusión en el Poder Legislativo, en proceso de producción de leyes en que los jueces no son reconocidos por el ordenamiento jurídico como aptos para realizar estos pronunciamientos. Hay que respetar, aquí, el tiempo de cada proceso: el Poder Judicial no debe externar su interpretación antes de que el legislador concluya su proceso deliberativo.

Un ejemplo de esta modalidad de *obiter dicta* abusivo es la decisión singular del ministro Luís Roberto Barroso en el *Mandado de Segurança* n. 34.448<sup>(7)</sup>,

---

(7) El *Mandado de Segurança* es una acción constitucional para la defensa judicial de un derecho “líquido y cierto”, es decir, que puede ser comprobado sin necesidad de producción de nuevas pruebas. La jurisprudencia del Supremo Tribunal

la cual rechazó una medida cautelar para suspender la tramitación de la Propuesta de Enmienda a la Constitución número 241/2016, posteriormente convertida en la Enmienda a la Constitución n. 95, en la Cámara de los Diputados (Supremo Tribunal Federal, 2016). Lo que llama la atención en esta decisión es que se trata de un proceso enjuiciado contra la propia deliberación del Parlamento sobre la Enmienda a la Constitución, que es un asunto con relación al cual existen muchos precedentes en el Supremo Tribunal Federal, todos en el sentido de que *únicamente cuando el proceso legislativo es violado* es que los parlamentares tienen derecho a enjuiciar un Mandado de Segurança para suspender la tramitación de una propuesta legislativa. El *case law* del tribunal es pacífico en el sentido de que en un caso como este el proceso judicial debe ser extinto sin juzgamiento de mérito, pues no fueron apuntados vicios en el proceso legislativo para justificar la suspensión de la tramitación de la Propuesta de Enmienda a la Constitución, sino únicamente razones de mérito que alegaban vulneraciones del artículo 60 § 4º de la Constitución Federal de Brasil<sup>(8)</sup>.

Los autores de la acción argumentaban, entre otras cosas, que la referida Propuesta de Enmienda —que establece un congelamiento del presupuesto público para los próximos veinte años, independiente de cualquier modificación en la situación económica o fiscal del país o de cualquier eventual aumento poblacional o aumento de ingresos fiscales— vulneraría los principios de separación de poderes (art. 60, § 4º, III), del voto secreto, universal y periódico (art. 60, § 4º, II) y de garantía de los derechos fundamentales (art. 60, § 4º, IV). Al Poder Ejecutivo, por los próximos 20 años, le estaría vedado realizar cualquier nueva dispensa, con excepción de las dispensas con el pago de la deuda pública, sin importar cuál sea la decisión de los electores sobre cuáles serán los gobiernos futuros y cómo será la composición del Congreso Nacional en las próximas legislaturas. Se argumentaba, también, que en la práctica la Enmienda importaría cortes drásticos en el presupuesto público, los cuales harían inviable el mantenimiento de derechos fundamentales previstos en la propia Constitución.

Lo que llama la atención en el caso es que en lugar de extinguir el proceso sin juzgar el mérito, dejando al Poder Legislativo hacer su propio juicio y al Poder Judicial en el futuro, en un eventual fallo *posterior a su eventual promulgación*, el magistrado expresamente registró su opinión sobre el mérito de todos los pedidos, pasando por encima de la jurisprudencia de su tribunal, que expresamente veda el “control jurisdiccional de constitucionalidad material de los proyectos de ley” (Supremo Tribunal Federal, 2014).

---

Federal ha extendido la aplicación de este *writ* para deliberaciones parlamentarias, atribuyendo a los diputados y senadores el derecho de enjuiciar un *Mandado de Segurança* para garantizar el cumplimiento del proceso legislativo fijado en la Constitución, cuando si discuten proposiciones legislativas.

(8) Véase, en este sentido, Supremo Tribunal Federal, 2014; Supremo Tribunal Federal, 2003.



Cuando entró en el mérito, la decisión fortaleció la pretensión política de los defensores de la Enmienda en las dos Casas del Congreso Nacional. El *obiter dictum* les dio un argumento institucional semiautoritativo en el sentido de la plausibilidad de la proposición, pese a su carácter controvertido, desequilibrando con eso el juego de la deliberación parlamentaria y creando justo lo que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal mencionada pretende evitar, que es una especie de control previo de constitucionalidad. Cuando avala todos los puntos de la controvertida proposición legislativa, la decisión del ministro de la Suprema Corte interfirió ilegítimamente en la política, prejuzgando cuestiones que todavía no estaban suficientemente maduras para cualquier pronunciamiento judicial y generó razones adicionales para una decisión particular en el ámbito legislativo. El Poder Judicial termina por comportarse, por tanto, como una especie de garantizador de la plausibilidad de tesis jurídicas controvertidas que tienen que ser discutidas en el *interior del Parlamento*, con toda la complejidad de argumentos y fuerzas que existen en el interior de las Casas Legislativas. Induce, de esta manera, comportamientos políticos en relación a los cuales la magistratura debería permanecer imparcial.

### 5.1.2. *Obiter dicta abusivos transprocesales*

Otra modalidad de *obiter dictum* abusivo en sentido estricto es la construcción de argumentos en un proceso judicial para interferir en el juzgamiento de otro caso que todavía esté pendiente, sobre lo cual la autoridad judicial no posee jurisdicción. En este caso, el *obiter dictum* crea incentivos no para otras instituciones, como el Parlamento o el Poder Ejecutivo, sino para otros jueces, intentando solucionar con antelación procesos en tramitación en otras instancias. No basta, sin embargo, que sea un *obiter dictum* que puede ser utilizado como un elemento adicional en la motivación de un fallo futuro, pues esta característica es insuficiente para distinguir el *obiter dictum* transprocesal de los *obiter dicta* en general. El punto esencial es que haya un proceso ya formalizado, sobre el cual exista un amplio debate social —que verse sobre una cuestión de relevante interés público— y en relación al cual haya un desacuerdo razonable por parte de la sociedad.

El *obiter dictum* transprocesal es abusivo porque él pretende influir en otro juicio, muchas veces en el mismo tribunal, con prejuicio en la cualidad del debate existente en la instancia apropiada. Por veces, por ejemplo, una turma o órgano especial de un tribunal hace pronunciamientos de este tipo para “saltar una etapa”, es decir, para disminuir el margen de elecciones del órgano colegial con competencia para juzgar el caso y con eso crear una especie de “efecto manada”<sup>(9)</sup> en la dirección indicada por el *obiter dictum*.

---

(9) “El *efecto manada*, también conocido como ‘efecto de arrastre’, ‘bandwagon effect’ o ‘efecto de la moda’ es la tendencia a aceptar como válidos los razonamientos o las ideas de la mayoría sin analizar si son correctas desde un punto de vista lógico. Posiblemente el efecto manada sea el prejuicio cognitivo más común

Un caso paradigmático de *obiter dictum* transprocesal es el fallo del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región (TRF-4), en Brasil, sobre la divulgación, por el juez Sergio Moro, de conversaciones telefónicas entre la presidenta de la República Dilma Rousseff y el expresidente Luís Inácio Lula da Silva, en los días que antecedieron el juicio político contra la presidenta de la República en 2016. Una de las decisiones más polémicas de la historia constitucional del Brasil fue la decisión, en el ámbito de la “operación Lava-Jato”, de hacer públicas las grabaciones de conversaciones telefónicas entre Lula y varias personas, entre ellas, la presidenta de la República de Brasil, Dilma Rousseff. Muchas de esas grabaciones fueron ilegales por diferentes razones, y el propio magistrado que tomó la decisión posteriormente reconoció la ilegalidad de esas decisiones. En lo que concierne a las grabaciones de la presidenta Dilma Rousseff, el tema asumió dimensiones políticas inimaginables, en la medida en que la presidenta estaba bajo juicio político en la Cámara de los Diputados, que analizaba acusaciones de ilícitos con vistas a autorizar la instauración de *impeachment* por el Senado Federal y determinar la suspensión del mandato de la presidenta.

La ilegalidad de la intervención de las conversaciones de la presidenta de la República era evidente, en la medida en que la Constitución determina que solo el Supremo Tribunal Federal tiene competencia para autorizar cualquier intervención telefónica que pudiera involucrar a la presidenta de la República. Como lo explica Eugênio Aragão, entonces ministro de la Justicia, en entrevista al periódico *Folha de São Paulo*, “si hubiera alguna conversación de la señora presidenta que mereciese atención jurisdiccional, no cabría al juez de primera instancia ni siquiera apreciar el valor de la prueba obtenida y mucho menos darle publicidad”. Según el ministro, “como se trata de eventual prueba obtenida en encuentro fortuito, su excelencia el juez debería haber suspendido su juicio y enviado el proceso al Supremo Tribunal Federal, y no lo hizo” (*Folha de São Paulo*, 2016). Además, la divulgación del audio no se trataba de mero equívoco de naturaleza técnica. En la propia justificación de la decisión, se puede visualizar el propósito político de generar una reacción contra la presidenta de la República e interferir en su desfavor, delante de la opinión pública y los demás agentes públicos responsables, en el ámbito del Poder Legislativo, por el juzgamiento de la presidenta. De acuerdo con el juez Sérgio Moro, “la publicidad propiciará, por tanto, no sólo el ejercicio de la amplia defensa por los investigados, sino también el saludable escrutinio público sobre la actuación de la administración pública y de la propia Justicia criminal. La democracia en una sociedad libre exige que los sujetos al gobierno sepan lo que hacen los gobernantes, incluso cuando estos buscan actuar protegidos por las sombras” (*El País*, 2016). Se infiere de este fragmento, sin necesidad de grandes embates interpretativos, la intención del magistrado de interceder en la esfera política, es decir, de crear un contexto favorable al

---

entre los inversores en bolsa”. Definición encontrada en <http://www.academiadeinvestor.com/el-efecto-manada-definicion-ejemplos-y-consejos-para-evitarlo/>.



proceso de *impeachment* y generar reacciones populares contra el gobierno de la presidenta de la República, la cual no estaba en juzgamiento en el caso concreto, aunque estuviera en el Poder Legislativo.

Lo más grave, sin embargo, ha sido la justificación que la Justicia Federal ofreció para la conducta del magistrado. Frente a la ilegalidad practicada por el magistrado de la Justicia Federal de Curitiba, se enjuició un proceso disciplinar contra el juez Sérgio Moro, en el que se pidió al TRF-4, entre otras cosas, la recepción de la denuncia por infracción disciplinaria y la suspensión de la actuación del juez en el caso. Cuando juzgó un recurso contra el rechazo de esta denuncia, el órgano especial del TRF-4 decidió, por 13 votos contra 1, que no había indicio de cualquier infracción disciplinaria por parte del magistrado, con fundamento en la excepcionalidad de la situación. Sustentó el Juez Relator, en su voto, seguido por amplia mayoría, que las escuchas ilegales deberían ser entendidas como “medidas excepcionales” que harían que las reglas legales que prohíben la divulgación de conversaciones pudiesen ser “suplantadas por el interés general en la administración de la justicia y la aplicación de la ley penal”. Se trataría, pues, “sin duda de una situación inédita, que merece un tratamiento excepcional” (Tribunal Regional Federal da Quarta Região, 2016).

Como se puede observar, el tribunal, por su órgano máximo, invocó la doctrina de las “razones de Estado” para justificar la decisión de su magistrado, reconociendo la “excepcionalidad” como una justificación para la legitimidad del quiebre de la legalidad por el propio Poder Judicial. La decisión mereció duras críticas de la doctrina, incluyendo la del jurista argentino Engenio Raúl Zaffaroni, que se pronunció de manera contundente:

La excepcionalidad fue el argumento legitimante de toda inquisición a lo largo de la historia, desde la caza de brujas hasta nuestros días, pasando por todos los golpes de Estado y las consiguientes dictaduras. Nadie nunca ejerció un poder represivo arbitrario en el mundo sin invocar la “necesidad” y la “excepción”, pero también es cierto que también todos afirmaron hipócritamente que actuaban legitimados por la urgencia de salvar valores superiores ante la amenaza de males de extrema gravedad.

Así, Carl Schmitt destruyó la Constitución de Weimar jerarquizando sus normas y argumentando que el principio republicano permitía, en situaciones excepcionales, ignorar todas las demás normas. Si bien esto era un razonamiento perverso para legitimar el poder ilimitado del Führer, al menos lo hacía invocando el principio republicano (que, por cierto, poco y nada le interesaba).

Hasta allí hay motivo de crítica y rechazo, pero no de asombro, que es justamente lo que causa la sentencia que leímos, porque no se toma el trabajo de invocar ningún valor superior ni de inventar alguna emergencia grave, sino que directamente dice que se puede ignorar la Constitución cuando es necesario para aplicar la ley penal en casos que no se consideren “normales”.

El asombro lo experimentamos ante esta sideral sinceridad revan-chista, que cunde por toda nuestra región, pasando por sobre los más elementales límites del derecho, sin tomarse siquiera la molestia que en su tiempo se tomó Carl Schmitt (ZAFFARONI, 2017).

Sin embargo, más allá de la justificativa autoritaria presentada por el TRF-4, la decisión en cuestión es problemática también por tener como destinatario indirecto el propio magistrado que se pretendía investigar. Al contrario de construir su argumento, por ejemplo, en la ausencia de culpabilidad, o *mens rea*, o en la existencia de un conflicto de principios, el tribunal explícitamente afirma que la denominada operación conjunta de la Policía Federal, de la Fiscalía y del Poder Judicial está dispensada de cumplir las reglas ordinarias de la Constitución y de la ley que definen el contenido del “debido proceso legal”. La decisión parece estar redactada con el objetivo específico de ofrecer al juez de primer grado una especie de confort o *reassurance*, es decir, la confianza necesaria para proseguir con *modus operandi* excepcional, que flexibiliza garantías procesales como el sigilo del proceso, la regla de la libertad —adoptándose la prisión como *ultima ratio*— y la presunción de inocencia.

Para el lector atento, queda evidente que la decisión de la Corte Especial del TRF-4 da una especie de “recado” para el órgano colegiado responsable de juzgar las apelaciones contra las controvertidas decisiones del juez Sérgio Moro. Desde un punto de vista procesal, la justificación presentada es grave no solo por excepcionar la aplicación de la ley en virtud de la “excepcionalidad” del caso concreto, inaugurándose una lógica perversa en que “los fines justifican los medios”, sino también —y principalmente— porque ejerce influencia directa sobre el órgano jurisdiccional responsable del juzgamiento de apelaciones, incentivándolos a adoptar una mayor tolerancia a ilegalidades procesales cuando los actos judiciales en discusión sean las sentencias en la Operación Lava-Jato. Se trata de un *obiter dictum* transprocesal porque es una decisión con mirada cierta: la propia Operación Lava-Jato, con sus métodos y condenas.

## 5.2. Obiter dicta extraprocesales

La doctrina tradicional no considera lo que llamo *obiter dicta* extraprocesales como parte del género *obiter dictum*. Se trata de pronunciamientos fuera del proceso, aunque típicamente retienen un carácter semiautoritativo semejante al de los *obiter dicta* en sentido estricto. Importa, para la caracterización de un *obiter dictum* extraprocesal, la verificación de las características que mencionamos en la sección 3 de este trabajo.

Aunque no sean pronunciados en el curso de un proceso, esos *obiter dicta* tienen que ser un pronunciamiento *público* y *oficial*, cuya relevancia es medida no en función de su contenido, sino principalmente en función de su *origen*. El *obiter dictum* extraprocesal (que también puede ser llamado de *obiter dictum* en sentido amplio) es importante únicamente en cuanto él se refiera a

pronunciamientos hechos por un magistrado *actuando como tal*, pero fuera de un proceso. Además, solo se puede hablar de un *obiter dictum* en sentido amplio o extraprocesal cuando el pronunciamiento es relevante y versa sobre un caso concreto, una *cuestión jurídica* por ser decidida, capaz de producir efectos sistémicos relevantes o daños al orden jurídico. Así como los *obiter dicta* en sentido estricto, ellos constituyen una *interpretación del derecho* realizada por un magistrado o grupo de magistrados, a la cual se añade una relevancia especial por causa de la posición social que el magistrado ocupa.

Cuanto más importante sea la función jurisdiccional ejercida por el magistrado autor de un *obiter dictum* extraprocesal, más relevancia institucional tiene el pronunciamiento. En consecuencia, mayores serán también los riesgos en caso de que ese *obiter dictum* sea pronunciado de manera abusiva.

El abuso de *obiter dicta* extraprocesales es un fenómeno especialmente grave en Brasil, donde se percibe un elevado grado de influencia de la opinión pública sobre los fallos del Supremo Tribunal Federal (NOVELINO, 2016) y un elevado grado de exposición pública de los magistrados, que casi siempre se sienten cómodos para criticar públicamente las decisiones de sus colegas, hacer pronósticos sobre futuras decisiones de los tribunales a los cuales están vinculados, conceder entrevistas sobre procesos que están bajo su jurisdicción, frecuentar eventos académicos, conceder ponencias y manifestar su opinión sobre cuestiones políticas, etcétera.

En esas opiniones, el peligro de pronunciamientos infelices o irrazonables se multiplica en relación a los pronunciamientos hechos en *obiter dicta* intraprocesales, pues en estos últimos el magistrado realiza su discurso bajo la pesada carga derivada de la *obligación de fundamentar sus decisiones*, bajo pena de nulidad. Más libres para hablar sin el riesgo de que su decisión sea anulada por carencia de fundamento, los magistrados la mayoría de las veces hacen estos pronunciamientos con una menor noción de responsabilidad, lo que aumenta su potencial abusivo. Pasemos a una clasificación de estos pronunciamientos.

### 5.2.1. *Obiter dicta prejudgadores e inductivos*

Las clases de los *obiter dicta* prejudgadores e inductivos suelen aparecer de forma combinada, y por tanto deben ser tratadas conjuntamente. Los primeros tienen por característica la realización de un juicio previo, públicamente externado, sobre cuestión de hecho o de derecho que será, casi ciertamente, sometida a la apreciación del tribunal del magistrado que hace este pronunciamiento. Un *obiter dictum* prejudgador es un juicio, un acto de interpretación o aplicación del derecho fuera del contexto de proceso, sobre materia que está en discusión en la sociedad y sobre la cual el Poder Judicial se pronunciará. Es un juicio previo, anterior a la presentación de la defensa del reo o incluso, en algunos casos, a la propia formulación de la acusación por la fiscalía.

En su forma más extrema, el *obiter dictum* prejujgador es también inductivo, pues se manifiesta como una especie de consejo para los acusadores a ingresar en un juicio con un pedido de providencias, que será apreciado por el tribunal en un momento futuro.

Entre todas las formas de *obiter dicta* abusivos, la forma combinada de los *obiter dicta* prejujgadores e inductivos es la más grave, pues representa una vulneración evidente del principio del Estado de Derecho. Un ejemplo puede ilustrar el peligro que este tipo de pronunciamiento representa.

El día 6 de septiembre de 2017, después de la repercusión de la divulgación, por la Fiscalía General de la República, de grabaciones de conversaciones entre los empresarios Joesley Batista y Ricardo Saudi, ejecutivos del grupo J&F, el ministro Luiz Fux, del Supremo Tribunal Federal de Brasil, hizo un pronunciamiento en el inicio de una sesión plenaria del Supremo Tribunal Federal para manifestarse sobre el contenido de las grabaciones. Realizó, sentado en la silla de la sala de sesiones de la Corte, vestido en la toga que los magistrados utilizan para proferir sus fallos, delante de los demás magistrados de la esta, un encuadre jurídico de la conducta de los empresarios y sugirió expresamente al Procurador General de la República, que estaba presente en la sesión, que pidiese la prisión de los dos acusados. No había un pedido de prisión formulado; no había ninguna petición, ningún pedido de providencias. El pronunciamiento ha sido externado en los siguientes términos:

Verifico que ese episodio de ayer, que fue difundido de forma transparente por el Sr. Procurador General de la República, reveló que estos partícipes del delito, que figuran como colaboradores, engañaron el Ministerio Público, degradaron la imagen del país en el plano internacional, atentaron contra la dignidad de la justicia y revelaron la arrogancia de los criminales de guante blanco, de suerte que yo dejo al juicio del Ministerio Público la opción de hacer con estos participantes de esta cadena criminal, que confesaron diversos delitos de corrupción, que ellos pasen del exilio de Nueva York al exilio de la Prisión de la Papuda. Me gustaría sugerir eso aquí, en mi nombre personal y eventualmente de los que concuerdan con mi indignación<sup>(10)</sup>.

Como de costumbre, la sesión fue transmitida en vivo por la TV Justicia y repercutió en todos los noticiarios de aquella noche. El discurso fue difundido rápidamente y tuvo la inmediata atención de todos los órganos de la prensa, llevando al Ministerio Público a pedir la prisión de los acusados, la cual fue prontamente deferida por el Supremo Tribunal Federal.

Se pueden observar en este ejemplo los dos efectos abusivos del pronunciamiento judicial en cuestión: el prejujgamiento y el carácter inductivo, pues con independencia de que el Ministerio Público tuviera o no determinada su acción por ese pronunciamiento, él es en sí mismo una *razón para la*

---

(10) Discurso registrado en medio audiovisual disponible en *UOL Notícias*, 2017.

*acción* de la institución. El ministro del Supremo Tribunal Federal, investido de su autoridad, hizo no solo una interpretación abstracta de la ley, como suele ocurrir en algunos casos de *obiter dictum* abusivo, sino también un encuadre del hecho a la norma, es decir, una operación básica de subsunción, describiendo con detalle las ilicitudes que considera presentes y la consecuencia (prisión) a ser impuesta.

Desde un punto de vista práctico, él no solo es capaz de generar razones para que el Ministerio Público pudiera pedir la prisión de los acusados, sino también hace un juicio con base en las noticias de los periódicos que fueron publicadas en el día anterior, violando de manera grosera el principio de *due process of law*.

### 5.2.2. *Obiter dicta de competición interna*

Un *obiter dictum* puede ser utilizado, también, como una forma de ejercer presión de un magistrado sobre otro, con vistas a cuestionar la autoridad de su decisión y contribuir para su revisión. Fuera del proceso, un miembro de un órgano colegiado puede manifestarse en la prensa contra la decisión de un colega, con vistas a ridiculizarla y estimular su revisión por vías informales.

Para la existencia de un *obiter dictum* de competición interna deben estar presentes los siguientes elementos: de inicio, la existencia de una decisión de otro magistrado u órgano jurisdiccional sobre una cuestión controvertida y relevante, sobre la cual exista un amplio desacuerdo social; en segundo lugar, una crítica hecha por otro magistrado, normalmente un magistrado de la misma Corte, con poder de participar en la misma sesión de juzgamiento, en grado de recurso, sobre la decisión; en tercer lugar, que esa crítica se dirija al público externo a la Corte, y no para las esferas internas de deliberación; en cuarto lugar, que la crítica tenga por objetivo no solo apuntar problemas en la decisión, sino disminuir su autoridad, creando incentivos para que otras instituciones no obedezcan la decisión.

También en este caso, desgraciadamente, no faltan ejemplos de este tipo de pronunciamiento en el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Cuando el ministro Marco Aurélio de Mello, del Supremo Tribunal Federal, concedió una medida cautelar en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 402, enjuiciada por un partido político para suspender el ejercicio del cargo de presidente del Senado Federal por parte del senador Renan Calheiros (Supremo Tribunal Federal, 2016-b), muchos fueron los juristas que criticaron esta decisión. Yo mismo hice duras críticas a esta decisión en un comentario sobre los riesgos que ella representó para la propia autoridad del Supremo Tribunal Federal (BUSTAMANTE; FREITAS, 2017). Sin embargo, el ejemplo de *obiter dictum* abusivo no ha venido de ninguna crítica institucional, sino de una declaración para la prensa del ministro Gilmar Mendes, que clasificó al ministro Marco Aurélio como “loco” y “senil”, pidiendo públicamente que el Senado instaure un juicio político para

exonerarlo de la función de magistrado. En las palabras del ministro Gilmar Mendes, la decisión sería “indecente” (*O Globo*, 2016).

En un contexto de profundo conflicto entre el Senado y el Supremo Tribunal Federal, el ministro Gilmar Mendes inició una campaña en la prensa para impulsar a la Casa Legislativa a resistir la decisión judicial ya tomada, intensificando el riesgo de una crisis institucional más profunda y una ruptura del orden democrático. En el día siguiente de la decisión del ministro Marco Aurélio, después del pronunciamiento del ministro Gilmar Mendes, la Mesa del Senado Federal decidió no dar cumplimiento a la decisión, por “esperar la deliberación final de la sesión Plenaria del Supremo Tribunal Federal” (Senado Federal, 2016).

Como se puede observar, el pronunciamiento del ministro Gilmar Mendes generó razones para la decisión del Senado Federal de no cumplir la orden judicial y creó un ambiente de grave inseguridad jurídica, pues un ministro de la Corte Suprema pasó a defender públicamente el incumplimiento de la decisión de otro y abandonó su papel de magistrado para actuar como una especie de abogado.

En contextos de fragilidad institucional, discursos de este tipo generan fragmentación de la autoridad de la Corte y una disputa interna que solo causa daños para el Estado de Derecho, la reputación de la Corte y la deseable estabilidad política que la Corte debería asegurar.

### 5.3. *Obiter dicta abusivos en sentido impropio*

Un tercer tipo de *obiter dictum* abusivo está compuesto por los pronunciamientos judiciales, en un fallo, que no tienen contenido semiautoritativo. En un sentido técnicamente riguroso, puede cuestionarse si esa clase de pronunciamiento judicial debe o no ser clasificada como *obiter dictum*, pues uno de los elementos típicos de esta noción está ausente: la capacidad de influenciar decisiones jurídicas del Poder Judicial o de otras instituciones jurídicas y de generar razones para nuevos argumentos jurídicos. Contrariamente a los *obiter dicta* en sentido propio y a los *obiter dicta* extraprocesales, esos pronunciamientos no son semiautoritativos para los jueces posteriores y no generan razones para decisiones futuras. Sin embargo, pese al hecho de que no poseen esta característica típica de los *obiter dicta* en general, ellos poseen las demás características de este concepto, que son consideradas necesarias (y no meramente típicas): publicidad, oficialidad y relevancia institucional. Cuando clasificamos esos pronunciamientos como *obiter dicta*, estamos, por tanto, adoptando una postura no esencialista en la construcción de conceptos jurídicos.

Denominamos a tales pronunciamientos *obiter dicta* abusivos en sentido impropio porque su relevancia no está en el uso posterior que otras autoridades, judiciales o extrajudiciales, pueden hacer de él en actos o procesos futuros, sino en los propios actos ilocucionarios realizados por los magistrados.



Por ejemplo, jueces que hacen discursos en el juzgado que van más allá de la interpretación del derecho o de su aplicación adecuada a las circunstancias del caso. En el juzgamiento de una medida cautelar para suspender el mandato del senador Aécio Neves, por ejemplo, el ministro Luiz Fux interrumpió su voto para censurar personalmente al senador y levantar cuestionamientos sobre su idoneidad moral.

Más allá de la mera aplicación de la gravísima medida cautelar de suspensión del ejercicio del mandato parlamentario, que tiene implicaciones sobre la separación de poderes y la democracia, entre otros principios constitucionales, el ministro hizo cuestión de reprender al senador por no haberse licenciado voluntariamente del mandato y hacer un discurso moralista para agrandar a la opinión pública. En la parte final de su manifestación, el ministro sostiene que sería exigible del senador un “gesto de grandeza” de licenciarse de su mandato, y que como él no realizó este gesto el tribunal debería auxiliarlo (*Folha de São Paulo*, 2017). Eso es lo que se puede leer en el siguiente fragmento:

Todo esto se resume en un gesto de grandeza que el hombre público debería haber adoptado. Ya que él no tuvo este gesto de grandeza, nosotros vamos a auxiliarlo exactamente a que él se comporte tal como él debería comportarse: pedir una licencia no solo de la presidencia del PSDB (su partido político); pedir una licencia del Senado Federal para poder probar a la sociedad su ausencia de culpa en este episodio que acabó marcando de manera dramática, para nosotros que convivimos con él, su carrera política (*Youtube*, 2017).

Lo que hace abusivo este pronunciamiento es la extrapolación de los deberes de civilidad y respeto a las partes, que deben ser preservados y protegidos por el magistrado. Un senador de la República, por mala que haya sido su conducta, tiene el derecho de ser juzgado objetivamente, con base en juicios fundados en hechos y pruebas, siendo irrelevantes todas las consideraciones de aprecio o repudio, aprobación o desaprobación personal, que los magistrados puedan llegar a tener sobre su persona. En el caso concreto, aunque pueda haber razones para suspender el mandato del senador —como concluyó la mayoría del tribunal, pero no la mayoría del Senado, la cual deliberó, como lo faculta la Constitución, por suspender la medida cautelar de la Corte— no cabe al magistrado hacer cualquier juicio moral sobre si el senador debería o no haberse licenciado voluntariamente del cargo, pues este tiene el derecho de luchar por su mandato y la regla general debe ser la protección de esta prerrogativa.

El pronunciamiento en *obiter dictum* tuvo el carácter, por tanto, no de un argumento jurídico, sino de una *reprimenda personal* inadecuada e inadmisibles en una Corte constitucional, funcionando más como una penalidad accesoria impuesta al reo por el arbitrio del magistrado que como un argumento jurídico o una interpretación del derecho. Es una forma de *obiter dictum* abusiva no porque puede producir efectos sistémicos inadecuados

o influir sobre el comportamiento de otros agentes públicos o instituciones; por el contrario, es una conducta intrínsecamente nociva y su simple realización constituye un populismo judicial y representa un daño a la persona del ofendido por esa clase de pronunciamiento.

## 6. Conclusiones

El análisis de las modalidades de *obiter dictum* abusivos, dentro y fuera del proceso judicial, con o sin carácter semiautoritativo, nos remite a las exigencias que el principio del Estado de Derecho (entendido en su tradición anglosajona de *Rule of Law*) impone sobre la práctica jurídica. En uno de los más interesantes trabajos recientes sobre el tema, el profesor Jeremy Waldron plantea una cuestión que atrae nuestra atención y versa sobre la responsabilidad que las autoridades judiciales tienen cuando ellas deciden casos difíciles por primera vez, es decir, cuando ellas actúan en el margen de indeterminación del derecho y son llamadas a ejercer la función judicial de *fijar un precedente* para casos futuros. ¿Cómo debe portarse el juez en estas situaciones? ¿Cuál actitud o postura interpretativa se espera de él y cómo debe él desempeñar esa tarea de fijar de manera autoritativa una norma general para jueces futuros?

Según Waldron, la teoría del Derecho como Integridad, propuesta por Dworkin, tiene mucho que decir en respuesta a esta cuestión, pues el juez debe portarse como un intérprete del derecho, como alguien que busca una verdad jurídica digna de ser seguida, atrayendo para sí un esfuerzo intelectual de encontrar la directriz que emana de los principios fundamentales del derecho, que tornan adecuado y justificado el sistema jurídico como un todo. Como explica Waldron:

Quando él (el juez) determina que no hay ninguna regla establecida que incide directa y explícitamente sobre la situación que él examina, entonces la cuestión que él formula a sí mismo es esa: “¿Qué impacto, entonces, tiene el *derecho* sobre esa situación, incluso si él es un impacto indirecto o implícito?” Él debe permanecer en contacto con el derecho; él debe intentar relacionar los fundamentos de la presente determinación de alguna manera racional con los principios y políticas y reglas y estándares previamente establecidos. Él no debe abandonar el derecho y sustituirlo por el canto de la sirena de la moralidad a la primera señal de dificultad. Él debe preguntarse a sí mismo algo como la cuestión dworkiniana: “qué implicaciones tiene el mejor entendimiento del derecho para un caso como este, teniendo en vista que el derecho existente no determina la materia de modo directo o explícito?” (WALDRON, 2012, p. 15).

Esa directiva para los casos futuros ilustra una parte sustantiva de la responsabilidad que la idea de Estado de Derecho implica para los jueces que tienen como tarea establecer el contenido del derecho cuando él es tenido como incierto o dudoso. En la raíz de esta directiva está una actitud institucional de sumisión al derecho y un deber de buscar encontrar el



derecho a partir de su mejor lectura, considerada la práctica social en que él es generado. Lo que la actitud interpretativa de Dworkin exige, como recuerda Waldron, no es una sustitución del derecho por la moralidad en los espacios dejados por reglas incompletas; por el contrario, es una búsqueda de un sentido que deriva de la propia práctica social y tiene que ser encontrado por un esfuerzo intelectual de mantenerse fiel a esta práctica.

Esa actitud presupone un compromiso con el derecho, y no con las opiniones personales o la moralidad genérica. Ella presupone, también, un comprometimiento con los procesos y los *lugares* de la deliberación, un respeto al momento adecuado para decidir. Si la argumentación jurídica se legitima porque el Poder Judicial puede constituir un “*forum* de principios”, como propone Dworkin (1985, ps. 69-70), es necesario un respeto a este *forum* y a la ética específica que regula las actuaciones de los participantes de ese *forum*.

Todos los casos de *obiter dicta* abusivos tratados en este ensayo rompen con esta actitud. Ellos representan la actitud de un juez que se siente un protagonista en la construcción de la práctica a partir de sí mismo, es decir, a partir de sus juicios políticos o morales independientes, que muchas veces son considerados superiores a los que somos capaces de extraer de la práctica por vía de la interpretación. Además, ellos representan, de forma todavía más peligrosa, una no diferenciación entre derecho y política que subordina la idea de legalidad y del Estado de Derecho a un instrumentalismo vulgar que no reconoce en la ley límites genuinos a la actividad de las instituciones.

*Obiter dicta* abusivos son abusivos porque no les está permitido a los jueces ni salir del derecho en el momento en el que ellos se encuentran bajo la responsabilidad de construir sus decisiones, ni tomar la delantera de las deliberaciones políticas necesarias para la construcción del derecho. Existe una moralidad específica del proceso de argumentación jurídica, es decir, de la manera institucionalizada para deliberar sobre el derecho y construir las soluciones para nuestros desacuerdos interpretativos sobre su contenido. *Obiter dicta* abusivos no son solo palabras inoportunas o discursos fuera de contexto, pues ellos producen resultados y extrapolan el ámbito de legitimidad de la influencia del Poder Judicial sobre el contenido de nuestras obligaciones. Entender y contener este tipo de pronunciamiento es una tarea importante para la manutención del Estado de Derecho, del equilibrio entre los poderes y de la estabilidad institucional.

### Referencias bibliográficas

AUSTIN, John L., *How to do Things with Words*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1974.

BUSTAMANTE, Thomas, *Teoría del Precedente Judicial: La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales*. Traducción de Juan Carlos Panéz Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano. Lima: Legales, 2016.

- BUSTAMANTE, Thomas - FREITAS, Graça Maria Borges de, “Separação e equilíbrio de poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-88”, *Cadernos Adenauer*, vol. 18, n. 1 (2017), ps. 193-216.
- CROSS, Rupert - HARRIS, J. W., *Precedent in English Law*, 4ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1991.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, MA: Belknap, 2006.
- *Law’s Empire*, Cambridge, MA: Belknap, 1986.
- “The Forum of Principle”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985, ps. 33-71.
- El País*, “Quebra de sigilo de Sérgio Moro é questionada por juristas: entendida” (reportagem de T. Bendinelli e H. Mendonça), São Paulo, 18 mar. 2016. Disponível en [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/17/politica/1458183598\\_880206.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/17/politica/1458183598_880206.html).
- ENG, Svein, “The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features”, *Scandinavian Studies in Law*, v. 39, 2000, ps. 275-324.
- Folha de São Paulo*, “Ministro da Justiça sugere que Moro cometeu crime ao divulgar grampo” (reportagem de Leandro Colon), São Paulo, 17 mar. 2016. Poder. Disponível en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1751012-nao-existe-ninguem-com-o-monopolio-da-moralidade-diz-aragao.shtml>.
- “Ministro Tucano diz que Fux ‘zombou’ de Aécio ao votar por seu afastamento” (reportagem de Talita Fernandes). Poder. São Paulo, 27 set. 2017. Disponível en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1922143-ministro-tucano-diz-que-fux-zombou-de-aecio-ao-votar-por-seu-afastamento.shtml>. Acesso 20 nov. 2017.
- GALGANO, Francesco, “L’Interpretazione del precedente giudiziario”, en VISINTINI, Giovanna, *Metodologia nello Studio della Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Milano: Giuffrè, 1999, ps. 215-237.
- GOODHART, Arthur L., “Determining the *Ratio Decidendi* of a Case”, en *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1-26.
- HARDIMON, Michael, “Role Obligations”, *The Journal of Philosophy*, v. 91, n. 7, 1994, ps. 333-363.
- HART, H. L. A., “Commands and Authoritative Reasons”, en HART, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford University Press, 1982, ps. 243-268.
- JESKE, Diane, “Special Obligations”, en ZALTA, Edward N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition). Disponível en: <https://>

[plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/special-obligations](http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/special-obligations). Acceso 20 nov. 2017.

NOVELINO, Marcelo, "O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública", *Revista do Ministério Público*, vol. 146, abril-junho 2016, ps. 77-107.

O *Globo*, "Gilmar sugere inimizabilidade ou impeachment para Marco Aurélio". Blog de Jorge Bastos Moreno, Rio de Janeiro, 6 dez. 2016. Disponible en <http://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-moreno/post/gilmar-sugere-inimizabilidade-ou-impeachment-para-marco-aurelio.html>. Acceso 20 nov. 2017.

RAZ, Joseph, "Law and Value in Adjudication", en RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2009a, ps. 180-209.

— "Legitimate Authority", en RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2009b, ps. 4-27.

SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

— "Precedent", *Stanford Law Review*, v. 39, n 3, 1987, ps. 571-605.

— "The Limited Domain of the Law", *Virginia Law Review*, v. 90, n. 7, 2004, ps. 1909-1956.

SEARLE, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SENADO FEDERAL, Decisão da Mesa do Senado Federal. Brasília, 06 dez. 2016. Disponible en <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>. Acceso 20 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016-a. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.448/DF, decisão monocrática, Min. Roberto Barroso, j. 10.10.2016. Disponible en <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34448.pdf>. Acceso 10 nov. 2017.

— 2016-b. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402/DF, Decisão Monocrática. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.12.2016. Decisión disponible en <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/12/art20161205-12.pdf>. Acceso 20 nov. 2017.

— Mandado de Segurança 24.677/DF, decisão monocrática. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.11.2003, DJ de 20.11.2003, p. 41.

— Mandado de Segurança 32.033/DF, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013, DJe 14.02.2014, vol. 227-01, p. 330.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO, P.A Corte Especial n. 0003021-32.2014.4.8000/RS, Rel. Des. Rômulo Pizzolatti, j. 23/09/2016. Íntegra do Voto do Relator e do Voto Vencido, do Des. Rogério Favreto pode ser baixada a partir do site Conjur. Disponible en <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>. Acceso 24 nov. 2017.

*UOL Notícias*, “Fux defende no STF prisão de Joesley e Saud: ‘que passem ao exílio da Papuda’” (reportagem de Leandro Prazeres e Felipe Amorim). São Paulo, 6 set. 2017. Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/09/06/apos-divulgacao-de-audio-fux-defende-prisao-de-joesley-e-ricardo-saud.htm>. Acceso 20 nov. 2017.

VERMEULE, Adrian, *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy, “Stare Decisis and the Rule of Law”, *Michigan Law Review*, v. 111, n. 1, 2012, ps. 1-32.

WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 1994.

*Youtube*, Fragmento do trecho do voto do Min. Luiz Fux, em seção de julgamento do STF. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=DMpEsWOLNtA>. Acceso 20 nov. 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl, “El escándalo jurídico”, en *Página 12*, 30/10/2016. Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-313021-2016-10-30.html>. Acceso 20 nov. 2017.

# EL PRECEDENTE JUDICIAL EN CHILE

**Lamberto Cisternas Rocha**

*Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile*

Agradezco muy cordialmente esta invitación que la Universidad Austral me ha hecho, en mi calidad de ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile, para participar en la exposición de temas tan relevantes como los que centran esta jornada, que se refieren a la relación que tiene el precedente judicial con la independencia, la previsibilidad y el activismo judicial.

## 1. Introducción

No obstante que lo propio de mi intervención es “El Precedente Judicial en Chile”, materia a la que me referiré directamente en algunos momentos más, permítanme hacer breve memoria de la conceptualización que Jerzy Wróblewski hace respecto del término “precedente”<sup>(11)</sup>, señalando al respecto cinco significados diferentes:

- El primero, es el *sentido clásico* “[y] supone entender al precedente como un mecanismo de creación jurídica y, más concretamente, en el desempeño del papel de la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho”<sup>(12)</sup>.

- Luego, el *sentido funcional* que “supone entender al precedente desde su función ejemplificadora de conductas judiciales que, en casos futuros, pudieran ajustarse a la misma estructura argumentativa y fáctica descrita por el propio precedente (...)”<sup>(13)</sup>.

- En seguida, en un *sentido de validez*, se enfoca “la figura del precedente judicial únicamente desde la perspectiva de su cumplimiento, es decir, supone entender al precedente como un mecanismo jurídico dotado con

---

(11) Véase WROBLEWZKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, 1985, traducción: Arantxa Azurza, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston London, Kluwer, 1992.

(12) GARCÍA-BERRIO, Teresa, “La controversia sobre el precedente judicial: Un clásico del derecho en constante renovación”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, N° 4, 2006, p. 136. [En línea] <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0606220127A/13610>.

(13) *Ibidem*.

suficiente valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como si de una auténtica norma jurídica se tratase (...)”<sup>(14)</sup>.

- En cuarto lugar, se plantea el concepto en un *sentido de autoridad*, “como mecanismo de influencia en la orientación de la labor judicial —es decir, como un mecanismo para motivar futuras decisiones— constituye el sentido más próximo a los orígenes históricos del concepto de autoridad de la cosa juzgada en el Derecho anglosajón (...)”<sup>(15)</sup>.

- Por último, se entiende el término en un *sentido informativo*. Así, se considera “al precedente desde su función orientadora o informadora de futuros fallos a la vista de todos los anteriores”<sup>(16)</sup>.

Los sentidos clásico, funcional e informativo asumen una función primordial del precedente, reconocen el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho. En este sentido, el precedente ejemplifica, orienta e informa las futuras conductas judiciales, conduciendo o predeterminando las elecciones futuras de los jueces como un mecanismo complementario de la sola remisión a la ley<sup>(17)</sup>; mientras los sentidos de validez y de autoridad ponen de manifiesto una función social del precedente, como reivindicador de la vigencia de la jurisprudencia y de la legitimidad de la función creadora de los jueces. Es decir, expresan a través de los jueces una necesidad social de certeza jurídica de todos los Estados democráticos, en los que las acciones del aparato judicial concuerdan con una serie de exigencias de justicia formal<sup>(18)</sup>.

El tránsito entre uno y otro grupo podríamos decir que, en la práctica, define las grandes diferencias entre los sistemas y subsistemas del *civil law* y el *common law*.

## 2. El precedente judicial en Chile

Tomo, ahora, derechamente el tema de mi convocatoria, afirmando como primera cuestión de carácter general que el sistema jurídico chileno no admite el precedente en el sentido anglosajón, en la medida que el art. 3º del Código Civil establece expresamente que “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio (...) [y que] Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Ello significa, en términos prácticos, que en estas materias nuestro país se basa en la jurisprudencia y no en el precedente.

---

(14) *Ibidem*.

(15) *Ibidem*.

(16) *Ibidem*.

(17) *Ibidem*.

(18) *Ídem*, p. 138.

A este respecto, y citando a Taruffo, puede decirse que es posible fijar “Una diferencia cualitativa entre precedente y jurisprudencia. El precedente provee una regla —susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho— que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso”<sup>(19)</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia —como herramienta hermenéutica— prescinde de los hechos en la mayoría de los casos. Los elementos constitutivos de la jurisprudencia son, entonces, los lineamientos elaborados por la Corte respectiva, que se concretan a través de frases con contenido jurídico-normativo. Eso sí, el contenido de estas reglas es más específico que la norma interpretada, pero, al fin y al cabo, son siempre reglas, en el sentido de enunciados con contenido preceptivo<sup>(20)</sup>.

El mismo Taruffo hace notar que la extensión numérica de la jurisprudencia, en contraposición al precedente, “favorece una ulterior degeneración, por cuanto se produce una frecuente verificación de incoherencias, evidentes contradicciones y repentinos cambios de dirección en el ámbito de la misma jurisprudencia de la Corte de Casación”<sup>(21)</sup>.

Pero dejando de lado las dificultades, lo cierto es, como sabemos, que en el derecho continental existen fallos relevantes que se asumen como precedentes, por su autoridad y carácter persuasivo. Esta eficacia, sin embargo, solo se da cuando la jurisprudencia no es contradictoria, o cuando de ella se pueden extraer “líneas doctrinales” más o menos uniformes<sup>(22)</sup>.

Así sucede en la práctica litigiosa en Chile, donde en “aquellos supuestos no previstos o en aquellos casos de claro desfase entre el Derecho codificado y la actualidad social, los mecanismos auto-referenciales con los que tendrá que operar el Derecho, (...) [son] construidos directamente”<sup>(23)</sup> por los juristas. Estos, a través de sus presentaciones, se encargan de activar los mecanismos jurisprudenciales ya existentes, dando lugar a una especie de precedente ante la Corte, el que a la larga funciona como recordatorio de la estabilidad que debe rodear a las decisiones jurisprudenciales.

La práctica diaria observada en las Cortes —tanto de Apelaciones como, y especialmente, en la Suprema— es que los abogados se esmeran en citar, acompañar y destacar las sentencias precedentes dictadas en causas iguales

---

(19) TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente, Anuario Jurídico*, 2007, p. 85. [En línea] <http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434/1831>.

(20) Ídem, p. 90.

(21) Ídem, ps. 92-93.

(22) GARCÍA-BERRIO, Teresa, “La controversia...”, cit., p. 6.

(23) Ídem, p. 90.



y similares, según su entender, para aprovecharlas en cuanto benefician o abonan su planteamiento o teoría del caso.

Adicionalmente, y esto debe destacarse, los tribunales tratan con mucho empeño de afiliarse a fallos anteriores de la Corte Suprema, en especial cuando ellos son reiterados para casos iguales o similares sobre la misma materia, situación esta última que configura la existencia de una determinada jurisprudencia, que viene a constituir una fuente del derecho y es estudiada como tal.

Así, si bien la jurisprudencia no constituye una fuente formal del derecho chileno, su trascendencia es enorme en términos de su utilización —sobre todo de los fallos de la Corte Suprema—, que van formando un criterio interpretativo de la ley, que se impone en la práctica jurídica diaria<sup>(24)</sup>.

### 3. El precedente horizontal en Chile

Lo dicho permite afirmar que el precedente no existe en Chile como una forma de raigambre anglosajona obligatoria, en el sentido de precedente vertical; aquel que, fundado en la autoridad e influencia de un órgano superiormente jerárquico, obliga al juez sucesivo a fallar un caso idéntico o similar en el mismo sentido<sup>(25)</sup>.

Sin embargo, si miramos el llamado “precedente horizontal”, esto es “la fuerza persuasiva que un precedente puede tener para los órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel de aquel que ha pronunciado la primera decisión”<sup>(26)</sup>, y en especial del “llamado autoprecedente, es decir, en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo”<sup>(27)</sup>, la conclusión resulta ser un poco distinta.

Y esto es, me parece, muy interesante: existe una serie de instituciones procesales, consagradas en la legislación, que se orientan a mantener una uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en diversos ámbitos, lo que nos acerca al precedente horizontal.

1º) En 1995, la ley 19.374 modificó el Código de Procedimiento Civil y permitió que, en el contexto de un recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes pueda solicitar al Pleno del máximo tribunal que conozca y resuelva este recurso, siempre y cuando la solicitud se funde “en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”<sup>(28)</sup>.

---

(24) JIMÉNEZ, Tomás *et al.*, *Derecho Procesal Orgánico*, t. I, Parte General, “Las Formas de Solución del Conflicto, el Derecho Procesal, La Jurisdicción y la Competencia”. Apuntes de clases del profesor Cristián Maturana Miquel, 2004, p. 26.

(25) TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *cit.*, p. 93.

(26) *Ídem*, p. 94.

(27) *Ibidem*.

(28) Código de Procedimiento Civil, art. 780.



Esta medida —que data, como se ha dicho, de 1995— no ha tenido mayor aplicación ni éxito, porque siguiendo la misma lógica del art. 3º del Código Civil, que restringe el valor de la sentencia al caso concreto del juicio respectivo, no hizo vinculante la decisión del Pleno, lo que habría asimilado la situación a un precedente vertical.

Esa falta de vinculación, sumada a la mayor tramitación que significa pasar un asunto de una sala al Pleno de la Corte y a la imprevisibilidad en el pronunciamiento del Pleno —con la concurrencia de ministros de otras salas, con otra especialidad— han provocado un uso muy limitado de este procedimiento, que ha sido solicitado solo en 10 casos desde su creación.

Por ello, entonces, en la práctica esta reforma constituyó solo un intento —en definitiva programático— de otorgarle a la Corte Suprema el carácter de tribunal encargado de unificar la jurisprudencia.

2º) El Código Procesal Penal dictado en el año 2000, en su art. 376, y a propósito de la competencia para conocer del recurso de nulidad penal, ya que ese estatuto no contempla la casación, dispuso que en los casos en que la causal de nulidad fuese la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, se altera la competencia de las Cortes de Apelaciones, entregándosela a la Corte Suprema, cuando “respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores”<sup>(29)</sup>.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en que la Corte Suprema, fallando el recurso indicado, ha revocado condenas, requiriendo la acreditación —por parte de los persecutores— de la pureza de la droga traficada, para efectos de dar por cumplido el requisito de lesividad a la salud pública exigido por ese tipo penal, en términos de su capacidad de provocarle graves efectos tóxicos o daños<sup>(30)</sup>.

Lamentablemente, como de seguro ya todos sospechan, esta norma tampoco produce el efecto propio del precedente, ni el de otorgar a la Corte Suprema el carácter de unificadora de la jurisprudencia, porque lo decidido por la Corte no es vinculante —no obstante que las decisiones con respecto a la materia del ejemplo suman ya centenares—, lo que permite que los tribunales de base puedan seguir fallando en sentido contrario, mientras los fiscales del Ministerio Público continúan acusando por delito de tráfico de pequeñas

---

(29) Código Procesal Penal, art. 376.

(30) Cfr.: Corte Suprema, rol 31.667/2017, 26 julio 2017. Corte Suprema, rol 30.394/2017, 25 julio 2017. Corte Suprema, rol 35.557/2015, 18 enero 2016. Corte Suprema, rol 19.722/2015, 9 diciembre 2015. Corte Suprema, rol 3707/2015, 28 abril 2015. Corte Suprema, 3421/2015, 14 abril 2015. Corte Suprema, rol 25.488/2014, 20 noviembre 2014. Corte Suprema, rol 21.599/2014, 1º septiembre 2014. Corte Suprema, rol 4215/2012, 25 julio 2012.

cantidades de drogas, sin cumplir con acreditar, mediante el examen de pureza, el requisito de lesividad a la salud pública.

De esta forma, la inseguridad jurídica se mantiene —pues, por integraciones variadas de la sala Penal, puede variar ocasionalmente la decisión e incluso darse una en sentido contrario—, así como el dispendio de recursos en la actividad de persecución del delito y en el ejercicio de la jurisdicción.

3º) Por último, la reforma al sistema laboral del año 2002 innovó de manera sustantiva en este ámbito, al incorporar el denominado “recurso de unificación de jurisprudencia”, que procede en el contexto de un recurso de nulidad, “cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”<sup>(31)</sup>, dando lugar a una serie de estudios jurisprudenciales sobre las tendencias asentadas por la Corte Suprema por esta vía.

Entre estas últimas, el máximo tribunal ha avanzado en la unificación jurisprudencial, pronunciándose sobre temas como:

- La aplicabilidad de la regla de proporcionalidad al pago de sueldo de jornadas mayores a 30 horas y menores a 45, en términos de su calificación como jornadas ordinarias y no parciales<sup>(32)</sup>;

- La procedencia de la exclusión de las gratificaciones de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contratos de trabajo, cuando por escritura pública se ha pactado que no constituyen remuneración<sup>(33)</sup>;

- La definición que la caducidad del contrato entre la empresa principal y la contratista no implica el término del vínculo laboral por obra o faena<sup>(34)</sup>, y

---

(31) Código del Trabajo, art. 483.

(32) Cfr.: Corte Suprema, rol 1958/2015, 10 noviembre 2015. Corte Suprema, rol 1957/2015, 10 noviembre 2015. Corte Suprema, rol 11582/2014, 26 marzo 2015. Corte Suprema, rol 1808/2014, 14 agosto 2014. Corte Suprema, rol 31.080/2014, 4 agosto 2015. Corte Suprema, rol 7784/2014, 12 marzo 2015. Corte Suprema, rol 10.802/2014, 29 enero 2015. Corte Suprema, rol 10.466/2014, 27 enero 2015. Corte Suprema, rol 10.465/2014, 27 enero 2015. Corte Suprema, rol 3825/2014, 11 noviembre 2014. Corte Suprema, rol 3549/2014, 2 octubre 2014. Corte Suprema, rol 4005/2014, 30 septiembre 2014. Corte Suprema, rol 4003/2014, 30 septiembre 2014. Corte Suprema, rol 3182/2014, 28 agosto 2014. Corte Suprema, rol 545/2014, 7 agosto 2014. Corte Suprema, rol 10.909/2013, 21 abril 2014. Corte Suprema, rol 10.889/2013, 8 abril 2014. Corte Suprema, rol 10.892/2013, 19 marzo 2014. Corte Suprema, rol 3797/2013, 10 octubre 2013. Corte Suprema, rol 702/2013, 16 mayo 2013. Corte Suprema, rol 5305/2012, 9 enero 2013.

(33) Cfr.: Corte Suprema, rol 24.091/2014, 4 agosto 2015.

(34) Cfr.: Corte Suprema, rol 5513/2015, 18 noviembre 2015. Corte Suprema, rol 19.374/2014, 23 abril 2015. Corte Suprema, rol 4061/2014, 18 noviembre 2014. Corte Suprema, rol 6024/2012, 17 enero 2013. Corte Suprema, rol 5513/2015, 18 noviembre 2015.

- La justificación de la inasistencia de un trabajador por tratarse el acto de autoridad privativo de su libertad, de un caso fortuito o de fuerza mayor<sup>(35)</sup>.

#### 4. El precedente en el ámbito constitucional

Parece pertinente, en el contexto de estas reflexiones sobre la aplicación práctica de figuras similares al precedente judicial, hacer referencia a lo que ocurre con el Tribunal Constitucional cuando este ejerce control constitucional *ex post* o represivo.

Tal control opera mediante la inaplicabilidad, que es un recurso, y la inconstitucionalidad, que puede ser un recurso o una declaración.

Para los efectos que aquí interesan, baste señalar que puede reclamarse por la aplicación de una norma legal que se estima inconstitucional a un caso o gestión pendiente ante los tribunales, lo que se hace mediante el recurso de inaplicabilidad.

Si este se falla de manera favorable y lo mismo sucede posteriormente, para la misma norma y en casos similares, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional dicha norma, la que queda sin efecto desde que se publica la resolución en el Diario Oficial<sup>(36)</sup>.

Por cierto, esto se parece al precedente, pero no es lo mismo. Su efecto es más drástico y sella el debate de manera dramática en favor de la seguridad jurídica.

#### 5. Consideraciones finales

Aparte de exponer cuál es la situación formal y práctica del precedente en el ejercicio judicial chileno, me parece pertinente referirme y dar respuesta a la pregunta que ahora ha quedado instalada y que ya Taruffo se formulaba, que dice relación con si este tipo de precedente es o debe ser vinculante para los tribunales<sup>(37)</sup>, señalando desde luego que mi respuesta es afirmativa.

Decía Taruffo: “Una respuesta positiva a esta pregunta parece justifica-da, esencialmente sobre la base de la necesidad de que casos iguales sean tratados del mismo modo por parte del mismo juez. Una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión tendría escasa influencia y violaría cualquier principio de igualdad de los ciudadanos de cara a la ley. Se justificaría entonces, y con sólidas razones, un grado elevado de fuerza del

---

(35) Cfr.: Corte Suprema, rol 23.799/2014, 1º septiembre 2015. Corte Suprema, 22.136/2014, 23 abril 2015 (voto disidente).

(36) Art. 93 de la Constitución Política de la República.

(37) TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, cit., p. 94.

autoprecedente, o inclusive un vínculo formal de la corte, la cual tendría que seguir con sus propios precedentes”<sup>(38)</sup>.

Sin embargo, hay que decirlo, también se presentan una serie de buenas razones para admitir cierto grado de flexibilidad en la instalación de un vínculo de este tipo, en la medida que el tribunal se enfrente a la necesidad de cambiar de orientación de la jurisprudencia, producto de su obsolescencia, el cambio de condiciones históricas, sociales o económicas, e incluso las particularidades de un caso determinado, que justifiquen su adaptación particular.

Lo anterior no es sino una ponderación entre la expresión de la función judicial propia de los tribunales, y la necesidad que ya he expresado, de incorporar mecanismos de uniformidad y coherencia en nuestra propia jurisprudencia.

En suma, si bien es evidente que la jurisprudencia —salvo norma legal en contrario—, no es ni puede ser formalmente vinculante, so pena de atribuirse funciones expresamente pertenecientes al Legislativo<sup>(39)</sup>, lo cierto es que por ahora el “precedente que configura la Corte Suprema tendrá una vinculación en la medida que goce de *autoritas*, pero no obliga a los demás tribunales como si fuese una norma jurídica más”<sup>(40)</sup>.

En mi opinión, que ya anuncié como afirmativa, debe acogerse formalmente el precedente, al menos el horizontal —denominado también *primæ facie*—, para adecuar el ejercicio jurisdiccional a la velocidad de los tiempos que vivimos, así como para reafirmar la seguridad de los justiciables.

Una regulación adecuada en el sentido indicado, que procure evitar, en la medida posible, los inconvenientes que se adjudican a la práctica del precedente, no lesiona la justicia material, no afecta la independencia judicial, y no empobrece ni petrifica el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, me parece que contribuye importantemente a la seguridad jurídica, a mejorar la justicia formal y la igualdad ante la ley, a corregir el discurso judicial, a dar racionalidad al comportamiento judicial, y a la economía en el ejercicio de la jurisdicción, aparte de ajustarse a la tendencia comparada en la materia<sup>(41)</sup>.

---

(38) *Ibidem*.

(39) BORDALÍ, Andrés, “La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3, 2007, p. 527. [En línea] <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v34n3/art08.pdf>.

(40) TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *cit.*, p. 97.

(41) DÍAZ, Luis I., “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, año 22, N° 2, 2015, ps. 139 a 171.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar la situación que actualmente se produce y que, si bien no constituye un precedente, tiene gran influencia, que es la utilización de sentencias por vía ejemplar.

Este fenómeno “reviste gran interés y parece destinado a asumir una relevancia siempre mayor. Se trata de la tendencia presente en numerosas jurisdicciones supranacionales y nacionales, sobre todo a nivel de las cortes supremas y constitucionales, de tener en cuenta decisiones tomadas por cortes que no pertenecen al mismo ordenamiento. Esta tendencia es en realidad parte de un fenómeno más amplio que se manifiesta cuando los jueces hacen referencia al derecho extranjero”<sup>(42)</sup>.

En Chile, esta situación se ha producido en los últimos años en temas como transparencia y acceso a la información<sup>(43)</sup>, el amparo de actividades económicas<sup>(44)</sup> y las violaciones a los derechos humanos en época de dictadura<sup>(45)</sup>, entre otros.

Estas sentencias, si bien no se vinculan de manera coercitiva con los tribunales superiores, representan “un instrumento potente de circulación transnacional y de tendencial homogenización de reglas de juicio que se colocan, sobre todo, al nivel de los principios generales y de las garantías fundamentales”<sup>(46)</sup>.

Esos pronunciamientos poseen increíble fuerza persuasiva, pues comparten principios de orden general y de carácter universal. De esta manera, más que como precedente, estos se han utilizado hasta la fecha como criterios de orientación e inspiración<sup>(47)</sup>.

Habrá que analizar, en el futuro, si dicha tendencia continúa en la misma línea y con similar influencia.

Concluyo acá mi exposición. Muchas gracias.

---

(42) TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, cit., p. 97.

(43) Corte Suprema, rol 46.478/2016.

(44) Corte Suprema, rol 11.625-2017, voto disidente Sr. Muñoz.

(45) Corte Suprema, rol 28.581-2016.

(46) TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, cit., p. 97.

(47) *Ibidem*.



# JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE EN COLOMBIA DEBATES DE UNA TRANSICIÓN INCONCLUSA

**Danilo Rojas Betancourth**

*Magistrado del Consejo de Estado colombiano  
Profesor asistente de la Universidad Nacional de Colombia*

## **Introducción**

Al igual que muchos países latinoamericanos, Colombia ha padecido la irrupción de un fenómeno jurídico en términos conceptuales y prácticos —uno más— proveniente de un sistema jurídico extraño a nuestra tradición jurídica: el precedente judicial. Se trata quizá del principal suceso de esa tendencia a diluir las fronteras existentes entre los sistemas del civil y *common law*.

Una hipótesis plausible es que tal fenómeno se encuentra en plena fase de transición y que, en el caso colombiano, transcurre en los últimos 25 años. Durante estos cinco lustros se han producido distintas etapas, que van desde el (re)conocimiento hasta la incorporación y asimilación, pasando por resistencias y confusiones conceptuales y normativas. El resultado actual quizá se pueda caracterizar con base en tres aspectos: aceptación, aplicación e intento de (re)conceptualización. En efecto, en Colombia actualmente la noción y la aplicación del precedente judicial es moneda corriente. De un lado, expertos discuten sobre lo que es el precedente y su similitud o diferencia con figuras semejantes como la jurisprudencia, la doctrina probable o la doctrina constitucional; y de otro, jueces fallan asuntos con base en casos semejantes previamente resueltos.

Mientras tanto, la resistencia a su aplicación proviene de la tradición jurídica misma. Como casi todo el vecindario latinoamericano, Colombia es tributaria de esa suerte de colonización jurídica proveniente del derecho europeo, especialmente el español y el francés, cuya base la constituyen normas jurídicas expedidas por órganos autorizados con arreglo a una división de poderes. La cultura generada por esta tradición, durante cerca de cinco siglos —de 1500 a 2000—, no es, ni será fácil de alterar, ni menos de erradicar. Lo que se avizora es la evolución de un nuevo mestizaje.

En Colombia tal resistencia encuentra su expresión en normas y prácticas particularmente observables en los últimos 125 años de vida republicana, en donde las expresiones dominantes han sido las de *jurisprudencia* y *doctrina probable*. Ni siquiera la Constitución de 1991 vigente o leyes posteriores, se atrevieron a sugerir cambio alguno. Fue la recién creada —precisamente en 1991— Corte Constitucional la primera institución que empezó a introducir una nueva terminología con la que intentaba mostrar el nuevo papel que desempeñaba —*doctrina constitucional*—, y a través de la cual ha procurado fortalecer su autoridad —*cosa juzgada constitucional* y *precedente judicial*—.

Esta irrupción generó reacciones diferentes y ha venido produciendo cambios significativos tanto en la forma de entender el derecho en nuestro país, como en las diferentes prácticas sociales que deben lidiar con lo jurídico. Entre la euforia propia de la novedad y la sospecha característica de la tradición, el aparato conceptual de ambos extremos aún sigue padeciendo las redefiniciones. Pareciera que ahora lo que se entendía por jurisprudencia ya no lo es y lo que genuinamente se entiende por precedente no se aviene bien con nuestras prácticas de corte legalista.

Así mismo, el poco cuestionado sistema de fuentes de derecho que nos rige, de pronto se vio abocado a incorporar —no sin resistencia— una nueva fuente proveniente de órganos judiciales, lo que entre otras cosas ha generado problemas de aplicación que las fuentes tradicionales ya tenían resueltos a través de reglas sobre tiempo y espacio. En efecto la aplicación retroactiva o prospectiva de los cambios jurisprudenciales, por ejemplo, es hoy por hoy uno de los principales debates generados por la fuerza normativa atribuida al precedente judicial; con ello la inevitable reviviscencia del carácter declarativo o constitutivo del producido judicial y, por esa vía, la vuelta al viejo debate iusnaturalista e iuspositivista sobre la función hermenéutico-descubridora o creadora-aplicadora del sistema jurídico por parte de los jueces.

La noción del precedente judicial, como puede verse, permite dar cuenta del estado actual de varias discusiones relevantes: la conceptual, la normativa y la teórica. Resulta importante avanzar entonces en (i) la delimitación —si es que existe— de cada uno de los conceptos concernidos —*jurisprudencia* y *precedente*; pero para el caso colombiano también *doctrina probable* y *doctrina constitucional*—; (ii) la indicación del papel que normativamente en Colombia cumple la jurisprudencia y el precedente en el sistema de fuentes y su aplicación retroactiva o prospectiva, y (iii), la opción teórica que explica todo el fenómeno.

En este escrito se abordarán los dos primeros temas<sup>(48)</sup>, que serán desarrollados en tres partes: En la primera de ellas se mostrará la persistencia de

---

(48) Se excluirá el debate teórico, que requiere un esfuerzo analítico mayor. Valga solo indicar aquí que el papel desempeñado por el juez en este tipo de aná-



la noción de jurisprudencia en la tradición jurídica colombiana; en la segunda la irrupción del precedente y los dos principales debates generados con ocasión de ello: el conceptual, que desemboca en una propuesta de (re)conceptualización, y el normativo, relativo a la cuestión del sistema de fuentes, y a los efectos que particularmente tienen los cambios jurisprudenciales o de precedentes en los casos concretos y sobre el conjunto del sistema jurídico. A manera de cierre habrá una tercera parte en la que se mostrarán los mecanismos jurídicos existentes en Colombia para preservar la obligatoriedad de la jurisprudencia-precedente.

### 1. El ingreso de las nociones de jurisprudencia y doctrina al derecho colombiano

El ordenamiento jurídico colombiano, como otros en el mundo, se ha caracterizado por verse sujeto a una marcada influencia de varias corrientes teóricas y familias jurídicas extranjeras. Esta tendencia puede ser identificada desde el momento en el que se empezó a configurar el derecho civil en nuestro contexto jurídico. Como se sabe, esta disciplina conjuga elementos heredados (y tomados) del derecho romano, del francés y del viejo derecho español<sup>(49)</sup>. A pesar de la influencia tardía del *common law*<sup>(50)</sup>, la esencia del derecho colombiano corre por cuenta de la tradición romano-germánica, cuyo funcionamiento responde a ciertas características estándar, tales como una estructura codificada que se basa en la preponderancia del derecho legislado<sup>(51)</sup>, y derroteros esenciales como el principio de legalidad y la sujeción del aparato judicial al imperio de la ley.

Tal identificación del ordenamiento jurídico colombiano con el derecho codificado tiene su explicación a partir de la colonización española y todas las transformaciones que sobrevinieron en materia de fuentes del derecho. Por un lado, el derecho español, más específicamente la legislación castellana fue la primera estructura jurídica en regir en nuestro territorio. Posteriormente, nuevas codificaciones aparecieron y consolidaron un particular

---

lisis, llama a una revisita al realismo jurídico, que tocado por otras realidades sociales e institucionales, puede adquirir mayor fuerza explicativa del acontecer judicial a través de lo que he llamado en otro lugar el posrealismo incluyente. Ver "Razonamiento judicial en Colombia y nuevo constitucionalismo", en *Revista El Otro Derecho*, nro. 48, diciembre 2013, Debates constitucionales en nuestra América. Enfoques y tendencias, Bogotá, ILSA, ps. 169 a 194; y "¿En qué va la extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia?", en *Instituciones de Derecho Administrativo, Responsabilidad, contratos y procesal*, Hugo Andrés Arenas Mendoza (ed. académico), Universidad del Rosario, Ibáñez, Bogotá, 2016, t. II, ps. 507-556.

(49) VALENCIA ZEA, Arturo - ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil. Parte general y personas*, Temis, Bogotá, 2008, t. I, ps. 31-33.

(50) MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, p. 35.

(51) SÉROUSSI, Roland, *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 8

sistema de leyes y ordenanzas que trataron de organizar la compleja estructura social de la época<sup>(52)</sup>.

En ese proceso de configuración de la estructura jurídica en Colombia, aparecen órganos nacionales para la expedición las leyes (teniendo en cuenta que inicialmente todo el derecho provenía de España), se expiden las primeras constituciones y se empieza a perfilar un sistema de fuentes más definido. Todo este camino de organización nacional, en general, fue constante en atender a los mismos principios derivados del derecho codificado, especialmente la sujeción de los jueces al imperio de la ley.

La influencia europea continental trajo consigo la incorporación de nociones como la *doctrina legal* similar al concepto de origen francés de *jurisprudencia constante*<sup>(53)</sup>. Se trata de una herramienta pensada para suplir los vacíos dejados por el legislador en la norma positiva a través de la práctica judicial. La doctrina legal o jurisprudencia constante, entonces, es propia de los sistemas jurídicos legalistas en donde en principio las decisiones judiciales suelen ser consideradas como fuente auxiliar del derecho, cuyo grado de autoridad se encuentra atada a la producción emanada por los jueces de cierre respecto de aquellos de menor jerarquía.

La *jurisprudence* constante comporta que la interpretación reiterada y recurrente que hace la Corte de Casación sobre un mismo punto de derecho constituye una autoridad persuasiva, basada en el principio que conduce a seguir aquellas interpretaciones normativas que se han mantenido en el tiempo. En España, la *doctrina legal* tiene tal fuerza y exigibilidad que permite activar el recurso de casación en caso de ser desconocida la línea que la constituye<sup>(54)</sup>.

---

(52) VALENCIA ZEA, Arturo - ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil. Parte general...*, cit.

(53) “(...) [L]a posición anti jurisprudencial y anti judicialista del legocentrismo francés fue modificándose con el tiempo en la misma Europa continental. Ya desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a reconocer el valor cognitivo de la jurisprudencia constante que los tribunales iban formando con sus fallos; al mismo fenómeno se le denominó en España y sus códigos civiles liberales bajo el concepto de la ‘doctrina legal’. Estas nuevas expresiones contenían un cambio muy importante en el concepto del derecho que el legalismo liberal había instaurado en estos dos países europeos”. LÓPEZ MEDINA, Diego, “Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: recepción y vicisitudes del concepto de ‘doctrina legal’ en la región”, en *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2011, p. 110.

(54) “(...) [E]n la tradición jurídica española, anterior a la ubicación de la Jurisprudencia dentro del organigrama civil de las fuentes del derecho en el art. 1.6 CC —lo que, como se sabe, no se produjo hasta la reforma introducida en el mismo en el año 1974 (R.D. de 31 de mayo de 1974)— en concreto en la legislación procesal, se le había dado ya a la misma un lugar preferente dentro de las previsiones procesales legales con el recurso de casación, pues lo que entonces se conocía como ‘doctrina legal’, aun sin estar reconocida como fuente ni siquiera complementaria del derecho, era susceptible de abrir el recurso de casación en cuanto que el mismo, según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, podía fundarse en la infracción de ley o en la

Inspirados por esta tradición, en Colombia se introdujo una noción idéntica a la fórmula española, con la ley 61 de 1886<sup>(55)</sup> cuyo inc. 1 del art. 38 consagraba que su desconocimiento constituía una causal de nulidad de una sentencia y con ello motivo para adelantar el recurso de casación. A su turno, el art. 39 *ibídem* establecía: “Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en *tres decisiones* uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de una cuestión dada que no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 a 32 del actual Código Civil de la Nación” (el resaltado me pertenece).

Nótese, en primer lugar, que la institución *doctrina legal* está directamente asociada con la jurisprudencia, si esta se ha de entender como la interpretación normativa dada por un órgano autorizado —como la Corte Suprema—. En segundo lugar, dicha noción se presenta como una suerte de cuantificador de pronunciamientos judiciales hechos en sentido semejante —“uniformes”—. Y, en tercer lugar, como un recurso analógico en caso de vacíos legales. De otro lado, el entendimiento que en Colombia se ha dado a la noción de jurisprudencia, siguiendo las indicadas estipulaciones normativas, está asociado más a cuestiones jurídicas que fácticas; de modo que la expresión “decisiones uniformes” a través de la cual se define la jurisprudencia, se acerca más a la idea de resultado hermenéutico normativo que al *decisum* propiamente dicho —que vincula con fuerza los hechos del caso—.

Con la ley 153 de 1887 nuevamente se mantuvo la figura en su elemento cuantitativo primigenio, aunque esta vez se introdujo el ingrediente de mayor probabilidad, en una suerte de disminución de su fuerza y carácter imperativo. En efecto, el texto literal del art. 10 decía: “[e]n casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. *Tres decisiones uniformes* dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen *doctrina legal probable*” (el resaltado me pertenece). En el artículo 4 de esta misma ley se consagró: “[l]os principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La *doctrina constitucional* es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (el resaltado me pertenece). Mientras que, el 8 *ibídem* señaló: “[c]uando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se

---

‘infracción de doctrina legal’, lo que significó que a efectos del recurso de casación se pudiera denunciar tanto la infracción de una fuente del derecho propiamente dicha como la infracción de la jurisprudencia a pesar de no venir ésta reconocida como fuente del derecho”. MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La garantía de la seguridad jurídica en las sentencias de Casación”, en *Tribuna Abierta*, nro. 35, 2013, p. 11.

(55) En un contexto de conversión a Estado unitario, una república federal que duró 23 años —de 1863 a 1886— llamada Estados Unidos de Colombia.

aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Estos últimos agregados normativos, dejan ver dos importantes cambios respecto a lo señalado con anterioridad. En primer lugar, se introduce la expresión “regla de jurisprudencia” para el mejor entendimiento constitucional. Y quizá por ello mismo se introduce la nueva noción de “doctrina constitucional” con categoría normativa y orientadora, a su turno, de la interpretación legal. Una suerte de círculo virtuoso: la Corte Suprema interpreta la Constitución y genera reglas que retroalimentan la interpretación constitucional, con lo que a su vez se fortalece la interpretación legal. Y, en segundo lugar, la analogía judicial establecida anteriormente en la ley 61 de 1886, sufre un vuelco a favor de la analogía legal, sin que del todo haya desaparecido aquella, pero ahora bajo el nombre de doctrina constitucional. Como se ve, se trata de una “jerarquía de analogías”: primero se impone aplicar la analogía legal y luego la judicial, por cierto, con carácter obligatorio.

Con la ley 105 de 1890 se mantuvo la causal de nulidad y de casación por el desconocimiento de la doctrina legal; no obstante, el art. 371 de esta norma modificó el número de decisiones que podían dar lugar a su constitución. Así se leía en dicha disposición: “[e]s doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de Justicia realiza a unas mismas leyes en *dos decisiones uniformes*. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso” (el resaltado me pertenece)<sup>(56)</sup>.

En vigencia de la ley 169 de 1896, se abandonó la anterior noción para dar paso a la figura de la *doctrina probable*, más cercana a la idea francesa de jurisprudencia constante, con autoridad persuasiva frente a los jueces y tribunales. Así, el art. 4 consagró que “*tres decisiones uniformes* dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen *doctrina probable*, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores” (el resaltado me pertenece).

Además de volver a cambiar el número de decisiones requeridas para construir doctrina probable, en la norma aparecen dos precisiones importantes: el carácter potestativo de la aplicación de la doctrina probable<sup>(57)</sup> y la flexibilidad de la misma. Con lo primero se modifica claramente el mandato

---

(56) Nótese la reincorporación de lo que he denominado analogía judicial.

(57) Fue lo que, de hecho, sirvió de base a una decisión del Consejo de Estado para afirmar que “[e]n Colombia es claro que el legislador no hizo obligatoria la jurisprudencia, ya que expresamente le da el carácter de doctrina probable y señala que los jueces podrán o no aplicarla en casos análogos”: Subsección “A”, sentencia del 22 de julio de 2010, exp. 0619-09. Sin embargo, adelante se mostrará que la Constitución de 1991 imponía una lectura diferente.

de la ley 153 de 1887 sobre aplicación obligatoria de la doctrina constitucional y a lo cual no se hizo ninguna referencia en la ley 105 de 1890. Con lo segundo se introdujo una regla que en el futuro causaría confusión —ver *infra* el debate normativo—.

Pasaron más de 70 años para que se volviese a hablar del asunto en términos normativos. Y ello corrió por cuenta del Reglamento del Consejo de Estado —art. 13 del Acuerdo 2 de 1971—, que señaló: “[p]ara efectos del artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964<sup>(58)</sup>, se entiende por jurisprudencia *dos decisiones uniformes* sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo Contencioso, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto” (el resaltado me pertenece), lo que fue ratificado en decisión judicial de 1974<sup>(59)</sup>, postura que se mantuvo pacífica hasta el año 1990<sup>(60)</sup>, época en que además de reiterar lo anterior, se consideró: “[l]a Jurisprudencia de la Corporación por regla general está contenida en sentencias. Ciertas providencias interlocutorias también la pueden consagrar, en especial cuando tienen alcance definitivo. En el proceso Contencioso Administrativo se da un auto cuya decisión no obliga en definitiva al sentenciador y es el auto de suspensión provisional”<sup>(61)</sup>.

Lo más destacable de haber vuelto sobre el tema, por ahora, es la ausencia de la expresión doctrina probable, lo que puede entenderse de dos formas: (i) que el Consejo de Estado lo entiende como equivalente a jurisprudencia o (ii) que definitivamente se trata de una noción solo aplicable a la Corte Suprema. La cita normativa que en el párrafo siguiente se realiza y el entendimiento que con posterioridad le dará la nueva Corte Constitucional, hacen pensar que es más plausible la primera interpretación aquí sugerida<sup>(62)</sup>.

---

(58) “Las cuatro Salas o Secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto”.

(59) Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 1974, exp. 2801.

(60) La Corporación reiteró su entendimiento de la noción de jurisprudencia en otra sentencia de sala plena de lo Contencioso Administrativo del 10 de agosto de 1977, exp. 10.107.

(61) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de noviembre de 1990, exp. S-135. Desde entonces, el carácter vinculante de la jurisprudencia puede ser predicado incluso de decisiones que no sean sentencias.

(62) Por adelantado se puede decir que la Corte Constitucional consideró que la doctrina legal implicaba un rigor excesivo en la aplicación de la jurisprudencia, al punto que generó reacciones de la misma Corte Suprema de Justicia que encontraba en la fórmula española una forma de encerrar su capacidad para evolucionar en sus decisiones; por ello solicitó que se modificara esa fórmula, pues consideraba que obligaba a los jueces de inferior jerarquía a buscar en las sentencias reglas generales y a cumplirlas con rigor, y no a entender los argumentos jurídicos que utilizaba el alto tribunal al interpretar las leyes. Al respecto ver sentencia C-621 de 2015.

Antes de la Constitución de 1991 se expidió una norma que creó un recurso extraordinario cuya causal giraba en torno, precisamente, a las ya señaladas nociones de jurisprudencia y doctrina. En efecto, el art. 21 de decreto-ley 2304 de 1989, ya derogado, señaló en lo pertinente que el art. 130 del Código Contencioso Administrativo entonces vigente —decreto 01 de 1984—, quedaría así: “*Recursos extraordinarios y asuntos remitidos por las secciones*. Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación. En el escrito en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada”.

La Constitución de 1991 reafirmó el escenario. Además de reivindicar la vocación latina de sujeción a la ley, reiteró el carácter supletorio tradicionalmente atribuido a la jurisprudencia y a la doctrina, cuando en el art. 230 prescribió su carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial<sup>(63)</sup>. La interpretación hecha por la nueva Corte Constitucional a esta norma ha generado distintos análisis que pretenden precisiones conceptuales —que adelante se discutirán—; y de paso introdujo por primera vez la noción de precedente<sup>(64)</sup>, lo que quizá sirvió de incentivo para que, también por primera vez, el legislador colombiano incluyera la expresión. En efecto, en el artículo el art. 113 de la ley 1385 de 2010 se indicó:

“Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan *precedentes jurisprudenciales*, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998” (el resaltado me pertenece).

---

(63) El texto completo es el siguiente: “Artículo 230.— Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Una nueva ambigüedad —que no será profundizada aquí— aparece con esta nueva norma, consistente en incluir la expresión “doctrina” a secas. Como se sabe, en escenarios teóricos, dicho término expresa el conjunto de trabajos científicos en derecho, que abarcan dimensiones descriptivas, analíticas o propositivas de la disciplina jurídica o alguna de sus ramas. Frente a este tipo de entendimiento la Corte Constitucional ha insistido en restarle fuerza a su capacidad originaria de derecho al afirmar que no tiene la capacidad de configurar *un derecho viviente* (sentencias 557 de 2001 y C-284 de 2015). Pero también es posible atribuirle un sentido normativo y con ello entender que se refiere a la doctrina constitucional o a la doctrina probable, conforme a la tradición jurídica colombiana.

(64) Ver sentencia C-104 de marzo 1 de 1993, que adelante se analiza.



Regla complementada por el art. 114 de la misma ley así:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los *precedentes jurisprudenciales* que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, *se hubieren proferido en cinco o más casos análogos*” (el resaltado me pertenece).

Sin embargo, como puede verse, la inclusión de la expresión *precedente judicial* está inequívocamente asociada a (o introducida como sinónimo de) *jurisprudencia*, si bien se observa la remisión que se hace a las normas establecidas en el siglo XIX, que nunca hablaron de precedente. Por lo demás, si hay que atenerse a las reglas de la subrogación, ya no serían dos, ni tres, sino cinco los casos requeridos para que aplicar la doctrina probable<sup>(65)</sup>.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —ley 1437 de 2011— remarca igualmente la noción de jurisprudencia de distintas formas: deber de aplicación uniforme de la jurisprudencia —art. 10—, extensión de jurisprudencia —art. 102—, unificación de jurisprudencia —arts. 269 y 270— y recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia —art. 256—. Finalmente, la ley 1564 de 2012 —actual codificación general en materia procesal—, refirió nuevamente la figura de la doctrina probable en términos semejantes al todavía vigente art. 4 de la ley 169 de 1896. Así, en el art. 7 del Código General del Proceso, por ejemplo, se consagró que “[l]os jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la *jurisprudencia* y la *doctrina* [a secas]. Cuando el juez se aparte de la *doctrina probable*, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos” (el resaltado me pertenece). A su vez, al referir los deberes y poderes del juez, el mismo estatuto procesal estableció en el art. 42: “[s]on deberes del juez: (...) [d]ecidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las 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” (el resaltado me pertenece).

---

(65) Aunque otra interpretación posible es que la norma establecida en la ley 169 de 1896 es una regla general aún vigente con los ajustes hechos por la Corte Constitucional una vez hecho el control de constitucionalidad en la sentencia C-831 de 2001, mientras que la norma de 2010 solo aplica como regla especial y como excepción al derecho al turno que tienen los procesos que deben ser fallados por los jueces.

A manera de síntesis de este apartado, puede decirse que la tradición jurídica colombiana preserva la expresión y el entendimiento de la *jurisprudencia* y su sucedáneo la *doctrina probable*. La Corte Constitucional introdujo la noción del *precedente judicial* desde sus primeras decisiones en 1993 y con ello, abrió varios debates: desde los relativos al discernimiento que deben tener las distintas nociones —debate conceptual—, hasta los que llaman la atención por la alteración de nuestra comprensión sobre las fuentes del derecho y los tiempos de aplicación de los cambios jurisprudenciales —debate normativo—.

## 2. La irrupción del precedente judicial y el debate conceptual

Con la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, creada en la Constitución Política de 1991, apareció la noción de precedente en Colombia. El motivo principal para hacerlo estuvo asociado a la cuestión de la obligatoriedad de sus decisiones<sup>(66)</sup> —ver *infra* el debate normativo—, en un contexto de existencia centenaria de dos cortes de justicia —la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado— que de pronto vieron asaltado su poder por una nueva institución judicial.

Lo que pasó inadvertido por la Corte Constitucional —y luego también por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado—, es que el entrevero conceptual que ha querido irse aclarando entre las antiguas nociones —jurisprudencia, doctrina legal y doctrina probable— y las nuevas —precedente y doctrina constitucional—, aún sigue en deuda, como se mostrará. Y ello debido quizá también a la ambigüedad que la noción de precedente mismo ha tenido desde su origen, pues recuérdese que la doctrina distingue los *precedentes declarativos* de los *precedentes creativos*<sup>(67)</sup>; al igual que los *precedentes obligatorios* de los *persuasivos* que se diferencian en el grado de vinculatoriedad que representan para el juez<sup>(68)</sup>; tema este igualmente ambiguo<sup>(69)</sup>.

---

(66) Alguna doctrina, de hecho, lo presenta como sinónimos: "...de manera que introducir el precedente, es decir, el concepto de sentencias obligatorias (...) Se entiende entonces el precedente en nuestro derecho como aquellas decisiones de las altas cortes que resultan de obligatorio cumplimiento por parte de todos los operadores del sistema jurídico, que crean una regla a aplicar en lo sucesivo en la resolución de un caso". YEPES BARREIRO, Alberto, "Precedente en Colombia", en *Consejo de Estado de Colombia, 1817-2017, Bicentenario de una institución republicana*, Ibáñez, Bogotá, 2017, ps. 138-140.

(67) "Los precedentes pueden ser creativos, si crean o aplican una nueva norma y, declarativos, si se limitan a aplicar una disposición ya existente. En los casos de laguna jurídica, el precedente resulta creativo al concebir una regla jurídica aplicable al caso que se juzga y a casos futuros de perfil fáctico idéntico; en cambio, resulta el precedente declarativo cuando interpreta una norma jurídica ya existente, pero en una dimensión que posibilita la solución del caso". OLANO G., H. A., "Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso-administrativo", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 9, nro. 2, 2011, p. 35.

(68) OLANO G., H. A., "Del precedente constitucional...", cit., p. 34.

(69) "Por ello (Taruffo, 1996: 60-62), la cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino



En lo esencial, en este apartado se mostrarán los distintos entendimientos que han tenido las cortes colombianas acerca del concepto de precedente y su parecido con el de jurisprudencia. Las otras nociones —doctrina probable y jurisprudencia constitucional—, se encuentran asociadas a la anterior.

A decir verdad, en la primera sentencia que tocó el tema —la C-104 de 1993, al año del funcionamiento de la primera Corte<sup>(70)</sup>—, lo que se constata es una referencia al origen del precedente, sin ninguna mención de significado. En cambio, para efectos de precisar la obligatoriedad o no del contenido de las providencias judiciales, la Corte avanzó por primera vez en una importante distinción conceptual sobre los tipos de jurisprudencia existentes luego de la Constitución del 91:

*De la fuerza jurídica de la jurisprudencia*

La jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma uniforme.

En el derecho comparado se distinguen dos grandes sistemas en función del papel atribuido a la jurisprudencia como fuente de derecho. De un lado, en el sistema anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, la jurisprudencia es la fuente principal de derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes. Se enfatiza en la noción de “precedente”. La ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, en el sistema latino, más especulativo y abstracto, la ley escrita es la principal fuente de derecho. La jurisprudencia ocupa un lugar secundario.

Colombia es heredera de la tradición jurídica latina. El derecho romano en materia privada y el derecho francés en materia administrativa siempre han ejercido una gran influencia sobre el ordenamiento normativo nacional. Es por ello entonces que en Colombia la jurisprudencia administrativa tiene en principio una fuerza jurídica secundaria. Ella orienta, auxilia, ayuda y apoya la decisión del juez, el cual se basa

---

que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia: a) vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio); b) vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); c) vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); d) vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); e) no vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente). ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, p. 195.

(70) Desde la Constitución de 1991, en Colombia, los períodos de los magistrados de altas Cortes es de 8 años.

esencialmente en la ley; en ningún momento, ella sola, puede servir de fundamento principal o exclusivo para justificar una decisión. Este principio, empero, encuentra una única excepción en la jurisprudencia constitucional, como se analiza a continuación.

### *De la cosa juzgada constitucional*

Dice el artículo 243 de la Constitución: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. 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”. Esta disposición es desarrollada por el Decreto 2067 de 1991, que dice en su artículo 23: “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente deberán ser explícitas en la sentencia”.

Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país —en la que se encuentra la del Consejo de Estado—, existen semejanzas y diferencias. Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias tanto de la Corte Constitucional —art. 21 del Decreto 2967 de 1991—, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad —art. 175 del código contencioso administrativo— tienen efectos *erga omnes*, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos *inter partes*.

Al inicio de su funcionamiento, entonces, la Corte mantiene viva la tradición jurídica sobre la noción de jurisprudencia. Y a partir de los nuevos textos constitucionales, precisa dos entendimientos diferentes de jurisprudencia —y por esa vía, de su distinta fuerza normativa—: la jurisprudencia constitucional y la producida por el resto de los jueces, incluidas las otras altas cortes de justicia.

En las sentencias C-113 de 1993 y C-131 del mismo año, la Corte consolidó su postura sobre la necesidad de establecer una diferencia entre la jurisprudencia emanada de la actividad de jueces y tribunales del país en el marco de sus atribuciones ordinarias, y la jurisprudencia constitucional proferida por los órganos de cierre, resaltando que las sentencias de la Corte Constitucional (en acciones públicas de inconstitucionalidad), y las del Consejo de Estado (en acciones públicas de nulidad o nulidad por inconstitucionalidad) tienen efectos *erga omnes*, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos *inter partes*. En la sentencia C-083 de 1995, la Corte avanzó aún más en el sentido de lo que es jurisprudencia constitucional así: “Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien

haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina”.

Es quizá la sentencia SU-047 de 1999 en donde la Corte realiza una precisión mayor de lo que es un precedente —siempre vinculado a la idea de la obligatoriedad—. En suma, indicó que de los distintos contenidos de una sentencia —*decisum*, *obiter dicta* y *ratio decidendi*—, solo este constituye precedente, sin perjuicio de la cosa juzgada constitucional.

Resulta curioso, sin embargo, que cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, no terció para precisar alguna diferencia entre jurisprudencia, doctrina probable y precedente. Al contrario, al conocer sobre la constitucionalidad de la norma que estableció la doctrina probable en la ley 169 de 1896, su marco conceptual no desbordó esta figura tradicional (ver sentencia C-836 de 2001).

En suma, el órgano encargado de introducir el concepto de precedente en Colombia, inicialmente mantuvo la noción de jurisprudencia —agregando la variante de jurisprudencia constitucional, que habría que entender de manera distinta a como lo consagraron las normas del siglo XIX— y, hasta 1999, lo máximo que avanzó fue para decir que el precedente se encuentra en la *ratio decidendi*<sup>(71)</sup> de una providencia<sup>(72)</sup>.

Tres años después, la Sección Tercera del Consejo de Estado introdujo la expresión en el siguiente contexto: “en el derecho colombiano la jurisprudencia sólo constituye criterio auxiliar para el administrador de justicia, de invaluable apoyo para la actividad judicial (art. 230 Carta Política), sin que sea viable entender que, existiendo *precedente jurisprudencial*, ello constituya fuente formal o material de ley o del derecho positivo. Son muchos los casos históricos en los cuales una posición jurisprudencial ha sido variada, al considerarse que el cambio responde en mejor forma a los principios del derecho y a los deberes del juez en pro de la justicia” (el resaltado me pertenece)<sup>(73)</sup>. Y a continuación dio paso a distintas formas de entendimien-

---

(71) Posición coincidente con la doctrina. Ver p. ej., LÓPEZ MEDINA, Diego, *Interpretación Constitucional*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, ps. 157-158.

(72) Lo que, por cierto, para el Consejo de Estado se encuentra en la jurisprudencia: “la noción de *jurisprudencia* es más amplia [que la de precedente] y, en general, tiene que ver no tanto con los hechos similares, sino con la *ratio decidendi*. La jurisprudencia supone la existencia de reglas generales, fijadas a partir de la interpretación normativa que establece un alto tribunal, aunque esas reglas sean un poco más específicas que la norma interpretada” (el resaltado me pertenece). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 8 de agosto de 2016, exp. 21.961.

(73) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 2004, exp. 14.774.

to de la noción. Así, de un lado defendió que “solamente pueden referirse a un precedente jurisprudencial cuando éste hubiere definido supuestos fácticos y jurídicos iguales a los que se someten a estudio en posterior oportunidad<sup>(74)</sup>, y de otro consideró que “el precedente debe ser una interpretación, no solo reiterada de forma amplia, sino que, además, debe existir una posición consolidada”<sup>(75)</sup> (el resaltado me pertenece).

Por ahora entonces se puede advertir una yuxtaposición entre las nociones de jurisprudencia y precedente en la práctica de los órganos de cierre<sup>(76)</sup>, y así mismo una prevención en el entendimiento y uso de este último, en una clara muestra del choque producido por la inclusión de una institución que no era propia de la tradición legalista.

Apareció luego lo cuantitativo como una propiedad más que intentó diferenciar precedente y jurisprudencia. Inicialmente el Consejo de Estado señaló que el precedente judicial es el conjunto de sentencias que decidieron de la misma forma un conflicto jurídico pasado y que sirven como referente para que se decidan otros conflictos semejantes: “el precedente judicial no lo conforma un solo caso, sino una serie de pronunciamientos que terminan convirtiéndose en reglas de derecho específicas que deben aplicarse en los casos similares”<sup>(77)</sup>, noción que difiere de lo dicho por la Corte Suprema: “El precedente judicial, por su parte, según la doctrina civil que viene de citarse, ‘es una decisión relativa a un caso particular que es anterior y primera frente a otras decisiones y que fija reglas utilizables para otros casos sucesivos o posteriores en forma persuasiva o vinculante y, como tales, susceptible de ser universalizada para ser aplicada como criterio de decisión, dando identidad jurídica y unidad conceptual al ordenamiento jurídico’. Conforme a ese concepto, en suma, el precedente es la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía, que es acogida en casos ulteriores, sucesivos o posteriores, adquiriendo efectos normativos”<sup>(78)</sup>.

---

(74) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 15 de julio de 2004, exp. 3551. Al referirse a hechos, quizá esta sea la definición más cercana a lo que en el mundo anglosajón se entiende por precedente. En sentido semejante, puede verse: sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, exp. 2013-15 (IJ).

(75) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 7 de marzo de 2013, exp. 2013-131 (AC). Asociar precedente con interpretación, igualmente lo acerca más al entendimiento que en Colombia se tiene de jurisprudencia.

(76) En la sentencia del 2 de diciembre de 2015, de Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal exp. 46.176, por cierto, se realiza una definición un tanto curiosa de jurisprudencia: “aquella disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces”. Y sigue la Corte: “frente a ese concepto surgen dos categorías claramente diferenciables: la doctrina probable y el precedente judicial”.

(77) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 6 de marzo de 2014, exp. 2013-2733 (AC).

(78) Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp. 46.176. Entendimiento este que, en cambio, sí coincide con

Y en una suerte de conciliación de ambas opiniones, en la providencia SU-053 de 2015 de la Corte Constitucional, se lee que el precedente es “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”; en lo que luego coincide ahora la Corte Suprema al definir el precedente como aquella “sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de i) patrones fácticos y ii) problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado un criterio para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso” (79).

Puede verse una propiedad distinta en una definición de precedente hecha por el Consejo de Estado, al vincularlo con la actividad creadora del juez<sup>(80)</sup>. Inicialmente esta providencia reitera la definición de precedente, como aquella regla creada por una alta Corte “para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones

---

lo dicho en otra oportunidad por el Consejo de Estado: “Se sabe que el precedente no se reconoce a partir de la jerarquía del juez, ni del número de veces que un determinado o específico tema ha sido fallado por este, sino en la simple ‘resolución anterior de un caso igual o bastante similar’”: sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, exp. 2013-15 (IJ). Y más claramente en sentencia del 23 de mayo de 2017, exp. 2016-25-01 (IJ), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo lo definió como: “[A]quella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla —prohibición, orden o autorización— determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”. Es esta la definición que, en general, sostiene la doctrina: ver p. ej., TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, en *Revista Precedente*, Anuario Jurídico, 2007, 02 Derecho Judicial, Universidad Icesi, 2007, ps. 87-89. También ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el common law*, cit., p. 31.

(79) Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, sala Segunda de Decisión de Tutelas, en sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 89306. Otras variantes del concepto pueden verse en: Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de mayo de 2015, exp. 418.944; sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 7 de abril de 2015, exp. 396.330; sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp. 465.437. Por lo demás, una sala de Conjueces del Consejo de Estado señaló que “la *jurisprudencia* se ha entendido en un sentido numérico cuantitativo, como un conjunto significativo de providencias judiciales, pues no se detiene en los argumentos, ni en el impacto de estas decisiones judiciales, sino que se preocupa por su número y frecuencia. (...) el *precedente judicial* se entiende como un número específico de decisiones en un mismo sentido que conforman una posición jurídica frente a un tema y que tiene efectos vinculantes para los jueces de la República y por tanto es un concepto eminentemente cualitativo”: Sección Segunda, sala de Conjueces, sentencia del 18 de mayo de 2016, exp. 845-15 (el resaltado me pertenece).

(80) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 26 de mayo de 2016, exp. 2015-2017-01 (AC). En sentido semejante puede verse las sentencias de 5 de febrero de 2015, exp. 01312-01 y de 19 de febrero de 2015, exp. 02690-01.

en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente”; y luego considera que constituyen precedente “las sentencias de constitucionalidad y las sentencias de unificación expedidas tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia”. Y sobre lo que ahora se quiere resaltar afirmó:

Para que pueda hablarse de precedente es indispensable que una Alta Corte, haga uso de su actividad creadora, cuando las exigencias del caso así lo ameriten, como sucede en aquellos eventos en que una Corporación se enfrenta a un caso en el cual, después de haber analizado los supuestos fácticos, los fundamentos jurídicos existentes y apreciado en su conjunto los elementos probatorios allegados, no encuentra una solución expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, por ello debe realizar un análisis desde los criterios hermenéuticos —semántico, sistemático y funcional—, encontrando que para la solución del caso en estudio existe una laguna jurídica, la cual es necesario resolver mediante la analogía o la integración a partir de principios, dando como resultado la creación de una regla, trascendiendo la clásica función de subsunción y elaboración de silogismos.

Esta nueva caracterización del precedente debe afrontar un problema teórico que, como se dijo en la introducción, aquí no se abordará. El asunto está relacionado con lo que hace el juez al fundamentar decisiones judiciales, pues para los positivistas no hay duda de que (siempre) crea derecho, tesis rechazada por los no positivistas —iusnaturalistas incluidos—. La cuestión por resolver es si un juez que se declara abiertamente no positivista puede entonces “crear” precedentes. Como se sabe, tal juez lo negaría y solo estaría dispuesto a admitir que (re)descubrió la regla ya existente en el derecho para aplicarla a un determinado caso.

Por otro lado, también es constatable el uso de diversos términos para referirse al precedente por parte del Consejo de Estado. Así, se han referido variantes como *precedente constitucional* en el sentido ya indicado<sup>(81)</sup>; *precedente horizontal* y *precedente vertical*<sup>(82)</sup>, en la misma forma definida por la Corte, esto es, aquella decisión producida por operadores jurídicos de igual jerarquía, en tanto referente no obligatorio —en principio— para sus pares en cada una de las autoridades en las que se ha producido, mientras que el segundo, al referirse a decisiones preferidas por el superior jerárquico resulta vinculante principalmente cuando proviene de los órganos de cierre.

(81) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 26 de septiembre de 2012, exp. 1101-09; así mismo, Sección Primera, sentencia 7 de febrero de 2013, exp. 2012-1398; Sección Cuarta, sentencia del 15 de enero de 2014, exp. 20093; Sección Quinta, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 2016-657-01 (AC).

(82) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 27 de noviembre de 2015, exp. 2015-02774 (AC); Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia 27 de marzo de 2014, exp. 23630; Sección Cuarta, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 2012-399 (AC).

En suma, la claridad conceptual sigue en deuda o, dicho en clave positiva, se encuentra en transición, pues el recuento jurisprudencial hecho arroja como resultado al menos dos cosas:

- Que, a pesar de sus intenciones y esfuerzos, las Cortes colombianas utilizan indistintamente los términos jurisprudencia, doctrina probable y precedente<sup>(83)</sup>. Y ello es así porque

- Yuxtaponen e intercalan las propiedades atribuidas a las nociones de jurisprudencia y precedente.

Este resultado y cierto pragmatismo podrían fundamentar la idea de que en Colombia se pueden utilizar ambos términos sin que haya una hecatombe judicial. La pregunta de un juez —o de cualquier otro usuario del derecho—, del tipo ¿hay precedentes para resolver este caso?, suele equivaler a ¿qué ha dicho la jurisprudencia sobre asuntos así? Ello ocurre por lo siguiente: La diferencia sugerida entre jurisprudencia y precedente, a partir de considerar la primera como un ejercicio hermenéutico de la norma aplicable al caso y la segunda una regla que enlaza los hechos del caso, se muestra atractiva *prima facie*, pero es equivocada, pues la interpretación que hace un juez al resolver un asunto no tiene el carácter de mera abstracción —como la que haría un doctrinante—, sino que está en función de una estipulación normativa con vocación de incluir o excluir algún hecho relevante del caso sometido a juicio.

Lo más que puede decirse es que la jurisprudencia —y la doctrina probable—, pone el énfasis en la interpretación de la norma aplicable al caso, mientras que el precedente lo hace en los hechos del mismo. Pero ni la jurisprudencia puede prescindir de los hechos, ni el precedente de la norma que interpreta cuando este se aplica en un escenario normativo heredero del sistema romano-germánico. Distinto es el entendimiento del precedente en el mundo anglosajón, precisamente por el menor peso que allí tienen las normas de derecho positivo, lo que, en todo caso, deberá suplirse con el derecho común.

Atendiendo lo dicho, se propone la siguiente (re)conceptualización —a riesgo de caer en el inútil esencialismo conceptual—, que intenta recoger las nuevas prácticas judiciales y su examen crítico, sin olvidar el origen continental de nuestro derecho:

- Jurisprudencia: resultado hermenéutico de una norma, atribuido por jueces autorizados —especialmente las Cortes— y su aplicación a un caso.

- Doctrina probable: aplicación de un número de casos que contiene la jurisprudencia, a situaciones llamadas a ser resueltas por el mismo marco normativo.

---

(83) Quizá la jurisprudencia constitucional sea la única noción clara hasta ahora.



- Doctrina constitucional: resultado hermenéutico de una norma constitucional atribuido por los órganos judiciales a cuyo cargo está el control de constitucionalidad en Colombia: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

- Precedente: regla judicial que enlaza hechos y norma, (esto es, jurisprudencia o doctrina probable o constitucional) con vocación efectiva de ser aplicada a un nuevo caso cuyo referente fáctico posee propiedades semejantes.

### 3. Jurisprudencia, precedente y debate normativo

Además de lo conceptual, la irrupción del precedente en Colombia animó vivamente dos de los debates más interesantes y útiles para la propia configuración de nuestro sistema jurídico: el de la obligatoriedad de la jurisprudencia-precedente<sup>(84)</sup> y la forma de operar los cambios jurisprudenciales. El primero, claramente orientado por la pregunta sobre (la reconfiguración de) las fuentes del derecho y el segundo por la de su aplicación en el tiempo.

#### 3.1. Obligatoriedad de la jurisprudencia-precedente (J-P)

En este punto, la discusión gira en torno a la siguiente pregunta: ¿cuál es el estatus normativo de la J-P, a partir de la Constitución de 1991, luego de que en su artículo 230 se consagrara que los jueces solo están sometidos “al imperio de la ley” y que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar de la actividad judicial”?

Otorgarle un carácter normativo a la J-P equivaldría a hacerla obligatoria, de manera semejante a la ley, lo que alteraría el sistema de fuentes a juzgar por el carácter de criterio auxiliar atribuido constitucionalmente a la misma. Pero no hacerlo, no solo contravendría claras disposiciones legales que en Colombia así lo han sostenido —a despecho de ciertas interpretaciones de las mismas—, sino una práctica judicial cada vez más orientada en el sentido de atribuirle obligatoriedad a la J-P. En este apartado daré cuenta de la forma como las altas cortes de justicia en Colombia han tratado el tema.

Antes, es pertinente recordar que la norma legal más reciente sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia en Colombia fue el derogado art. 130 del CCA<sup>(85)</sup>. Luego y más claramente, con la aparición del actual Código Administrativo y de Contencioso Administrativo —ley 1437 de 2011—, se instituyeron varias normas —ya referidas— a partir de las cuales se infiere dicha obligatoriedad: deber de aplicación uniforme de la jurisprudencia —art. 10—,

(84) Uso *ex profeso* la expresión jurisprudencia-precedente con dos sentidos posibles: como sinónimos, lo que es posible según se pudo ver en el apartado anterior o con la idea de que el precedente está comprendido en una jurisprudencia.

(85) Sin perjuicio de lo dicho por la norma del Reglamento del Consejo de Estado —ver *supra*, párrafo de la nota 11—, que puede leerse como la estipulación de la obligatoriedad implícita de un tipo de especial de jurisprudencia: la producida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de dicha Corporación.



extensión de la jurisprudencia —art. 102—, unificación de la jurisprudencia —arts. 269 y 270— y recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia —art. 256—<sup>(86)</sup>. Finalmente, la ley 1564 de 2012 —actual Código General del Proceso—, en el art. 7 consagró el deber de los jueces de tener en cuenta, además de la ley la jurisprudencia y la doctrina.

Son varios los escenarios en donde se ha debatido la obligatoriedad de la jurisprudencia. La síntesis de las reglas actualmente vigentes en Colombia sobre el tema es la siguiente: lo estipulado en el art. 230 constitucional de que el juez está sometido solo al imperio de la ley y que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad se ha entendido así:

- El sometimiento al imperio de la ley no excluye la jurisprudencia. La norma lo que hace es reafirmar la independencia del juez, de modo que solo esté sometido al derecho, que incluye la constitución, la ley y lo que autoritativamente digan sus intérpretes autorizados, como las altas cortes<sup>(87)</sup>.

Esta tesis cobija no solo la jurisprudencia, sino la doctrina probable, como puede verse en la sentencia C-836/01 de la Corte: “La fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos”.

Otro entendimiento fue el señalado inicialmente por el Consejo de Estado, recién expedida la Constitución del 91, que llegó al extremo de inaplicar —por considerar configurada una inconstitucionalidad sobreviniente—, el

---

(86) El Consejo de Estado consideró que el nuevo código “fue innovador en lo que respecta a la figura de *la jurisprudencia* como fuente de derecho, en otras palabras, rompió un paradigma en esta jurisdicción, al incluir en su compendio normativo disposiciones que propugnan por la aplicación de la jurisprudencia a determinadas situaciones y bajo determinados presupuestos, cosa que obliga no solo a los que administran justicia, sino a las autoridades administrativas en los asuntos de su competencia”, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 4 de abril de 2013, exp. 46213.

(87) Criterio reiterado y ampliado en la sentencia C-539 del 2011 en la que la Corte afirmó que “una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, *incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico*” (el resaltado me pertenece).

art. 130 del Código Contencioso Administrativo que, como se vio, instituyó<sup>(88)</sup> el recurso extraordinario de súplica por desobedecimiento de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. El argumento, que puede verse en la citada sentencia C-104 de 1993 de la Corte Constitucional, fue el siguiente:

No es que los jueces antes de la reforma constitucional de 1991 no estuvieran obligados a aplicar la ley, porque es esta la función propia del juez, sino que antes del nuevo ordenamiento constitucional, las Secciones del Consejo de Estado tenían la obligación de aplicar la doctrina de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los negocios sometidos a su decisión, bajo pena de ser objeto de un recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena. En lo que enfatizó la nueva carta es en la consideración, que también existía en el anterior ordenamiento, de que la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de derecho —Ley 153 de 1887 artículos 3º, 4º, 5º y 8º— solo son criterios auxiliares y por lo mismo su no aplicación en un caso concreto, no puede generar un recurso como el de súplica extraordinaria<sup>(89)</sup>.

La Corte Constitucional zanjó la discusión hermenéutica cuando en sentencia C-104 de 1993 (marzo 11) declaró constitucional el mencionado art. 130 del CCA. Para lo que aquí se analiza, lo más importante señalado por la Corte en dicho pronunciamiento estuvo relacionado con la obligatoriedad de la jurisprudencia, en el también mencionado contexto de diferenciación entre lo que llamó la jurisprudencia constitucional —entendida como la proferida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad— y la “jurisprudencia de los demás jueces”:

“(...) mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales *no* constituye un *precedente obligatorio*, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar —art. 230 CP—, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional —art. 243 CP—, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

(...)

Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria.

(88) Dicha norma fue derogada por ley 954 de 2005.

(89) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 3474-3490. Criterio ratificado en sala plena Contenciosa en sentencia de julio 10 de 1992: “Cuando alguna Sección acoga sin aprobación de la Sala Plena doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, ha dejado de ser motivo del recurso extraordinario de súplica consagrado en los dos primeros incisos del artículo 130 del C.C.A. Como el fundamento de dicho recurso resulta incompatible con la nueva Carta Política, con base en el artículo 4º de la misma, lo estima improcedente”.

Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1º del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: *Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares*” (el resaltado me pertenece).

- A partir de la providencia citada, quedó clara una segunda regla: La jurisprudencia que no genera duda de su obligatoriedad es la que se profiere por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en su función de jueces de constitucionalidad de normas —cosa juzgada constitucional—.

Así lo volvió a señalar la Corte en la sentencia C-083 de 1995 en los siguientes términos: “Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta debe guiar su decisión. Es claro eso sí que, *salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada*, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior” (el resaltado me pertenece). En el entendimiento del Consejo de Estado, el *precedente constitucional* cobija los asuntos constitucionales tanto de control abstracto, como los de control concreto, como es el caso de la acción tutela contra providencias judiciales<sup>(90)</sup>.

Pero si bien la obligatoriedad es más intensa cuando se está frente a la cosa juzgada, ello no quiere decir que la misma no rija respecto de las demás providencias de altas cortes, por razones de principio —igualdad, buena fe, seguridad jurídica—, pero también institucionales —como cuando una providencia unifica la jurisprudencia— y racionales: “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, sino una práctica argumentativa racional”<sup>(91)</sup>. Así, en las sentencias T-566 de 1998, T-439 de 2000 y T-569 de 2001 el tribunal constitucional subrayó la fuerza vinculante de la J-P en materia de tutela, al señalar que las entidades estatales tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la jurisprudencia constitucional.

Y respecto de este tipo de providencias —distintas a las que hagan tránsito a cosa juzgada y tengan efectos *erga omnes*—, es que quizá valga volver sobre la distinción conceptual antes referida sobre el carácter cuantitativo de la jurisprudencia —a efectos de constituir la doctrina probable— y cualitativo

---

(90) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 26 de septiembre de 2012, exp. 1101-09; así mismo, Sección Primera, sentencia 7 de febrero de 2013, exp. 2012-1398; Sección Cuarta, sentencia del 15 de enero de 2014, exp. 20093; Sección Quinta, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 2016-657-01 (AC).

(91) Corte Constitucional, sentencia SU-053 de 2015.

del precedente<sup>(92)</sup>. Ahora puede verse que se trata de una distinción artificiosa, pues basta pensar que la constitución de la doctrina probable requiere tres (o cinco, según se explicó) decisiones uniformes sobre asuntos semejantes, lo que en la línea de reflexión expuesta por la sentencia citada pondría el asunto en los siguientes términos: el primer caso sería un precedente del segundo y estos del tercero, con lo que se configuraría la doctrina probable, que entonces por ese solo hecho equivaldría a un número de providencias individualmente llamado jurisprudencia.

- Además del *decisum*, es obligatoria la *ratio decidendi*, mas no el *obiter dicta* incluido en la providencia<sup>(93)</sup>.

Esta es igualmente la precisión que finalmente ha sido recogida por el Consejo de Estado, en los siguientes términos: “(...) en ese marco, cobra total importancia la discriminación entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. De ellos, sólo los dos primero tienen fuerza vinculante para los operadores jurídicos. Así, mientras el carácter vinculante de las sentencias, en lo que tiene que ver con el *decisum*, se comprende desde la óptica de la modulación de sus efectos; en lo que atañe a la *ratio decidendi*, se cristaliza en la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial. (...) Al precedente subyace un deber de acatamiento que solo en circunstancias excepcionales puede ser desatendido”<sup>(94)</sup>.

También, en lo esencial, la Corte Suprema de Justicia concuerda con esta tesis: “(...) [la obligatoriedad] solo es posible predicarla de los desarrollos normativos que constituyen la razón de la decisión, o reglas jurídicas de interpretación que sirvieron de base o fundamento directo de la determinación adoptada (*ratio decidendi*), y que han sido objeto de reiteración pacífica por el órgano unificador, que la erijan en doctrina decantada, todo lo cual ha llevado a concluir que para que una decisión de un alto tribunal tenga tal carácter debe cumplir condiciones adicionales de orden cualitativo y cuantitativo, como ya lo ha precisado la Sala en otras oportunidades”<sup>(95)</sup>.

---

(92) Ver *supra* nota 32, la sentencia del 18 de mayo de 2016, exp. 845-15, proferida por una sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

(93) En la sentencia SU 047 de 1999 se lee: “Así, explícitamente la Corte señala que las motivaciones incidentales son un *mero dictum*, que no es obligatorio sino persuasivo; la parte resolutive o *decisum* hace tránsito a cosa juzgada, con la particularidad de que en los juicios de constitucionalidad de las leyes tiene efecto *erga omnes*; y, finalmente, la cosa juzgada implícita equivale a la *ratio decidendi*, razón por la cual esta Corporación le ha reconocido efectos vinculantes”. Criterio reiterado, entre otras providencias en la C-836 de 2001.

(94) Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de mayo de 2017, exp. 2016-25-01 (IJ). No debe olvidarse que en otra sentencia —*supra* nota 25—, esta Corporación asoció la *ratio decidendi* a la jurisprudencia, no al precedente.

(95) Corte Suprema de Justicia, sala Penal, sentencia del 9 de octubre de 2013, exp. 39.346.

No está de más decir que la obligatoriedad de la jurisprudencia no equivale a convertirla en ley en sentido formal. Es ese el contexto en que debe entenderse la siguiente afirmación del Consejo de Estado: “[e]n nuestro sistema de derecho positivo, la jurisprudencia, por muy trascendental que ella sea, no tiene el carácter de norma jurídica. El artículo 230 de la Constitución Nacional prevé que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia, entre otras, es un criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo cual no resulta viable el ejercicio de la acción de nulidad de un acto administrativo con base en la presunta violación de una decisión jurisprudencial”<sup>(96)</sup>. Con todo, en la sentencia C-335 de 2008, al pronunciarse la Corte sobre la exequibilidad del art. 413 del Código Penal nacional, que establece el delito de prevaricato por acción, sostuvo:

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.

(...)

La Corte Constitucional ha considerado asimismo que la jurisprudencia de tutela también presenta un carácter vinculante y, en consecuencia, en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no sólo de los jueces sino también de quienes sirven a la administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o permanente ejercen funciones públicas<sup>(97)</sup>.

De lo dicho y citado sobresalen dos cosas: (i) aun antes de la Constitución del 91, la obligatoriedad de la jurisprudencia en Colombia estaba normada, así fuese parcialmente<sup>(98)</sup>, lo que se reafirmó con la declaratoria de constitucionalidad hecha por la Corte Constitucional, por lo menos hasta la derogación del art. 130 del CCA, en el año 2005, momento en que ya la Corte había avanzado para afirmar el carácter obligatorio no solo de sus sentencias de constitucionalidad, sino de la jurisprudencia en general, por razones de

---

(96) Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 24 de mayo de 1996, exp. 7189.

(97) La fuerza vinculante que aquí quiso la Corte imprimirle a la jurisprudencia, puede verse reafirmado en sentencia C-539 del 6 de julio de 2011, en donde se señala que las altas cortes “son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos”.

(98) Sin embargo, en vigencia del Acuerdo 2 de 1971 —ver párrafo de la nota 11—, la sujeción de las secciones que conformaban el Consejo de Estado, a la jurisprudencia de su sala Plena, habitualmente no se consideraba como obligatoria. Ver al respecto la sentencia de 31 de agosto de 1988, exp. S-032, citada en la C-104/93 de la Corte.

igualdad, buena fe, seguridad jurídica y racionalidad, entre otras razones; y (ii) la obligatoriedad de la jurisprudencia no significa inamovilidad<sup>(99)</sup>, como equivocadamente en su momento lo entendió el Consejo de Estado<sup>(100)</sup>.

Antes, y para terminar este apartado, debe hacerse notar que la determinación de la obligatoriedad o no de la J-P conduce directamente al debate sobre la conformación del sistema de fuentes y con ello a la solución del dilema inicialmente propuesto, pues si la J-P es obligatoria, es fuente de derecho y no lo será en caso contrario. Sin arriesgar mucho, la Corte Constitucional considera que el precedente judicial tiene una *posición especial en el sistema de fuentes*, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas; en consecuencia, *existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente*<sup>(101)</sup>. De

---

(99) En distintas oportunidades la Corte ha previsto la posibilidad de los cambios jurisprudenciales, teniendo en cuenta algunas reglas de racionalidad obvias: “(i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del *stare decisis*”: Corte Constitucional, sentencia T-330 de 2005. Ver también sentencias C-447 de 1997 y C-400 de 1998. Más recientemente, en sentencia C-179 de 2016, la Corte vuelve sobre el tema, poniendo de presente las distintas cargas argumentativas cuando el cambio es de un precedente horizontal o de uno vertical. Que el juez pueda utilizar o no el precedente, ha sido calificado por algunos como sistema de libre jurisprudencia: LÓPEZ MEDINA, Diego, *El Derecho de los Jueces*, segunda edición, Legis, Bogotá, 1995, ps. 25-26.

(100) “En síntesis, la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar de la actividad judicial, de modo que el juez al momento de fallar estudiará esta jurisprudencia y la acogerá si la encuentra razonable, pero podrá separarse de ella si la encuentra irracional, ya que no está obligado a seguirla”. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 22 de julio de 2010, exp. 0619-09. Morigerando la anterior posición, con posterioridad expresó la sala Plena: “en Colombia opera un sistema que bien podría denominarse de ‘vinculación relativa’ al precedente, en el cual los jueces tienen, en principio, el deber de atenerse al sentido y a los fundamentos de sus decisiones anteriores en el caso del precedente horizontal o al de las decisiones previamente adoptadas por sus superiores funcionales en el caso del precedente vertical, pero sin que ello constituya óbice para que, en virtud del aludido principio de autonomía judicial, puedan apartarse de la línea jurisprudencial existente, siempre y cuando expongan motivos suficientes y razonables para ello”, sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 11 de septiembre de 2012, exp. 2010-205-01 (AP). No se entiende por qué la Corte —ver nota anterior— y el Consejo de Estado asocian la posibilidad de cambios jurisprudenciales con una menor fuerza del precedente, cuando algo parecido podría decirse respecto de la ley misma, en sistemas en donde exista el control difuso de constitucionalidad.

(101) Sentencia C-284 de 2015.



alguna manera, lo que hace la Corte es salvaguardar el criterio básico de un sistema en el cual el juez “debe” tener en cuenta las reglas y principios aplicados por sus homólogos<sup>(102)</sup>.

La cuestión de la obligatoriedad igualmente se puede rastrear, entonces también, a partir de la afirmación o no del carácter de fuente de la jurisprudencia, tal como puede verse en afirmaciones del siguiente tenor: “la jurisprudencia es fuente formal y material del derecho y cumple con la función constitucional de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento patrio, en aras de preservar la seguridad jurídica, la confianza legítima en las decisiones de los jueces y la igualdad en el acceso a la administración de justicia”<sup>(103)</sup>.

Queda abierto el debate en torno a la fuerza que entre sí tienen aquellas decisiones judiciales producidas no en la cúpula judicial, sino en los estrados judiciales de primero y segundo nivel. La hipótesis general que podría orientar dicha discusión está relacionada con el carácter institucional que en todo caso tiene el poder judicial como un todo y el papel que juegan en la adjudicación de derechos los ya mencionados principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y racionalidad. De alguna manera, es lo que queda sugerido por la Corte al advertir que el precedente es un remedio a la disparidad hermenéutica siempre posible en el escenario judicial: “(...) la actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, y ello implica que al funcionario corresponde determinar en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener y tienen comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivan de ella, por esta razón, efectos distintos. Frente a esta situación, que además es entendida como correlato necesario de la autonomía judicial, el sistema jurídico ha previsto la figura del precedente, bajo el supuesto de que la independencia interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del derecho”<sup>(104)</sup>.

### *3.2. Efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales*

Lo que esencialmente plantea este tema<sup>(105)</sup>, es la delicada tensión existente entre, por una parte, la prerrogativa de los órganos de cierre del sistema

---

(102) “The Doctrine of Judicial Precedent”, Oxford University Press, visto en: [http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199282500/hollandwebb\\_chap05.pdf](http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199282500/hollandwebb_chap05.pdf).

(103) Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp. 46.176. En otro lugar he indicado las razones por las cuales se puede afirmar que la jurisprudencia sí es fuente de derecho. Ver “¿En qué va la extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia?”, cit.

(104) Corte Constitucional, sentencia T-330 de 2005.

(105) Aquí sigo los argumentos que expuse como juez del Consejo de Estado, en el auto del 25 de septiembre de 2017, exp. 50.892.



jurídico de reevaluar sus propias tesis jurisprudenciales o, dicho de otra manera, de cambiar el precedente judicial establecido en un punto de derecho determinado y, por la otra, la inseguridad jurídica que dichos cambios implican para los justiciables en tanto pueden resultar sorprendidos por el hecho de que, en los litigios cuya resolución tienen pendiente, se les apliquen reglas jurisprudenciales que no fueron aquellas con fundamento en las cuales actuaron frente a la jurisdicción. Al efecto referiré los sustratos teórico-prácticos que se encuentran en la base de la discusión (1), así como algunas de las soluciones que se han planteado (2) y, a partir de allí, se esbozarán los criterios que deben tenerse en cuenta para resolver la tensión en cada caso (3).

### 3.2.1. *Jurisprudencia y seguridad jurídica*

En la perspectiva según la cual los jueces son intérpretes de normas jurídicas y, en esa medida, sólo fijan sus alcances y efectos, se ha entendido que las reglas jurisprudenciales que se extraen de sus decisiones son declarativas y no constitutivas y, por lo tanto, tienen la misma vigencia de las normas interpretadas; de allí que, cuando se operan cambios jurisprudenciales a partir de una reinterpretación de las normas vigentes, se considere implícitamente que la nueva regla jurisprudencial es aplicable tanto al caso por virtud del cual se realiza el cambio, como a los que se resuelvan con posterioridad, por respeto al precedente judicial, garantía derivada del derecho a la igualdad. Lo anterior más aun cuando se trata de sentencias de unificación jurisprudencial cuya fuerza vinculante es mayor en tanto cumplen la *función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable*<sup>(106)</sup>.

Es por cuenta de este entendimiento que las reglas jurisprudenciales no reciben el mismo tratamiento de otras fuentes del derecho que, como la ley, no pueden ser de aplicación retroactiva, salvo excepciones limitadas, especialmente, al campo del derecho sancionatorio. Así, comprendida como interpretación de normas vigentes, la aplicación de reglas jurisprudenciales a actuaciones iniciadas con anterioridad a su formulación no viola, en principio, ese pilar fundamental del Estado de Derecho que es la irretroactividad de la ley<sup>(107)</sup>.

No obstante, salta a la vista que esta comprensión, fuertemente impregnada por concepciones iusfilosóficas según las cuales los jueces no tienen poder para crear normas jurídicas, sino tan solo para revelar retroactivamente el sentido de las existentes —concepciones defendidas en derecho continental y también, aunque en menor medida, en derecho anglosajón<sup>(108)</sup>—,

(106) Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2012.

(107) El art. 29 de la Constitución Política señala expresamente que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”.

(108) Basta recordar que, en lo que tiene que ver con el derecho continental, la tradición de la separación de poderes heredada de Montesquieu —El Espíritu de las Leyes, 1747— y generalizada por la Revolución Francesa enseñaba que el juez no era más que la boca de la ley y, el derecho francés, prohibía expresamente que los

presenta dificultades en materia de seguridad jurídica, debido proceso y confianza legítima, en tanto que, desde el punto de vista del justiciable, el cambio jurisprudencial puede constituir una variación de la regla de derecho al amparo de la cual esperaba legítimamente que se resolviera su situación y ello por virtud de la importancia que, para la protección del derecho a la igualdad, se ha dado al respeto del precedente judicial de las altas cortes, incluso en países de tradición jurídica continental como el nuestro.

En efecto, como antes se indicó, la expresión *imperio de la ley* contenida en nuestra Constitución debe ser entendida como la totalidad del ordenamiento jurídico *incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual [lo] informa*<sup>(109)</sup> y, además, solo se comprende bajo la égida de dos garantías primordiales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato por parte de las autoridades<sup>(110)</sup>. Ello supone que, en sus decisiones, los jueces deban procurar guardar uniformidad y coherencia con lo decidido por los órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, lo que, como se ha explicado, hace necesario el acatamiento del precedente judicial.

Así pues, el precedente judicial ata al juez y, valga repetirlo, garantiza *la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima*<sup>(111)</sup>, máxime cuando ha sido fijado expresamente con el objetivo de unificar jurisprudencia por las autoridades judiciales con facultades para ello, esto es, por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones<sup>(112)</sup>.

De este modo resulta que, por virtud de los mencionados principios en los que se funda la necesidad de respetar el precedente judicial, el justiciable puede no solo tener la expectativa jurídicamente fundada de que el que se aplique a su caso sea el establecido para el momento en que accedió a la administración de justicia —o incluso, para aspectos sustanciales, aquel vigente al momento de los hechos—, sino sustentar en ese precedente sus pretensiones o la manera de ejercer su derecho de defensa. No obstante, dado el ejercicio argumentativo propio de la actividad judicial<sup>(113)</sup>, desarrollado en atención al ideal regulativo de encontrar la mejor respuesta posible

---

jueces profirieran decisiones que tuvieran efectos en casos distintos a aquel que se decidía —*arrêts de règlement*—; por su parte, en la tradición anglosajona, teóricos como Blackstone —Comentarios a las Leyes de Inglaterra, 1765-1769— defendieron que el *common law* encierra un derecho original preexistente, inmutable, completo y justo que el juez se limita a develar y, por consiguiente, a declarar de manera necesariamente retroactiva; perspectiva esta última que, como se sabe, es una de las consecuencias de la concepción iusnaturalista del derecho.

(109) C-539 de 2011.

(110) C-836 de 2001.

(111) T-446 de 2013.

(112) Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-816 de 2011 y 588 de 2012 y C-634 de 2011.

(113) El cual puede ser suscitado por la misma contraparte si esta insiste en la necesidad de revisar la regla jurisprudencial hasta ahora aplicada en cierta materia.

—aunque considerando el valor reforzado con que cuenta el precedente por el simple hecho de serlo—, bien puede ocurrir que ese mismo justiciable se vea avocado a que la regla que se aplique a su caso sea distinta a aquella con fundamento en la cual actuó ante la jurisdicción —o a la que estaba vigente en el momento de los hechos materia del litigio—. Así pues, repito, se plantea la tensión entre, por una parte, la expectativa de los justiciables, fundada en el derecho a la igualdad, y, por la otra, la aplicación de una regla jurisprudencial que, por ser resultado del ejercicio argumentativo reforzado que implicaba el separarse del precedente hasta ahora aplicado, aparece como más satisfactoria para resolver el problema jurídico planteado.

### 3.2.2. *Efecto retroactivo y prospectivo de la jurisprudencia*

Para resolver esta tensión varios sistemas jurídicos han optado por soluciones que, como el denominado *prospective overruling*, busca posponer la aplicación de la nueva regla jurisprudencial<sup>(114)</sup>. Utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América de manera paradigmática en 1965<sup>(115)</sup>, la mencionada doctrina supone la modulación de los efectos en el tiempo del cambio jurisprudencial, de modo que este solo sea aplicable a casos futuros, cuandoquiera que aquel implica graves consecuencias en términos de seguridad jurídica.

Sin invocarla abiertamente, son varios los países que, en la práctica, la admiten o han terminado por admitirla. Así, para indicar solo algunos ejemplos, la Suprema Corte de Justicia de México estima que si bien la jurisprudencia “no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción”, razón por la que “es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional”, esta determinación “tratándose de procedimientos de modificación de jurisprudencia en los que se resuelve abandonar una anterior, no llega al extremo de privar de efectos jurídicos la aplicación que se hubiese hecho de una jurisprudencia superada bajo ese mecanismo, cuando se refiera a la procedencia de algún medio de impugnación, ya que si el interesado se acogió a un criterio que en

---

(114) Es de anotar que esta no es la única estrategia que evita sorprender a los usuarios de la administración de justicia. En efecto, son muchos los sistemas jurídicos en los que los cambios jurisprudenciales pueden anunciarse por la vía de *obiter dictum* insertados en el cuerpo de las providencias o, incluso, en que pueden precaverse por el seguimiento de las opiniones disidentes.

(115) En *Linketter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965), dicha Corporación indicó que el cambio jurisprudencial ocurrido en el caso “*Mapp v. Ohio*”, 1961, relativo a la imposibilidad de hacer valer pruebas obtenidas con violación de la cuarta enmienda, solo tendría aplicación para casos posteriores. Lo anterior después de los inconvenientes causados por la gran cantidad de *habeas corpus* que fueron instaurados por personas condenadas con fundamento en el precedente de “*Wolf v. Colorado*”, 1949, según el cual la forma de obtención de las pruebas no influía sobre la validez de las mismas.

su momento le resultaba obligatorio para adoptar una vía legal de defensa, la interrupción de la jurisprudencia modificada no debe privarlo de la posibilidad de continuar con una instancia ya iniciada, porque uno de los fines de la jurisprudencia es la seguridad jurídica y sería ilógico que su observancia posterior resulte adversa a los intereses de quien, constreñido por ella, procesalmente optó por ajustar su estrategia defensiva a lo que aquélla le ordenaba”<sup>(116)</sup>. Así pues, el cambio jurisprudencial en materia de interposición de recursos no tendría incidencia para quienes, en vigencia del precedente anterior, los tramitaron.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha admitido expresamente y desde hace varios años la eficacia prospectiva del precedente vinculante en los siguientes términos:

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de tracto sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc...<sup>(117)</sup>.

---

(116) Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, enero de 2005, p. 506, nro. de registro del Ius 179.661. Citado por ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nro. 34, 2012, ps. 26-41, disponible en la página del Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura Federal: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/>. Para consultar directamente la revista: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/alvarado.pdf>.

(117) Exp.0024-2003-AI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>. Para ver aplicaciones concretas de la técnica, pueden revisarse las siguientes decisiones: 3361-2004-AA/TC, 09084-2006-PA/TC, todas consultables en

Asimismo, en materias procesales, la Sala Civil del Tribunal Supremo del Poder Judicial en España ha admitido que los cambios de jurisprudencia pueden tener efectos prospectivos. Así, por ejemplo, en una decisión de 2009 en la que estudiaba la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas por responsabilidad civil derivada de un accidente laboral, cambió el criterio sostenido hasta entonces en el sentido de indicar que la competencia relevaba de la jurisdicción social; sin embargo, precisó que para las demandas interpuestas antes del cambio operado, dicha sala mantenía su competencia, con lo que la nueva regla jurisprudencial solo tendría efectos para las demandas que se interpusieran con posterioridad. El Tribunal, después de insistir en que *la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y como tal de obligada observancia por su naturaleza de orden público*, señaló que esto no era suficiente para declarar su falta de jurisdicción en el caso bajo análisis pues, a su juicio, admitir lo contrario iría en contravía de: “...la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos —la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas—”<sup>(118)</sup>.

Con el fin de poner en evidencia que aun en países de tradición fuertemente legalista, en los que se ha insistido en que la labor del juez se limita a interpretar las normas vigentes o a ser, como en su momento señaló Montesquieu, la boca de la ley, se ha admitido la necesidad de buscar alternativas para paliar los efectos indeseados de la aplicación inmediata y por ende, retroactiva de la jurisprudencia, vale la pena destacar el ejemplo de la Corte de Casación francesa que, por iniciativa de su presidente, solicitó la constitución de un grupo de trabajo, bajo la dirección de un reconocido profesor universitario, para la realización de un reporte sobre las incidencias de la aplicación en el tiempo de los cambios de jurisprudencia y sobre los medios para aminorar sus efectos en ciertas hipótesis<sup>(119)</sup>. De acuerdo con

---

la página web <http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=0024-2003-AI%2FTC&anio=&accion=TD&dte=&ddo=&codverificacion=>.

(118) Sentencia de 11 de septiembre 2009, resolución 587/2009, recurso 1997/2002. Consultable en la página del Consejo Superior del Poder Judicial Español [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial). Consultada el 23 de enero de 2017.

(119) Es de recordar que dicha reflexión no puede ser entendida plenamente sin la presión de la entonces Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y de la Corte Europea de Derechos Humanos quienes desde 1976 y 1979, respectivamente, hacían uso de esta técnica. La primera indicando que era a título excepcional y sólo por “imperiosas razones de seguridad jurídica” (CJCE, 8 de abril de 1976, *Defrenne*, aff. 43/75; 15 de enero de 1986, *Pinna I*, aff. 41/84 y 17 de mayo de 1990, *Barber*, aff.

el denominado *Reporte Molfessis*, rendido el 30 de noviembre de 2004 y publicado el año siguiente<sup>(120)</sup>, aunque era recomendable la modulación de los efectos en el tiempo de algunos cambios de jurisprudencia, el principio que debía imperar era el de su aplicación inmediata, en la medida en que la mayor parte de dichos cambios no desconocían las previsiones legítimas de los justiciables y, en consecuencia, propuso que fuera una composición especial de la Corte, léase, su sala plena, quien decidiera sobre la necesidad de postergar los efectos del cambio operado.

Es así como el 21 de diciembre de 2006, la sala plena de dicha Corporación, en un asunto relativo a la interrupción de la prescripción de una acción, concluyó que a partir del momento en que la aplicación en la instancia en curso, esto es, retroactiva, de la regla de prescripción resultante del cambio jurisprudencial operado conducía a privar a la parte perjudicada de un proceso equitativo, en el sentido del artículo 6.1 de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en tanto le negaba el derecho al recurso a la administración de justicia —en nuestros términos, al acceso a la administración de justicia—, la decisión de segunda instancia —proferida al amparo de la jurisprudencia precedente— no podía casarse<sup>(121)</sup>, con lo que el cambio jurisprudencial solo tendría efectos prospectivos. Luego de esta decisión, cada una de las salas de esa alta Corte se ha pronunciado de manera autónoma sobre el particular observándose que, por ejemplo, en la Social, se admite la prospectividad de los cambios jurisprudenciales cuando se trata de garantizar el acceso a la administración de justicia de una persona, esto es, cuando la aplicación de la nueva regla jurisprudencial conllevaría a privarla de recursos instaurados con anterioridad<sup>(122)</sup>, pero no así cuando se trata de juzgar temas sustanciales, asuntos en los cuales se repiten considerandos clásicos según los cuales el derecho a un proceso equitativo no implica un derecho a la inmutabilidad de la jurisprudencia, en tanto que hace parte del oficio del juez garantizar la evolución jurisprudencial; posición que fue criticada por la doctrina en tanto se abstuvo de tener en cuenta los diferentes antecedentes que, en derecho comparado, particularmente, en derecho europeo, decidían sobre la cuestión de la modulación en el tiempo de los efectos de un cambio jurisprudencial, a partir de la consideración de la totalidad de consecuencias que implica, incluyendo las económicas<sup>(123)</sup>.

---

C. 262/88) y la segunda con fundamento en el principio de seguridad jurídica, necesariamente inherente al derecho de la Convención EDH como al derecho comunitario y en el entendimiento dado al derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6 de la Convención EDH (CEDH, 13 de junio de 1979, *Marckx*; 29 nov. 1991, *Vermeire*).

(120) *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, LexisNexis, Paris, 2005, 193 p.

(121) Boletín de sala plena nro. 15 —Ley sobre la prensa—.

(122) Cass. soc., 26 mai 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 826.

(123) Ver, por ejemplo, Christophe RADÉ, “La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence”, *Droit social*, 2010, p. 1150.



Por último, es de señalar que, en Colombia, la regla general ha sido la de la aplicación inmediata y, por ende, retroactiva de la jurisprudencia<sup>(124)</sup>. No obstante, existe al menos un caso en el que, confrontada a decisiones contradictorias de distintas secciones en torno a la acción procedente para obtener la indemnización debida por la mora en el pago de cesantías definitivas, la sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, después de aclarar que en esos casos la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, previo agotamiento de la vía gubernativa, consideró que “por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia (...) los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes”<sup>(125)</sup>, consideración de la que se desprende, sin duda alguna, que la unificación jurisprudencial operada solo tendría efectos prospectivos, es decir, para las demandas que se interpusieran con posterioridad a la decisión.

Asimismo, desde el año 2013 la sección quinta de la misma Corporación ha proferido decisiones en las que, pese a concluir sobre la necesidad de operar cambios jurisprudenciales sobre el entendimiento de puntos de derecho en materia electoral, se ha abstenido de aplicarlos a los casos concretos con fundamento expreso o tácito en el principio de confianza legítima<sup>(126)</sup>. En esa línea el 7 de junio de 2016 profirió un fallo que, calificado expresamente como de unificación jurisprudencial<sup>(127)</sup>, resolvió el caso bajo análisis con

---

(124) Aunque no hay que dejar de lado que, desde muy temprano en el ejercicio de sus funciones, la Corte Constitucional reconoció la facultad de modular en el tiempo los efectos de sus decisiones sobre la inexecutable de las leyes como una potestad derivada del mismo texto de constitucional que le confía la guarda de su integridad y supremacía, lo que la habilita a que, con fundamento en las mismas normas constitucionales, estudie en cada caso si puede retardar los efectos de la declaratoria de inexecutable proferida (ver, por ejemplo, sentencia C-113 de 1993), hipótesis que aunque no se refiere directamente a los efectos de la jurisprudencia y, menos aún, de los cambios jurisprudenciales, sino que tiene que ver con la teoría de los actos jurídicos, en este caso, de la ley, y su desaparición del ordenamiento jurídico, no deja de tener un parecido de familia con el tema que aquí se aborda en tanto dicha desaparición ocurre por efecto de, justamente, una interpretación jurisprudencial. Ahora bien, no cabe duda de que, en tanto se conciben como cambios en las reglas jurídicas aplicables a un caso concreto —así sean reglas jurídicas extraídas por vía interpretativa—, los cambios jurisprudenciales y su aplicación en el tiempo deberían abordarse como un apartado más de un estudio general sobre los efectos temporales de las disposiciones normativas.

(125) Sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01(II).

(126) La sentencia inaugural sobre el tema fue la expedida el 12 de septiembre de 2013, exp. 2011-00775. Luego se profirieron las decisiones de 26 de marzo y 9 de abril de 2015, exp. 2014-00034 y 2011-00061, respectivamente, con criterios semejantes.

(127) Exp. 110010328000 2015-00051 00. A través de esta providencia se resolvió una acción de nulidad electoral instaurada contra el acto mediante el cual se



base en la jurisprudencia hasta entonces vigente y, sin embargo, indicó como *jurisprudencia anunciada electoral y, por tanto, precedente para la resolución de futuras controversias electorales* el cambio que en la misma sentencia se realizaba en torno a: i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los arts. 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la ley 617 de 2000; y ii) el alcance de la aplicación del principio *pro homine* en materia electoral. Debe anotarse que en esta providencia no se explicaron las razones por las cuales se optó por la aplicación prospectiva del cambio jurisprudencial operado y, adicionalmente, no se resolvieron los interrogantes que, en el marco de la tensión en la cual surge la necesidad de aplicar esta técnica, se plantean en torno al momento en que debe operar la prospectividad<sup>(128)</sup>.

En efecto, prolífica en las razones por las cuales era necesario cambiar el precedente fijado a propósito del momento en el cual debía empezar a computarse el término de incompatibilidad fijado en las normas pertinentes para los alcaldes y gobernadores, la providencia a que se hace referencia se abstiene de señalar las razones por las cuales se estimó que la nueva regla jurisprudencial no podía ser aplicada al caso bajo análisis y ello pese a que, dadas las particularidades del mismo, dicha aplicación no habría cambiado el sentido de la decisión adoptada, es decir, no habría tenido ninguna incidencia en la situación de la persona principalmente afectada por la nulidad.

### 3.2.3. *Criterios para resolver la tensión retroactividad-prospectividad de la jurisprudencia*

Los anteriores ejemplos ilustran claramente la necesidad creciente de que los jueces consideren las consecuencias de la aplicación inmediata de los cambios jurisprudenciales que operen y no solo la conveniencia de los mismos, así como las razones que permitirían determinar que dichas consecuencias son indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y, de ser el caso, los mecanismos que serían necesarios para evitarlas. Todo ello teniendo bien definidos los supuestos en los que deben realizarse estas consideraciones, es decir, aquellos en los que se está frente a una auténtica variación de la regla jurisprudencial.

---

declaró electa la gobernadora de La Guajira para el período constitucional 2016-2019, por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

(128) En las decisiones antes reseñadas, sí se respondía a dichos interrogantes. Así, en la decisión de 12 de septiembre de 2013 se insiste ampliamente sobre la aplicación del principio de confianza legítima mientras que en la de 9 de abril de 2015 se realiza un juicio de ponderación para determinar la conveniencia de aplicar inmediatamente o no la regla jurisprudencial cambiada. De la misma manera, en esos fallos se pone de presente que la jurisprudencia que debe aplicarse es la vigente en el momento de la materialización de los hechos —y no de la presentación de la demanda—, lo cual se explicaría por la naturaleza de los asuntos sometidos a la jurisdicción —nulidades electorales resultantes de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades—.

En efecto, al margen de que, como ya se explicó, en cumplimiento del ideal regulativo de encontrar la mejor respuesta posible, los jueces y, particularmente, los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, tengan la facultad de cambiar el precedente fijado en un punto de derecho, cumpliendo con la carga argumentativa requerida para justificarlo y teniendo en cuenta que esta es reforzada en tanto que el precedente, únicamente por el hecho de serlo, tiene un peso mayor al que tendría el fundado en una argumentación alternativa, peso que naturalmente habría que desvirtuar; operado aquél, esto es, fijada la nueva regla, dichos órganos judiciales no pueden ser ajenos a las consecuencias que la aplicación inmediata de esa regla conlleva. Al contrario, la trascendencia innegable que esos cambios tienen para quienes acceden a la administración de justicia desafía a los jueces, en especial a quienes tienen la facultad de cambiar los precedentes aplicables, es decir, los órganos de cierre de las jurisdicciones, a que se interroguen sobre el particular.

En el marco del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, adoptado en Colombia por la Constitución Política de 1991, este desafío adquiere el carácter de obligación en tanto que los jueces están en el deber de asumir un rol proactivo en la defensa de los contenidos constitucionales<sup>(129)</sup> y, como se explicó, algunos de estos pueden resultar seriamente afectados por la aplicación inmediata y, por ende, retroactiva de la nueva regla jurisprudencial; de allí que el juez deba ser garante del texto constitucional no solo cuando adopta la decisión mediante la cual la fijará, sino a la hora de precaver los efectos que la aplicación de la misma conlleva para el caso en el cual se establece y para los que se resolverán con posterioridad.

En esta perspectiva es necesario interrogarse entonces sobre la regla que, en materia de aplicación de cambios jurisprudenciales —efectos retroactivos (inmediatos) o prospectivos—, mejor garantizaría los contenidos constitucionales que el juez está en la obligación de proteger y, dado el caso, las circunstancias en las cuales habría lugar a aplicar la excepción. Al respecto se tiene que, en principio y en tanto supone que la solución dada al caso concreto se estima mejor a aquella en la que se fundaba el precedente, esto es, en mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico, la nueva regla jurisprudencial debería aplicarse de manera inmediata, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

---

(129) Sobre el papel de los jueces en el Estado Social y Democrático de Derecho pueden consultarse, las sentencias C-836 de 2001 y T-392 de 2010, entre muchas otras.

Adoptar la posición contraria, esto es, aquella según la cual la regla general en materia de cambios jurisprudenciales debe ser la de su aplicación prospectiva, implicaría que en escenarios de congestión como los que se presentan en buena parte de despachos judiciales, dentro de los cuales se encuentran varios órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones, aquellos no puedan operar sino varios años después de que hayan sido fijados, lo que podría retardar notablemente la evolución jurisprudencial implícitamente buscada con la estructura institucional establecida por la Constitución Política de 1991, sin que en todos los casos se evidencien razones que así lo justifiquen. En efecto, al consagrar que los magistrados que conforman dichos órganos de cierre son elegidos para períodos de 8 años (art. 233 de la C.P.), la Carta Magna optó por un modelo de justicia caracterizado por una evolución jurisprudencial más rápida de la que se produciría naturalmente de haberse consagrado períodos vitalicios, de allí que, en principio y salvo que se presenten circunstancias que, como las relatadas en el párrafo precedente, justifiquen posponer los efectos del cambio operado, la aplicación inmediata y, por ende, retroactiva del mismo responde mejor al objetivo institucional implícito a los períodos establecidos para la magistratura en los órganos de cierre de las jurisdicciones, a saber, el garantizar no solo un examen relativamente frecuente de lo bien fundado de las reglas jurisprudenciales establecidas en un punto concreto de derecho y, de ser el caso, su renovación, sino el que esta última tenga una pronta repercusión en las realidades sociales en las que intervienen las decisiones de justicia, lo que sin lugar a dudas redundaría en beneficio de una mayor sintonía entre aquellas —las realidades sociales—, tal como han evolucionado naturalmente por el mero paso del tiempo, y estas últimas —las decisiones—, evitando así soluciones que, so pretexto de estar completamente fundadas en el ordenamiento jurídico, tal como era interpretado en un tiempo pretérito, resulten anacrónicas para el momento en que son proferidas.

En este punto vale la pena insistir en que, aunque hoy por hoy no puede desconocerse que, en su tarea de adjudicación, los jueces y, en particular, los órganos de cierre de las jurisdicciones fijan reglas que completan y concretan el ordenamiento jurídico y, en ese sentido, cumplen un papel importante en la creación normativa, tampoco puede perderse de vista que, en tanto resultan de una actividad que se confronta diariamente a la necesidad de aterrizar las disposiciones del ordenamiento para los casos particulares, considerando las circunstancias específicas de cada situación, las reglas jurisprudenciales establecidas no tienen la misma envergadura ni rigidez de otras fuentes del derecho como la ley, por lo que mal podría concluirse que los principios que rigen la aplicación de esta última deban operar de la misma manera para aquellas. Al contrario, a partir de la constatación de las diferencias, en particular, del hecho de que las reglas jurisprudenciales surgen de interpretaciones normativas realizadas para casos concretos y de que sean estos últimos los que desafíen a interrogarse sobre su corrección o sobre la necesidad de cambiarlas, es posible concluir que la regla que en materia de determinación de sus efectos mejor se acompasa con su naturaleza es la de su aplicación in-

mediata y, por ende, retroactiva, salvo que, se insiste, dicha aplicación conlleve consecuencias indeseables a la luz de los principios, valores y derechos consagrados por el ordenamiento jurídico.

Es por virtud de esta lógica que, como lo muestran los ejemplos reseñados tanto de derecho comparado como nacional, cuando ha surgido explícitamente la pregunta por los efectos de un cambio jurisprudencial, la regla general por la que se ha optado es por la de su aplicación inmediata, siendo la excepción la prospectividad; esquema que, sin lugar a dudas, permite una mejor consideración del momento a partir del cual debe posponerse la aplicación de la regla jurisprudencial decantada. Efectivamente, de admitirse que la regla general en materia de cambios jurisprudenciales fuera la prospectividad de sus efectos, en previsión de las situaciones en las cuales los jueces no establecieran el momento en que el cambio empezaría a tener aplicación, sería necesario fijarlo de antemano; no obstante, la adopción de una decisión en ese sentido no es sencilla en la medida en que, para que el aplazamiento de los efectos del cambio tenga la repercusión buscada, esto es, evitar que traiga consigo consecuencias indeseables desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la confianza legítima o la protección de derechos fundamentales como el del debido proceso, la defensa y la igualdad u otros derechos consagrados, no basta con que la prospectividad se fije para casos futuros —pues bien puede ocurrir que los mismos ya estén siendo tramitados por la jurisdicción y/o en estadios en los que no sea posible tomar acto del cambio, con lo que también se sorprendería a los justiciables—, o para los casos que se presenten con posterioridad ante la jurisdicción —porque el cambio bien puede referirse a situaciones en las que lo determinante no es la regla aplicable al momento de acceder a la administración de justicia, sino aquella con base en la cual se actuó, antes de la existencia del litigio—. Así pues, es solo en consideración a las circunstancias particulares de cada caso que podría determinarse adecuadamente —esto es, en la atención precisa que requiere el evitar que el cambio cause traumatismos incompatibles con el ordenamiento— el momento a partir del cual dicho cambio debería empezar a operar; de allí que sea más indicado adelantar esta reflexión en el marco de la prospectividad como excepción y no en uno en el que esta se plantee como la regla general en materia de aplicación de cambios jurisprudenciales.

Se tiene entonces que, en principio, estos últimos deben ser de aplicación inmediata, salvo que, a la luz de un juicio de ponderación de los derechos y principios constitucionales en pugna, se concluya que la misma contraría principios, valores y derechos consagrados por el ordenamiento jurídico, esto es, que dicha aplicación implica consecuencias constitucionalmente inadmisibles, de modo que solo en este último caso sería necesario poner en práctica mecanismos que, como la modulación en el tiempo de los efectos de la decisión, eviten o temperen dichas consecuencias. Es precisamente lo que ocurrió en la providencia de 27 de marzo de 2007 de la sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, antes citada, en donde, en un proceso cuyo conocimiento se asumió por razones de importancia jurídica,

la máxima instancia de lo Contencioso Administrativo, sin mayores desarrollos, pero dejando clara la prevalencia del respeto a la seguridad jurídica y, en particular, el derecho al acceso a la administración de justicia, constitucionalmente consagrado, definió que la regla jurisprudencial allí adoptada no afectaría las demandas en curso, esto es, que solo tendría efectos para las demandas presentadas con posterioridad.

Esta decisión pone en evidencia que, por ejemplo, la aplicación inmediata de cambios jurisprudenciales que restrinjan el acceso a la administración de justicia allí donde los precedentes vigentes legitimaban a los justiciables a esperar que sus pretensiones serían estudiadas en sede jurisdiccional constituye uno de esos eventos en los que, por justificado que esté, el cambio automático conlleva consecuencias constitucionalmente inaceptables y, por lo tanto, se hace necesario modular en el tiempo sus efectos. Lo mismo podría afirmarse en situaciones en las que: i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no solo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.

Ahora bien, aunque el principal llamado a realizar el juicio de ponderación propuesto y, de ser el caso, a determinar el mecanismo a través del cual se velaría porque la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no afecte de manera desproporcionada principios y derechos constitucionales, sería el mismo juez que la fija, en los casos en que se haya abstenido de hacerlo, los demás operadores de justicia, también obligados a hacer prevalecer la superioridad de la Constitución Política, podrían determinar que, en una situación concreta, la aplicación de la misma desatendería injustificadamente los postulados superiores y, en consecuencia, después de cumplir con la exigente carga argumentativa que les incumbiría por apartarse de la regla tácita de su aplicación inmediata, podrían decidir, fundadamente, que el cambio jurisprudencial invocado no tiene efectos para el caso sometido a su consideración.

Lo dicho hasta aquí supone verificar previamente que, por una parte, existía una regla jurisprudencial clara y de aplicación si no uniforme al menos sí mayoritaria —y no solo un pronunciamiento insular sobre el mismo punto— y, por la otra, que dicha regla realmente cambió, esto es, que constituye una auténtica modificación de la precedente, pues bien puede ocurrir que no sea más que una subregla de la anterior, establecida en atención a circunstancias fácticas particulares, o que, siendo radicalmente distinta, sea el producto de cambios normativos, casos en los cuales el justiciable no podía esperar, legítimamente, que se le aplicara el precedente pretendido. En efecto,

para hablar de un cambio jurisprudencial es necesario constatar que, sobre el mismo punto de derecho y sin que mediaran cambios en el ordenamiento jurídico que así lo justificaran, se adoptó una regla sustancialmente diferente a la que venía aplicándose, de manera generalizada, y que implica que el problema jurídico planteado a la jurisdicción sea resuelto de manera opuesta a como venía haciéndose. Es solo en este escenario en el que podría advertirse la vulneración a los derechos y principios constitucionales que daría lugar a modular la aplicación de la regla jurisprudencial últimamente fijada.

A manera de síntesis sobre el tema se destaca lo siguiente: i) los cambios jurisprudenciales plantean una delicada tensión entre la prerrogativa de los órganos de cierre del sistema jurídico de reevaluar los precedentes jurisprudenciales fijados y la inseguridad jurídica que pueden representar para los justiciables sorprendidos por el cambio; ii) en un entendimiento clásico de la labor judicial, se ha dicho que, en tanto interpretativas de los textos vigentes, las reglas jurisprudenciales son necesariamente retroactivas; iii) no obstante, dada la admisión de la importancia de respetar el precedente judicial como materialización del derecho a la igualdad de los ciudadanos delante de la ley, los cambios del mismo bien pueden defraudar las expectativas legítimas fundadas en su aplicación; iv) es frente a esta tensión que en varios sistemas jurídicos y, aun en algunas decisiones nacionales, se ha puesto en práctica la técnica consistente en posponer en el tiempo los efectos de los cambios operados o, dicho en otros términos, modular dichos efectos; v) esos ejemplos ponen en evidencia la necesidad de que los jueces consideren las consecuencias de los cambios jurisprudenciales que realicen y no solo la conveniencia de operar dichos cambios; vi) en Colombia la consideración de esos efectos es una exigencia impuesta por el modelo de Estado adoptado constitucionalmente en tanto supone que los jueces asuman un papel proactivo en la defensa de los contenidos constitucionales lo cual se materializa no solo en la motivación y sentido de sus decisiones sino a la hora de precaver las consecuencias de las mismas; vii) en tanto supone que la solución dada al caso concreto se aviene mejor a aquella en la que se fundaba el precedente, esto es, en mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico, más aun cuando es establecida expresamente como de unificación de jurisprudencia, la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente deberá aplicarse de manera inmediata, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; viii) esta regla: a) responde mejor al objetivo institucional implícito a los períodos establecidos para la magistratura en los órganos de cierre de las jurisdicciones, a saber, el garantizar no solo un examen relativamente frecuente de lo bien fundado de las reglas jurisprudenciales establecidas en un punto



concreto de derecho y, de ser el caso, su renovación, sino el que esta última tenga una pronta repercusión en las realidades sociales en las que intervienen las decisiones de justicia; b) se adecua mejor a la naturaleza particular que tienen las reglas jurisprudenciales como fuentes de derecho; y c) permite una mejor consideración de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para fijar el momento para el cual debe posponerse la aplicación de una nueva regla jurisprudencial; ix) en principio es el mismo órgano jurisprudencial que opera el cambio el llamado a explicitar el juicio de ponderación a la luz del cual sea necesario optar por una aplicación prospectiva de dicho cambio; no obstante, si se abstiene de hacerlo, los demás jueces, también obligados a hacer prevalecer la superioridad de la Constitución Política, podrían determinar que, en una situación concreta, la aplicación de la misma desatendería injustificadamente los postulados superiores y, en consecuencia, después de cumplir con la exigente carga argumentativa que les incumbiría por apartarse de la regla tácita de su aplicación inmediata, podrían decidir, fundadamente, que el cambio jurisprudencial invocado no tiene efectos para el caso sometido a su consideración.

#### 4. Garantías de respeto a la jurisprudencia-precedente

Como resultado del impacto que ha tenido el manejo del precedente judicial en el contexto jurídico colombiano, la legislación y la práctica judicial misma han moldeado una serie de mecanismos para garantizar la observancia de la J-P derivada de las decisiones emitidas por los órganos de cierre en Colombia.

Así, el ordenamiento jurídico tiene previstos los siguientes mecanismos: i) la acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente judicial (arts. 13, 86 y 230 de la C.P. 1991), ii) el recurso extraordinario de casación (art. 180 y ss. C.P.P. y art. 333 y ss. C.G.P. ) y iii) el recurso extraordinario de revisión (art. 192 y ss. C.P.P. y art. 354 C.G.P.). Por otro lado, en sede de las competencias específicas del Consejo de Estado están: iv) el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial (art. 256 y ss., ley 1437 de 2011), v) la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (art. 269 y ss. *ibídem*), vi) el mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo (art. 272 y ss. ley 1437 de 2011), y la reparación de daños por error judicial (art. 65-66, ley 270 de 1996). A continuación, se hará una breve referencia a los mencionados mecanismos.

##### 4.1. *Acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente judicial*

Existe la posibilidad de hacer prevalecer la J-P obligatoria de las altas Cortes por medio de la acción constitucional de tutela contra providencias judiciales que la desconocen. Así, la Corte Constitucional ha desarrollado una dogmática sobre el amparo constitucional, como una forma de garantizar



la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, en virtud de la cual el desconocimiento del precedente constituye una causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Son muchas las decisiones proferidas tanto por la Corte como por el Consejo de Estado defendiendo esta tesis. En esencia, el argumento es el mismo y resalta que el desapego a una decisión y posición sentada por un órgano de cierre “puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, —en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, — sea este vertical u horizontal—, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad”<sup>(130)</sup>.

#### *4.2. Recurso extraordinario de casación*

Como se indicó antes, la fuerza de la doctrina legal en Colombia era tal que su desconocimiento generaba una causal de nulidad para el efecto del recurso extraordinario de casación conocido por la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el art. 38 de la ley 61 de 1886 consagraba: “son causales de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación, los hechos siguientes: 1º Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de ley sustantiva o de doctrina legal o fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra (...)”. Con la aparición de un nuevo estatuto procesal civil, se limitó la referida causal a aquellos eventos de una “sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial” (art. 348 Código de Procedimiento Civil, ya derogado). El Código General del Proceso vigente— establece en su artículo 336 que son causales del recurso extraordinario de casación: “(...) 5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados”; y en el numeral 2 del art. 133, hay lugar a declarar la nulidad de un proceso “cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia”.

Así pues, en armonía con el espíritu que ha orientado la protección de la doctrina legal, luego la doctrina probable y a la postre la J-P, se tiene que el recurso extraordinario de casación de forma indirecta permite hacer valer las decisiones judiciales —sin distinción— cuando gozan de la cualidad de ser cosa juzgada —en tanto se encuentran ejecutoriadas—, cuya naturaleza aunque aparente ser meramente procedimental, sin duda tiene implicaciones en el ámbito sustancial de lo que implica respetar las providencias en un sistema legalista como el colombiano.

---

(130) Corte Constitucional, sala Segunda de Revisión, sentencia del 8 de febrero de 2007, exp. T-1400769.

#### *4.3. Recurso extraordinario de revisión*

La legislación colombiana ha contemplado de forma más directa y expresa —de acuerdo con la especialidad en la jurisdicción ordinaria— varias causales para este fin. Así, por ejemplo, en el Código General del Proceso, el art. 335 establece que es procedente este recurso, entre otros, por “9. ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada...”

A su turno, en el campo penal, el Código de Procedimiento de esa especialidad consagra dos causales particulares que permiten proteger el precedente judicial. En efecto, el art. 192 consagra: “7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”

#### *4.4. Recurso extraordinario de unificación jurisprudencial*

Conforme a lo dispuesto en los arts. 256 y ss. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —ley 1437 de 2011—, con la finalidad de garantizar la coherencia entre los fallos judiciales proferidos dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de modo que no se vea vulnerado el derecho a la igualdad de los usuarios de la administración de justicia, se estableció el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Dicho recurso procede contra las sentencias dictadas en segunda o única instancia por los tribunales administrativos, cuando estas son contrarias a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, siempre que la condena o las pretensiones excedan los montos previstos por el art. 257 del CPACA.

La providencia sobre la cual se realiza el análisis del medio impugnatorio, se insiste, debe ser una decisión de unificación de jurisprudencia, conforme a la naturaleza definida en la legislación aplicable —CPACA— cuya característica principal es el grado de importancia por la que es emitida en sede del Consejo de Estado. Es decir, decisiones de este tipo comportan grandes consideraciones para la jurisdicción contencioso-administrativa, bien por la necesidad de ajustar criterios o por la de producir cambios jurisprudenciales. Naturaleza que claramente goza de la potencialidad para constituir precedentes vinculantes para todos los operadores jurídicos de esta jurisdicción. En efecto, la norma indicada dispone que serán tenidas como sentencias de unificación jurisprudencial aquellas decisiones que i) hayan sido proferidas por el Consejo de Estado por importancia jurídica, trascendencia económica, social o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; ii) fueron emitidas para decidir —de fondo— los recursos extraordinarios (referidos en el CPACA); y iii) las formuladas en virtud del mecanismo eventual de revisión de las acciones populares y de grupo.

#### *4.5. Extensión de las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional*

Conforme a lo dispuesto en los arts. 10, 102 y 269 y ss. de la ley 1437 de 2011, la extensión de las sentencias de unificación jurisprudencial es una figura jurídica que consagra tres posibilidades procedimentales por medio de las cuales se busca asegurar que tanto la administración pública como la Rama Judicial apliquen uniforme y fielmente la jurisprudencia expedida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

A través de dicha institución se busca que las personas puedan obtener de la administración pública, una resolución a sus reclamaciones de manera directa, pronta y eficaz, toda vez que son pronunciamientos que deben ir en armonía con las decisiones judiciales que han sido adoptadas anteriormente en asuntos de igual índole por parte del órgano de cierre, lo cual a la postre, redundará positivamente en la administración de la jurisdicción en términos de descongestión judicial.

La extensión de jurisprudencia permite a las autoridades públicas tener certeza en las decisiones que adoptan al resolver las peticiones de las que deben ocuparse; evita que el ciudadano se vea obligado a acudir a un proceso judicial, con todo lo que ello implica, para que se resuelvan sus pretensiones en relación con casos iguales que ya han sido decididos a través de sentencias de unificación y, consecuentemente, reduce los niveles de congestión en la administración de justicia. Bondades del mecanismo que operan en un sistema jurídico más armónico y coherente que permite la realización de principios y garantías como la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la celeridad y la economía procesal.

#### *4.6. El mecanismo eventual de revisión en acciones de grupo y populares*

Conforme al art. 36A de la ley 270 de 1996, la finalidad del mecanismo de la eventual revisión es la unificación de la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado —en el marco de las acciones constitucionales de grupo y populares— con miras a evitar la existencia de criterios contradictorios respecto de un mismo tema, derivados, por ejemplo y a título puramente enunciativo, de su complejidad, indeterminación, ausencia de claridad normativa, vacío legislativo, confusión y diversidad de interpretaciones, inexistencia de criterio consolidado respecto de determinados tópicos, entre otros aspectos significativos o propios de la tarea unificadora. Esto permite garantizar los principios de igualdad, seguridad, estabilidad jurídica, confianza legítima, buena fe, unidad de derecho y publicidad de la actividad judicial para lograr una adecuada administración de justicia y la vigencia de un orden justo. De tal manera que pueda aplicarse en igualdad de condiciones en casos cuyos supuestos fácticos y jurídicos sean los mismos.

En estos términos, si la finalidad del mecanismo de revisión eventual es la unificación de la jurisprudencia, no es posible utilizarlo como un nuevo

recurso o una instancia adicional dentro del trámite de las acciones populares o de grupo. Lo que, en consecuencia, descarta que puedan exponerse en la solicitud razones de inconformidad con la providencia o replantear el tema de fondo ya discutido y definido en las instancias respectivas. Es por ello, una auténtica forma de garantizar en sede jurisdiccional la prevalencia de la J-P que, aunque en contradicción, llega a prevalecer como resultado de un ejercicio argumentativo que da lugar a sentar el criterio más conveniente para la Corporación en relación con la vigencia y protección de los derechos en disputa.

#### 4.7. Error judicial como causal de responsabilidad estatal

Conforme a los arts. 65-66 de la ley 270 de 1996, se tiene que la responsabilidad patrimonial del Estado puede resultar comprometida al incurrir en error jurisdiccional. De acuerdo con estas normas, el error judicial es aquel que se materializa en una providencia proferida por una autoridad judicial, en cuyo evento previó el legislador colombiano que “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”, para lo cual basta, en estos casos, que la providencia judicial sea contraria a la ley, bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho), tipología esta última en la cual podría encuadrarse el desconocimiento de la J-P.

La posibilidad de declarar la responsabilidad estatal por error judicial, también se materializa cuando, en términos del daño, un operador jurídico desconoce la J-P proferida por una alta Corte. Hay que recordar que, además de la naturaleza vinculante de los proveídos emitidos por los órganos de cierre —que dan lugar a un error sustantivo—, esto se acompasa con el sentido amplio que le ha otorgado la Corte Constitucional al término *imperio de la ley* en tanto, como ya se indicó, también cobija al producido jurisprudencial<sup>(131)</sup>; por lo que también les es de obligatorio respeto y seguimiento a los jueces de conformidad con el art. 230 de la C.P. del 91.

Con esta batería de mecanismos legales, puede decirse entonces que la obligatoriedad de la J-P en Colombia, por lo menos formalmente, se encuentra asaz garantizada. No solo el conocimiento de tales recursos, sino una consciencia jurídica creciente acerca de los beneficios sociales e institucionales del obedecimiento de la J-P, permite afirmar, quizá en un arrebato de optimismo, que en Colombia, en general el producido de sus jueces, se toma en serio.

---

(131) Ver sentencia C-539 de 2011.

## Bibliografía

### *Libros y artículos*

ITURRALDES, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995.

LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 1995, ps. 25, 26.

— *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006.

— “Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: recepción y vicisitudes del concepto de ‘doctrina legal’ en la región”, en *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2011.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “La garantía de la seguridad Jurídica en las sentencias de casación”, en *Tribuna Abierta*, nro. 35, Madrid, 2013.

MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.

OLANO G., H. A. “Del Precedente Constitucional al nuevo Precedente Contencioso-Administrativo”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 9, nro. 2, Bogotá, 2011.

RADÉ, Christophe, “La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence”, en *Droit social*, Paris, 2010.

ROJAS BETANCOURTH, Danilo, “Razonamiento judicial en Colombia y nuevo constitucionalismo”, en *Revista El Otro Derecho*, nro. 48, diciembre, Debates constitucionales en nuestra América. Enfoques y tendencias, Bogotá, ILSA, 2013, ps. 169 a 194.

— “¿En qué va la extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia?”, en *Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II, Responsabilidad, contratos y procesal*, Hugo Andrés Arenas Mendoza (ed. académico), Universidad del Rosario, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

SÉROUSSI, Roland, *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, Barcelona, Ariel, 1998.

TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, en *Revista Precedente*, Anuario Jurídico, Universidad Icesi, 2007.

VALENCIA ZEA, Arturo - ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil, Parte general y personas*, Bogotá, Temis, t. 1, 2008.

YEPES BARREIRO, Alberto, “Precedente en Colombia”, en *Consejo de Estado de Colombia, 1817-2017, Bicentenario de una institución republicana*, Ibáñez, Bogotá, 2017.

*Jurisprudencia y precedentes**Sentencias de la Corte Constitucional colombiana**Sentencias de constitucionalidad*

C-104 de 1993.

C-113 de 1993.

C-083 de 1995.

C-447 de 1997.

C-400 de 1998.

C-557 de 2001.

C-836 de 2001.

C-539 del 2011.

C-634 de 2011.

C-816 de 2011.

C-588 de 2012.

C-284 de 2015.

C-621 de 2015.

C-179 de 2016.

*Sentencias de tutela*

SU-047 de 1999.

T-330 de 2005.

T-392 de 2010.

T-892 de 2011.

T-446 de 2013.

SU-053 del 12 de 2015.

*Sentencias del Consejo de Estado colombiano*

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de agosto de 1988, exp. S-032.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 1974, exp. 2801.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de agosto de 1977, exp. 10107.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de noviembre de 1990, exp. S-135.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de julio 10 de 1992.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ).

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 11 de septiembre de 2012, exp. 2010-205-01 (AP).

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, exp. 2013-15 (IJ).

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de mayo de 2017, exp. 2016-25-01 (IJ).

Sección Primera, sentencia 7 de febrero de 2013, exp. 2012-1398.

Sección Primera, sentencia del 7 de marzo de 2013, exp. 2013-131 (AC).

Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 22 de julio de 2010, exp. 0619-09.

Sección Segunda, sentencia 26 de septiembre de 2012, exp. 1101-09.

Sección Segunda, sentencia del 27 de noviembre de 2015, exp. 2015-02774 (AC).

Sección Segunda, sala de Conjueces, sentencia del 18 de mayo de 2016, exp. 845-15.

Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 2004, exp. 14774.

Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 4 de abril de 2013, exp. 46213.

Sección Tercera, Subsección "B", sentencia 27 de marzo de 2014, exp. 23630.

Sección Cuarta, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 3474-3490.

Sección Cuarta, sentencia del 24 de mayo de 1996, exp. 7189.

Sección Cuarta, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 2012-399 (AC).

Sección Cuarta, sentencia del 15 de enero de 2014, exp. 20093.

Sección Cuarta, sentencia del 6 de marzo de 2014, exp. 2013-2733 (AC).

Sección Cuarta, sentencia del 8 de agosto de 2016, exp. 21961.

Sección Quinta, sentencia del 15 de julio de 2004, exp. 3551.

Sección Quinta, sentencia de 12 de septiembre de 2013, exp. 2011-00775.



Sección Quinta, sentencia de 5 de febrero de 2015, exp. 01312-01.

Sección Quinta, sentencia de 19 de febrero de 2015, exp. 02690-01.

Sección Quinta, sentencia de 9 de abril de 2015, exp. 2014-00034.

Sección Quinta, sentencia del 26 de mayo de 2016, exp. 2015-2017-01 (AC).

Sección Quinta, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 2016-657-01 (AC).

#### *Sentencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana*

Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 7 de abril de 2015, exp. 396330.

Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de mayo de 2015, exp. 418944.

Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de octubre de 2013, exp. 39346.

Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp. 465437.

Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 2015, exp. 46176.

Sala de Casación Penal, sala Segunda de Decisión de Tutelas, sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 89306.

#### *Sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos*

Linkletter v. Walker 381 U.S. 618 (1965).

Mapp v. Ohio (1961).

Wolf v. Colorado (1949).

#### *Sentencias del Tribunal Constitucional de Perú*

Exp. 0024-2003-AI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>, Para Exp. 3361-2004-AA/TC.

Exp. 09084-2006-PA/TC. <http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=0024-2003-AI%2FTC&anio=&accion=TD&dte=&ddo=&codverificacion=>.

#### *Sentencias del Tribunal Constitucional de España*

Sentencia de 11 de septiembre 2009, resolución n.º 587/2009, recurso n.º 1997/2002. Consejo Superior del Poder Judicial Español, [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial).

#### *Sentencias de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas*

Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, aff. 43/75.

Sentencia de 15 de enero de 1986, *Pinna I*, aff. 41/84.

Sentencia de 17 de mayo de 1990, *Barber*, aff. C. 262/88.

Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos

Sentencia de 13 de junio de 1979, *Marckx*; 29 nov. 1991, *Vermeire*.

*Páginas web*

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “¿Se acabaron los efectos retroactivos de la jurisprudencia?”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nro. 34, 2012, p. 26-41, disponible en la página del Instituto de la Judicatura Federal del Consejo de la Judicatura Federal: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/>. <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/alvarado.pdf>.

The Doctrine of Judicial Precedent, Oxford University Press, visto en: [http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199282500/hollandwebb\\_chap05.pdf](http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199282500/hollandwebb_chap05.pdf).

# **PRECEDENTE JUDICIAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL<sup>(132)</sup>**

**Antonio del Moral García**

*Magistrado del Tribunal Supremo de España*

## **1. Introducción**

Se quiere ofrecer en apretada síntesis una somera panorámica del estado de doctrina, legislación, praxis y jurisprudencia española sobre el valor del precedente judicial en general y en particular del precedente cualificado (jurisprudencia).

En los últimos años ha surgido entre los estudiosos de teoría general del derecho un renovado interés por esa cuestión, tradicionalmente marginada entre los comentaristas españoles. Primero como consecuencia de una doctrina emanada del Tribunal Constitucional sobre el valor horizontal del autoprecedente edificada como consecuencia del principio de igualdad. En fechas más próximas (comienzos del nuevo siglo) han proliferado, en línea paralela, reflexiones, también a nivel y con impulso institucional y prelegislativo con otro enfoque: el reclamado, por algunos, valor vinculante de la jurisprudencia de los tribunales de casación.

En ese horizonte con la doble vertiente señalada, cabría introducir otros puntos de vista enriquecedores: vinculatoriedad de los tribunales inferiores a la doctrina de los de mayor rango; proyección de estas cuestiones a tribunales extramuros de la jurisdicción ordinaria ya sean nacionales (Tribunal Constitucional) o, especialmente, supranacionales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos); o diversidad de tratamiento según el orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral).

Sin afán alguno de exhaustividad, se describen en trazos gruesos algunas de las líneas maestras por las que se desenvuelve la doctrina del precedente en el ordenamiento español.

---

(132) Ponencia presentada a las X Jornadas de Derecho Judicial celebradas en Buenos Aires los días 10 y 11 de agosto de 2017.

## 2. Eficacia horizontal: autoprecedente

La doctrina sobre el autoprecedente tuvo un *boom* como secuela de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en procesos de amparo que, basándose en el principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución, proclamaron que una decisión diferente para dos casos iguales dimanantes de un mismo órgano judicial violentaba ese principio. De la abstracta igualdad en la ley o ante la ley, se daba el paso a la igualdad en la aplicación de la ley.

El derecho a la igualdad, empero, no quedaba afectado si se trataba de respuestas diferentes provenientes de órganos judiciales distintos: esa asimetría sería legítima y no corregible en amparo por constituir una inevitable consecuencia de la exigencia de independencia judicial. Solo podría paliarse mediante la previsión por el legislador de un adecuado sistema de recursos.

Esa doctrina constitucional fue poco a poco evolucionando, matizándose y llenándose de perfiles, excepciones, modulaciones hasta el punto de que ha quedado devorada por ella misma. Hoy en buena parte tiene algo de reliquia curiosa o de campo apto para disquisiciones tortuosas; o experimentos teóricos; pero poco de eficacia real. Ha quedado confinada a supuestos realmente excepcionales y casi patológicos: cambio inmotivado y caprichoso por un mismo órgano jurisdiccional que no ha experimentado modificaciones en su composición de su criterio al resolver asuntos esencialmente iguales. Y es que, como ha dicho un estudioso del tema desde el campo de la filosofía del derecho, el intento de garantizar una estricta igualdad entre los sucesivos pronunciamientos judiciales en la aplicación de una norma no deja de ser una utopía irrealizable.

En efecto, primeramente, el Tribunal Constitucional, casi desde sus originarios pronunciamientos, excluyó de su capacidad de escrutinio desde el prisma del derecho a la igualdad la comparación de sentencias procedentes de órganos diferentes. La independencia judicial —sometimiento único a la ley y al derecho— no consentía otra dinámica (STC 64/1984). Eso comportaba igualmente la imposibilidad de comparar decisiones que, aun procediendo de un mismo órgano judicial, emanaban de secciones diferentes (STC 104/1996) integradas, por tanto, por magistrados distintos, aunque adscritos todos orgánicamente al mismo tribunal.

Tras muchas vueltas y revueltas vino a concretarse la doctrina en que no era admisible constitucionalmente un *cambio de criterio* al aplicar una misma norma a un caso idéntico, sino iba acompañado de una *fundamentación objetiva y razonable* (STC 25/1987). Lo que venía a significar que con una mínima motivación justificativa la lesión de la igualdad quedaba convalidada. Eso equivale a reducir la operatividad de la doctrina a los casos en que de forma arbitraria y sin justificación alguna un mismo tribunal o juez (en el sentido estricto —personal— de la palabra *mismo*) dice “blanco” donde unos días antes dijo “negro”. Muy angosto campo de aplicación para lo que en sus

primeros compases parecía constituir una vía de revitalización en nuestro ordenamiento de la doctrina del precedente judicial, doctrina de la que en todo caso y deliberadamente siempre quiso distanciarse el TC en esos sucesivos acercamientos quizás con el noble objetivo de no alimentar teorías que pudiesen acabar provocando una petrificación del ordenamiento jurídico (STC 170/1987).

Se llegó, incluso, a flexibilizar la exigencia de fundamentación del cambio de criterio admitiéndose la puramente implícita, o la derivada de una sucesión de pronunciamientos similares que representasen por tanto un giro interpretativo del órgano con vocación generalizada y no como proyección exclusiva *ad personam* (STC 66/1987). Precisamente, y de forma poco explicable para el profano, cuando era una misma persona la receptora de las dos decisiones desiguales, no entraba en juego la doctrina: no habría tratamiento desigual de dos personas y por tanto no habría discriminación que exige por definición alteridad. El requisito de la alteridad aleja, como se capta con sencillez, el discurso del TC del ámbito de la doctrina del precedente judicial.

### **3. Autoprecedente en el Tribunal de Casación: ¿jurisprudencia vinculante o jurisprudencia vacilante?**

Habiendo llegado ya la doctrina constitucional sobre el autoprecedente a ese grado de *anorexia* y en trance de enfrentarse a unos supuestos clamorosos que provenían del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional buscará la vía de solución no ya por el derecho a la igualdad sino a través de la versátil puerta del derecho a la tutela judicial efectiva. A nivel del máximo órgano jurisdiccional la teoría del precedente siempre exige matices so pena de levantar muros a una irrenunciable evolución del derecho. Pero una cosa es permitir la evolución racional de la jurisprudencia y otra abdicar de la indispensable unificación interna para dotar de coherencia al cuerpo jurisprudencial.

Veamos.

La STC 150/2001 encara el caso de dos sentencias de una misma sección de la sala Primera del Tribunal Supremo —deliberadas en la misma fecha, lo que acentúa más el desconcierto, pero publicadas en días sucesivos— que resuelven de modo dispar casos idénticos. El Tribunal Constitucional prescinde del art. 14 de la Constitución (igualdad) para otorgar el amparo. Prefiere utilizar como palanca el derecho a la tutela judicial efectiva constatando la arbitrariedad de una respuesta judicial diferente no justificada, aunque fuera fruto de una inadvertencia. La senda del derecho a la igualdad escondía peligros y monstruos que previsiblemente hubiesen sido difíciles de domesticar o embridar.

La STC 162/2001 analizará un caso con tintes más hiperbólicos. Se protestaba porque una sentencia, también de la sala Primera del Tribunal Supremo, había resuelto de forma diferente a como se había decidido idéntica

cuestión en otros ocho asuntos previos y dos posteriores. El recurrente era el mismo en todos los casos. Se entiende su perplejidad. El pronunciamiento *noveno*, asombrosamente solitario y singular —*el patito feo*— ni siquiera aludía a los ocho previos. Como el recurrente era el mismo, faltaba la alteridad. Presupuesto autoimpuesto por la doctrina previa del TC. Ante la situación de bloqueo en la que se había situado el TC por su *precedente* doctrina y la imposibilidad de asumir que el resultado era constitucional, se efectúa un *dribling* argumental para desplazar el tema al territorio de la siempre promiscua tutela judicial efectiva: los errores o inexactitudes patentes cometidas por los órganos judiciales no deben producir efectos negativos para un ciudadano. Por ello, aun reconociéndose que la sentencia *número nueve* contra la que se dirigía el recurso de amparo considerada por sí y en sí era una resolución razonada, motivada y debidamente fundada, se habría burlado el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE.

En la progresiva, pero decidida e imparable marcha atrás en la capacidad de fiscalización por el TC de resoluciones judiciales *ex art. 14 CE*, frente a lo que auguraban sus más tempranas aproximaciones, se adivina el fundado temor a convertir el recurso de amparo en una “casación universal” (STC 134/1991) a través de la cual ante las disparidades interpretativas de los tribunales fuese el TC el llamado a elegir una de ellas por exigencias del principio de igualdad. El peligro era evidente de haber seguido deslizándose por esa pendiente. Y ha sido rotundo el repliegue del TC volviendo a los *cuarteles de invierno* en prudente y cauta retirada tras esos escarceos valientes, pero quizás poco meditados en sus consecuencias.

Las disfunciones en la aplicación igual de la ley han de ser solventadas, no a través de la jurisdicción de amparo (invadiendo el territorio de la jurisdicción ordinaria) y con el atajo del art. 14 CE, sino a través de un adecuado sistema procesal que permita mediante un bien pensado sistema de recursos homogeneizar en la medida de lo factible la aplicación de la ley, sin merma de la independencia judicial.

Es el recurso de casación en los sistemas continentales, como el nuestro, el llamado a cumplir esa función.

#### **4. La casación como herramienta de homogeneización**

Examinaremos como siguiente paso la regulación de la casación para comprobar si cumple de forma satisfactoria ese cometido unificador, lo que exige tanto dibujar su régimen en los distintos órdenes jurisdiccionales como indagar sobre su eficacia vinculante o no para los tribunales inferiores. Luego volveré sobre el autoprecedente a nivel de casación examinado desde esa función institucional (autovinculatoriedad de la jurisprudencia).

El TC en último término ha venido a concluir que es responsabilidad del legislador la tarea de articular herramientas que hagan posible a nivel de lega-

lidad la unificación de doctrina. El legislador ha ido recogiendo ese guante, bien que, con retrasos y zigzagueos, y muchas veces sin tener bien definida la meta; ni tampoco los caminos a transitar para alcanzar ese *desideratum* de limitar las desigualdades en la aplicación judicial de la ley a términos tolerables. Nunca pueden reducirse a cero si queremos salvaguardar tanto el valor de la independencia judicial, como la capacidad de evolución y adaptación del derecho (y no solo a través de modificaciones legislativas). Pero sí que son deseables unos niveles altos de predictibilidad y calculabilidad de la respuesta judicial. Lo demanda la sociedad, lo demanda la igualdad y, por tanto, también lo demanda la justicia.

Un tribunal de casación estará en condiciones de ejercer bien esa función si tiene capacidad de examinar *todas* las materias, pero al mismo tiempo hay una cierta contención en el número de asuntos para no verse desbordado. *Todas las materias; pocos asuntos* es la fórmula deseable para una casación fecunda en resultados. No pueden quedar materias al margen de la función uniformadora. Pero si el número de recursos es muy alto, se perderá esa capacidad pues disminuirá la calidad de sus resoluciones y aumentará la posibilidad de contradicciones internas y dispersión al tener que aumentarse para dar una respuesta razonablemente pronta los magistrados que sirvan ese tribunal. Y entonces el problema volverá a aparecer, pero dentro del propio Tribunal de Casación: habría que crear métodos para *unificar al unificador*. Los casos reales examinados en el apartado anterior son buena muestra de esa disfunción.

## 5. Casación en la jurisdicción penal

La regulación del recurso de casación en el orden penal es la que ha experimentado menos variantes en lo que respecta a los temas que aquí se tratan. Se han producido intentos fallidos de modificación tendentes a enfatizar su papel institucional y el valor vinculante de su jurisprudencia. En ese punto, sin embargo, lo normativo no ha variado nada: la doctrina emanada de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo es jurisprudencia cuyo valor vinculante sin estar proclamado se deriva, aunque dulcificadamente, del hecho de que las vulneraciones de la doctrina legal (jurisprudencia) permiten entablar un recurso que será estimado.

En 2015 se ha producido una reforma muy interesante en línea con lo que se decía en el epígrafe anterior. Indirectamente viene a reforzar el papel del Tribunal Supremo y su función nomofiláctica. La instauración también en el ámbito penal del concepto de *interés casacional*, como mecanismo de contención para conciliar la universalidad de materias a conocer en casación con que no se desborde el número de asuntos a resolver es signo de la relevancia de esa reforma en cuanto al tema objeto de estas líneas.

Hasta fechas recientes solo un tanto por ciento muy bajo de figuras penales tenía acceso ordinario a la casación penal. Si a esa realidad unimos la



promulgación de un Código Penal de nueva planta en 1995 y el hiperactivismo de nuestro legislador penal de los últimos años, el resultado era preocupante: la interpretación de un gran número de tipos penales quedaba en manos de las distintas Audiencias provinciales, sin posibilidad de unificar un criterio.

Se hacía imprescindible por ello una casación que permitiese al Tribunal Supremo pronunciarse sobre todas las materias. Eso solo se podía conseguir reduciendo el número de asuntos que ha de resolver la sala Segunda del Tribunal Supremo. Hasta ahora llegaban *muchos asuntos y pocas materias*: era urgente invertir la proporción.

Todos los temas penales han de contar con interpretación de la Alta instancia jurisdiccional, lo que exige paralelamente unos filtros para descongestionar las tareas del tribunal y permitirle desarrollar su función nomofiláctica de manera plena. Las divergencias en temas muy frecuentes eran cada vez mayores: lo que en una provincia no era delito en virtud de una interpretación judicial, pocos kilómetros, más allá se convertía en infracción punible. La prescripción de la pena, las exigencias subjetivas de los delitos de violencia intrafamiliar, las necesidades o no de un peligro concreto para sancionar penalmente la conducción sin licencia algunos ejemplos —entre muchos— de esa dispersión. Era urgente mayor cohesión interpretativa.

Ha acertado en esto la reforma operada por la L 41/2015 que ha abierto las puertas de la casación a todas las sentencias de fondo dictadas en apelación, aunque cuando se trata de asuntos enjuiciados en primera instancia por un Juzgado de lo Penal (delitos no graves) cabe acudir al Tribunal Supremo exclusivamente para protestar por la interpretación efectuada de la ley penal y no por cuestiones de prueba o defectos procesales que sí se pueden hacer valer a través del recurso de apelación previo. Solo se abre la casación para debatir sobre infracciones de ley penal sustantiva.

La STS 210/2017, de 28 de marzo, que ha inaugurado esta modalidad de casación, explica que es un recurso que entronca más que con el derecho a la tutela judicial efectiva, con los principios de seguridad jurídica e igualdad. Tras recalcar que es connatural a la casación su función nomofiláctica y constatar cómo había llegado a difuminarse “eclipsada y casi arrinconada como consecuencia de la irrupción de otras exigencias, también irrenunciables, de un plausible sistema de recursos” (protección de derechos fundamentales como la presunción de inocencia o paliativo frente a la inexistencia de una plena doble instancia); y cómo la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha generado una indeseable dispersión interpretativa en muchas materias con la consiguiente erosión de la uniformidad en la aplicación de la ley penal, considera la nueva modalidad de casación “una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio)” que ayudará a dar “una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando (aunque sin llegar a neutralizar, lo que es objetivo no plenamente alcanzable) y reconduciendo a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales

desiguales ante situaciones iguales, con lo que ello comporta de erosión del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE). No es admisible que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto”.

“Estamos —prosigue la sentencia— ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa —es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva— ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación, pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona, pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24”.

La limitación de asuntos se produce de esa forma mediante la limitación de los motivos de casación. Solo cuando la sentencia de primera instancia se ha dictado por un tribunal colegiado (delitos graves) rige toda la panoplia de causales de casación. En los demás supuestos solo es posible invocar la infracción de una norma jurídica sustantiva que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, lo que comporta la necesidad de respetar los hechos que la sentencia declare probados.

Pienso que en este punto hubiese sido opción más inteligente, aunque sin duda un tanto revolucionaria, mantener la simetría y expulsar de la casación las infracciones procesales, aunque tengan alcance constitucional, así como la presunción de inocencia y temas probatorios en todos los casos y no solo para los delitos menos graves. Tales temas ya serán ventilados en la obligada apelación y, en su caso, a través del recurso de amparo que podría ser simultáneo al recurso de casación por infracción de ley. Así recuperaría el TS su auténtica función y espacio: la última palabra en la interpretación de la ley penal. Existiendo la apelación y recurso de amparo, no hay razones suficientes para intercalar otro escalón (el Tribunal Supremo) en cuestiones de naturaleza procesal constitucional.

Para esta nueva casación la ley 41/2015 ha añadido una previsión especial en trámite de admisión: puede acordarse por providencia motivada por unanimidad cuando la cuestión carezca de interés casacional. La providencia de inadmisión no es susceptible de recurso. La norma no define qué ha de entenderse por “interés casacional”, pero sí la Exposición de Motivos en la que se apoyará un acuerdo no jurisdiccional de la sala Segunda del Tribunal Supremo (enseguida analizaré qué es esto) para especificar que se considerará que un asunto reúne esa característica cuando: a) la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; b) resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o c) aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Con buen criterio los primeros asuntos resueltos por esta vía han sido asumidos por el Pleno de la sala Segunda para evitar lo que sería paradójico: que las divergencias interpretativas presentes en algunos puntos entre diversas Audiencias provinciales se reprodujesen en el seno de la sala Segunda. Esa práctica ha plasmado ya en una norma concreta de reparto.

El rodaje del nuevo recurso está siendo fructífero. Ya se cuenta con una docena de sentencias de Pleno que, aunque a veces con votos particulares, zanján disputas interpretativas entre Audiencias provinciales y Juzgados de lo penal.

## **6. Acuerdos no jurisdiccionales para unificación de criterios (una práctica que ha perdido su sostén legal)**

Un instrumento orgánico, aparecido en 1985, para lograr una cierta homogeneización en los criterios dentro de un mismo tribunal (unificación interna) era la previsión del art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permitía la reunión de los diversos componentes de una misma sala de Justicia para unificar criterios de interpretación, reuniones que habían de ser convocadas por el presidente de la sala o la mayoría de sus miembros siendo presididos por este. Los acuerdos no jurisdiccionales así adoptados dejaban a salvo la independencia de las secciones para resolver.

Esta herramienta puede utilizarse a nivel de Audiencias provinciales o a nivel del mismo Tribunal de Casación.

En las grandes capitales se ha hecho un uso de ese precepto nada insólito. Se ha llegado a un número razonable de acuerdos, que son objeto de publicación, en temas muy controvertidos. Aunque la eficacia es limitada, permite limar disfunciones en temas que aparecen con mucha frecuencia y en los que surgen soluciones discrepantes entre las distintas secciones.

Queda a salvo la posibilidad de perpetuar la discrepancia, pero en general la tendencia era a asumir el criterio mayoritario.

En el Tribunal Supremo la sala que más profusamente viene empleando esa fórmula es la dedicada a resolver temas penales: Sala Segunda (el acuerdo de 8 de mayo de 1997 del Pleno de esa sala señala la idoneidad de esa fórmula para avanzar o cristalizar interpretaciones). Otras salas como la Primera han preferido habitualmente acudir a resoluciones de carácter jurisdiccional dictadas en Pleno.

En materia penal se cuenta con un muy nutrido ramillete de acuerdos de ese tipo que en uno o dos breves párrafos plasman un criterio interpretativo al que se llega tras un debate en un pleno de la Sala gubernativo, es decir no jurisdiccional. Esos criterios acabarán recogidos y citados en sentencias.

El mecanismo se ha revelado como útil, aporta seguridad jurídica además de minimizar el riesgo (nunca totalmente anulado) —o la realidad— de resoluciones contradictorias dentro del mismo tribunal. Pero ha sido también objeto de críticas no desdeñables: se dice que son decisiones adoptadas al margen del debate procesal y, por tanto; sin audiencia de las partes; y que acaban arrogándose un valor normativo que no les corresponde. Se ha escrito que con esa fórmula (plenos paralegislativos) el Tribunal Supremo asume tareas cuasilegislativas que no le corresponden.

No es momento de entrar en ese debate, con muchas aristas y recovecos. Sí apuntaremos un detalle hasta cierto punto paradójico: la propia sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó al amparo de esa norma un acuerdo no gubernativo por una mayoría no abrumadora, aunque sí holgada (varios magistrados votaron en contra), estableciendo que los criterios proclamados de esa forma *son vinculantes* (!). Pero ¿ese acuerdo estableciendo la vinculatividad es vinculante? ¡Para varios de los magistrados, no! Tampoco para ellos.

Pero de hecho se acepta en general que los acuerdos en cuanto luego son plasmados en sentencias jurisdiccionales acabarán teniendo el valor vinculante que se pueda atribuir a la misma jurisprudencia.

Fruto en parte de esas críticas parece ser la reforma del precepto en 2015 que deja muy desvaída —en el terreno al menos de la legalidad— la posibilidad de acuerdos no jurisdiccionales, aunque la sala Segunda sigue alumbrándolos. Tras la modificación reza así el comentado art. 264:

“Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio...

En todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado”.

## 7. Otros órdenes jurisdiccionales

En otros ámbitos jurisdiccionales sí llegaron a cuajar los propósitos de dotar a la jurisprudencia de un valor vinculante inequívoco, que fuese subrayado legislativamente. Pero en 2015 una nueva reforma parece reconectar con las líneas más tradicionales: la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sin llegar a afirmarse su vinculatoriedad, sí tiene cierto valor normativo en cuanto que el apartamiento de la misma se convierte en motivo para anular la sentencia a través de la casación. Y el denominado interés casacional, es decir necesidad de reafirmar la doctrina jurisprudencial o de sentarla abre las puertas de ese recurso extraordinario. Se conecta así con la declaración del art. 1.6 del Código Civil que, sin afirmar el carácter frontal de la jurisprudencia, le asigna un papel singular: ha de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Repasemos sucintamente, con un mero recordatorio de los preceptos básicos, cómo se perfilan estas cuestiones en las jurisdicciones no penales.

*En el orden civil* el recurso de casación a tenor del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las puertas de la casación, además de en otros supuestos, están siempre abiertas cuando la resolución del recurso presente *interés casacional*, sea cual sea la materia y sea cual sea la cuantía. Se considera que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando la sala Primera del Tribunal Supremo dicta sentencia en esos concretos casos debe hacer las declaraciones que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia.

Al lado del recurso de casación se diseña un recurso en interés de la ley para la unidad de doctrina jurisprudencial (art. 490) cuyo objetivo es resolver las discrepancias entre distintas salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la interpretación de normas procesales, materia que no tiene acceso a casación. El valor de una sentencia recaída en este tipo de recurso es enfatizado: se publica en el “Boletín Oficial del Estado” y, a partir de ese momento, complementa el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.

*En el orden social*, está prevista como causal de casación la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia. Y se diseña, de forma análoga a la examinada, un recurso de casación para la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas por las salas de lo social de los Tribunales autonómicos contradictorias entre sí, con la de otra u otras salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo. Se atribuye legitimación al Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, para interponer ese recurso para unificación de doctrina. En caso de estimación, la sentencia debe fijar la doctrina jurisprudencial procediendo su publicación en el Boletín Oficial del Estado complementando el ordenamiento jurídico, y vinculando en consecuencia a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo. No vincula al propio Tribunal Supremo que queda así liberado para poder modificar si llegase el caso su propia doctrina.

*En materia contencioso-administrativa* una reforma de 2015 ha suprimido el recurso en interés de ley semejante a los que acaban de exponerse en materia social y civil. Se vuelve a una regulación más tradicional. La infracción de la jurisprudencia es motivo de casación que puede plantearse invocando también cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico. Pero solo se admite a trámite cuando el recurso presenta *interés casacional objetivo* para la formación de jurisprudencia, fijándose en qué casos se estima que concurre ese interés. Son destacables ahora dos supuestos en que la ley presume la presencia de ese interés casacional objetivo: cuando como *ratio decidendi* se invoquen normas sobre las que no exista jurisprudencia; o cuando la resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

## 8. Jurisprudencia constitucional

Para completar la panorámica se hacen necesarias unas pinceladas sobre los pronunciamientos emanados de la jurisdicción constitucional y de algunos tribunales internacionales.

*El Tribunal Constitucional* en España asume a grandes rasgos una triple función: control de constitucionalidad de las leyes; tutela de los derechos fundamentales (esta con carácter subsidiario frente a la jurisdicción ordinaria); y resolución de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aquí nos interesan las dos primeras funciones.

En su condición de *legislador negativo*, según la clásica conceptualización kelseniana, es claro que las resoluciones del TC tienen fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. Obligan a todos los poderes y a todos los jueces y tribunales. Declarada la inconstitucionalidad de una norma esta es expulsada del ordenamiento jurídico. Así lo proclama de forma enfática la CE y lo recordará la Ley Orgánica reguladora del tribunal.

En materia de amparo la cuestión se presta a controversia. El legislador ha querido dotar de valor cuasinormativo a los criterios interpretativos extraíbles de la jurisprudencia constitucional mediante una norma incluida en la Ley Orgánica del Poder Judicial que reza así: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1 LOPJ).

El texto se me antoja inequívoco. Pero el Tribunal Supremo en ocasiones, reproduciendo lo que en Italia se conoció como la Guerra de las dos Cortes, se ha mostrado reacio a aceptar esa primacía interpretativa frente a decisiones del Tribunal Constitucional que invadían aspectos de pura legalidad con un difícil engarce constitucional. Parece haberse alcanzado un cierto equilibrio, pero que no deja de ser precario.

Desde el punto de vista legal creo que la cuestión no deja margen para la duda. El art. 5.1 LOPJ es claro. Ciertamente en abstracto el Tribunal Constitucional no extiende su competencia a debatir ni a fijar criterio sobre cuestiones de pura legalidad. Pero al final es a él al que corresponde, imponiéndose en su caso a la jurisdicción ordinaria, fijar cuándo un tema es de simple legalidad o tiene una vertiente constitucional. La jurisdicción ordinaria no podrá apartarse de ese criterio, aunque discrepe de él, so pena de pisotear lo que establece el art. 5.1 LOPJ. El Tribunal Constitucional se ha visto obligado a reafirmar el deber de acatamiento a su doctrina precisamente en materias (prescripción del delito) en que se produjo un cierto enfrentamiento entre sus criterios y los de la sala Segunda del Tribunal Supremo.

Con tonos duros y tras recordar su doctrina sobre la forma en que puede interrumpirse el plazo de prescripción de un delito, dirá la STC 51/2016, de 14 de marzo: “En relación con ello, este Tribunal, en los casos en que se han producido pronunciamientos judiciales contrarios a esta interpretación, ha concluido que tales pronunciamientos incurren en manifiesto desconocimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone una quiebra patente del mandato recogido en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (así, SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 5; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 59/2010, de 4 de octubre, FJ 4; 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 5; y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 1/2013, de 14 de enero; FJ 3; 2/2013, de 14 de enero; FJ 7, y 32/2013, de 11 de febrero, FJ 4).

La antesala lejana de esa proclamación del TC hay que buscarla en la resistencia, si no declarado rechazo, de la sala Segunda del TS a asumir esa doctrina. Queda reflejado esto en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado a raíz de la jurisprudencia



constitucional que rectificaba el criterio sobre prescripción mantenido por el Tribunal Supremo:

1º “El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza, con plena jurisdicción, las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE”.

2º “Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”.

Antes —12 de mayo de 2005— se había aprobado este otro criterio: “La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo ‘...es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales,’ por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales”.

Un voto particular que acompaña a la STS 333/2016, de 20 de abril suscrito por el que ha sido durante más de una década un magnífico magistrado del Tribunal Supremo, José Manuel Maza Martín, contenía apreciaciones sobre la interpretación del art. 5.1 LOPJ que considero dignas de transcribir: “...sostengo que el art. 5.1 de la LOPJ, en cuanto a la vinculación de los Tribunales de Justicia a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, no puede ser interpretado en un sentido que vulnere el contenido del art. 117.1 que proclama que los Jueces y Tribunales administran Justicia ‘...sometidos únicamente al imperio de la Ley...,’ del art. 123 CE, cuando dice que el TS es el ‘...órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales,’ ni del 164.1, al otorgar eficacia ‘erga omnes’ tan solo a aquellas Sentencias del Tribunal Constitucional ‘...que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley...,’ excluyendo expresamente de ese efecto las Resoluciones que ‘...se limiten a la estimación subjetiva de un derecho.’ Considero, por lo tanto, que esta previa cuestión ha de decidirse bien en el sentido de sostener la ausencia de vinculación de esta Sala respecto de los pronunciamientos del TC en todo caso o bien, al menos, en materias que el TS considere, desde su posición institucional y legal de no sometimiento jerárquico a aquel otro órgano, que implican exclusivamente la aplicación de preceptos con carácter de mera ‘legalidad ordinaria.’ La elección entre uno u otro planteamiento, que puede resultar una decisión de indudable trascendencia y consecuencias, nos obliga a considerar que la vía que conduce a afirmar la ausencia de virtualidad del art. 5.1 LOPJ aboca al cuestionamiento directo de la inconstitucionalidad de ese precepto que, de otra forma, y al margen de alguna interpretación restrictiva de su alcance semejante a la ya antes expuesta, ha de ser cumplido como precepto integrante del ordenamiento jurídico que es. En tanto que la posición de considerar que ese precepto merece respeto absoluto, pero tan solo en lo

relativo a interpretaciones de carácter estricta y claramente constitucional, manteniendo el TS pleno protagonismo para afirmar, desde su superioridad jurisdiccional, la naturaleza de 'legalidad ordinaria' de la cuestión objeto de debate, frente al eventual criterio contrario del TC, lleva, ineludiblemente, a sucesivos conflictos entre ambos órganos, ante los que no existe, hoy por hoy, en nuestra legislación mecanismo alguno para su superación.

En cualquier caso y para ambas alternativas la salida más definitiva sería quizá la de promover la reforma del actual art. 5.1 LOPJ junto con la del establecimiento de un instrumento legal para la resolución de los posibles conflictos, en este ámbito, entre el TC y el TS". Nótense las palabras finales de tal voto particular en la que el propio magistrado discrepante, que recela de la imposición del criterio del TC, se siente vinculado, en cambio, por lo acordado en Plenos no jurisdiccionales de la Sala Segunda: "Lo que no obsta a que, como ya se dijo al comienzo de este Voto Particular, acate íntegramente la decisión adoptada al respecto por la mayoría de la Sala en el Pleno de 25 de abril del presente año, del que ya se ha hecho mención. Máxime tras la recientísima reiteración del valor vinculante de tales Acuerdos por la Sala General del 18 de este mismo mes y año".

## 9. Jurisprudencia supranacional

En el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* se cuenta con la llamada cuestión prejudicial que permite a todos los jueces y tribunales de cualquier Estado miembro elevar al tribunal una cuestión dudosa sobre cualquier materia de derecho europeo que sea relevante para resolver el asunto que tiene sometido a su enjuiciamiento. El pronunciamiento del tribunal fijando una pauta interpretativa vinculará a todos los tribunales de los Estados miembros (*res interpretata*).

La jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* ha de ser también tomada en consideración por los tribunales españoles. A ella remite el art. 10.2 CE. Sus decisiones en asuntos concretos afectantes a España permitirán abrir el extraordinario cauce de un recurso de revisión para privar de eficacia a la resolución judicial implicada y declarada contraria al Convenio Europeo por tal tribunal. La eficacia extensiva a otros asuntos es cuestión distinta. Lo que sí es claro es que la interpretación no podrá apartarse de lo establecido por tal tribunal en principio.

## 10. ¿Vincula la jurisprudencia?

Aplicar la ley no es afirmar la solución prevista por el legislador, sino aplicar razonadamente una solución entre las diversas convalidables por la ley. Por eso que los jueces crean derecho es una realidad innegable.

Paradójicamente uno de los mecanismos más eficaces para combinar las consecuencias de la inevitable creación judicial del derecho con unas técnicas

que embriden, y moderen esa capacidad judicial para obtener una cierta previsibilidad y seguridad y no acabar en un anarquismo judicial es la técnica del precedente judicial concretado en la jurisprudencia vinculante. Cuando a un órgano judicial se le ofrecen diversas alternativas jurídicamente razonables ha de elegir habitualmente aquella que fue elegida en supuestos similares por sentencias anteriores constitutivas del precedente.

Por ello dentro de esa creación judicial del derecho ocupa un plano singular la jurisprudencia de los tribunales de casación. Se me antoja esta también afirmación indiscutible desde una visión realista o experiencial, más allá de que podamos discutir y teorizar sobre el valor vinculante de la jurisprudencia para negarlo o, al contrario, subrayarlo; polemizar —creo que absurdamente— sobre su cohonestabilidad o no con la independencia judicial; o especular sobre diversos grados de vinculatoriedad.

Todo precedente judicial aporta algo al derecho. Los emanados de la Corte de casación, Tribunal Constitucional, o tribunales supranacionales aportan algo más.

Respecto de estos podemos distinguir diferentes niveles de vinculatoriedad. La respuesta al interrogante sobre el carácter vinculante o no del precedente jurisprudencial no puede ser unívoca: puede establecerse una cierta gradualidad.

En algunos casos es la ley la que establece la obligatoriedad de seguir el precedente jurisprudencial. Así lo hemos visto en relación a los recursos de casación por interés de ley y para unificación de doctrina en materia laboral y civil; o para las sentencias del Tribunal Constitucional, de forma muy singular en las que recaen en procesos de inconstitucionalidad.

Y así se establecía en el art. 100.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (casación en interés de ley) en previsión que ha desaparecido en la reforma de 2015.

Esta mención sirve para introducir en el discurso otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional muy relevante en esta materia pues analiza, quizás no con demasiada fortuna, qué grado de vinculatoriedad cabe afirmar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Un juzgado cuestionó la constitucionalidad de tal norma por lesionar el principio de independencia judicial, en cuanto que sentaba el carácter vinculante para todos los jueces y tribunales del pronunciamiento interpretativo fijado por el Tribunal Supremo al conocer de esos recursos. El TC niega el carácter vinculante (aunque esto está precisado de matizaciones), salvo cuando se trate de esos casos en que la ley lo afirma de forma clara y directa. Es la STC 37/2012, de 19 de marzo que no vacila al afirmar que ese recurso de casación en interés de ley responde a la finalidad de preservar la homogeneidad jurisprudencial, mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal, vinculante para jueces y tribunales inferiores, sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual

en todo el territorio nacional y al principio de seguridad jurídica al tiempo que dota de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo, una supremacía que se traduce en la doctrina legal cuya función complementaria del ordenamiento jurídico con valor normativo reconocen el Código Civil (art. 1.6). “De este modo —explica—, a la tradicional finalidad nomofiláctica de protección del derecho objetivo del recurso de casación propiamente dicho, el recurso de casación en interés de la ley añade una función integradora o uniformadora del derecho, pues mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo (dada su supremacía ex art. 123.1 CE) de una doctrina legal vinculante para todos los jueces y tribunales inferiores en grado jurisdiccional, se garantiza la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio nacional, evitando la perpetuación de criterios interpretativos establecidos en Sentencias de esos jueces y tribunales inferiores que se estiman erróneos...” Se rechaza que esa supremacía lesione o menoscabe la independencia de los jueces y magistrados. Estos están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo. Pero afirma algo más: “E incluso que los órganos judiciales de grado inferior *no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la excepción, de la que seguidamente nos ocuparemos, de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley; todo ello sin perjuicio de hacer notar que toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el art. 1.6 del Código Civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales inferiores, en los términos que después se expresan, a lo que ha de añadirse que la infracción de la jurisprudencia constituye motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales*”.

“La independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en derecho, del criterio sostenido por tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código Civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993, de 17 de mayo, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan vinculados a la “doctrina legal correctora” que fije el Tribunal Supremo (STC 111/1992, FJ 4), so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA (SSTC 308/2006, FJ 7, y 82/2009, FJ 8)”.

No habría menoscabo en esa regulación de la independencia judicial en cuanto es la propia ley la que atribuye ese valor a esas concretas declaraciones jurisprudenciales.

Pero el grado de vinculación —si es que puede hablarse de vinculación— del resto de la jurisprudencia es de otro orden, de segundo grado, menos fuerte, por así decir. Y es que en efecto creo que se hace necesario hacer gradaciones en esa escala de mayor o menor vinculatoriedad que oscilarán entre la proclamación legal —v.gr. art. 5.1 LOPJ—, o 100.7 de la anterior Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa; los condicionantes procesales —art. 477.3 LEC—; o la praxis judicial —autoprecedentes, autoridad del tribunal—. Además, hay que atender a las diversas fuentes de esa capacidad de erigirse en regla (afirmación normativa, autoridad de la argumentación, pura constatación de que es el criterio del órgano jurisdiccional con capacidad de revocar por vía de recurso con el consiguiente efecto disuasorio...); e incluso nuevas graduaciones dentro de una misma categoría de resoluciones (según sean más o menos reiteradas; o según procedan del Pleno del órgano o de secciones; o de la fuerza persuasiva de la argumentación...).

En cualquier caso, no podrá negarse que para el aplicador del derecho (el juez al adoptar una decisión; el abogado litigante al reclamarla) tan importante es conocer la ley como la jurisprudencia que la interpreta. La doctrina de los tribunales de casación tiene por ello un valor singular. No porque acierten, sino porque la ley y el sistema procesal les atribuyen ese plus no totalmente homogeneizable ni definible.

## 11. Un colofón con derivaciones deontológicas

“El valor de los pronunciamientos de casación no radica en que sean los más justos, los más atinados. También la casación es un juez... y como todos los jueces, puede equivocarse... los jueces yerran más fácilmente cuanto más seguros se crean de no errar”, escribía Carnelutti.

Expresa el juez de la Corte Suprema Americana Jackson: no nos pronunciamos los últimos porque somos infalibles, sino que somos infalibles porque nos pronunciamos al final (*Brown v. Allen*, 344, US, 445, 540, 1953). “Creemos, no obstante —la apostilla el Tribunal Supremo israelita— que el honorable juez se ha equivocado... La finalidad de nuestras decisiones está basada en la posibilidad de admitir nuestros desaciertos...” (sentencia 243/1983 *apud* Barak 162).

La jurisprudencia necesita cierta estabilidad. Pero es criticable. Ha de encerrar potencialidad para evolucionar y cambiar y rectificar; también como fruto del diálogo con litigantes, jueces inferiores, doctrinarios... Pero no puede ser desdeñada pues contribuye al derecho, y a alguna de las características que deben adornarlo: la calculabilidad y previsibilidad, la igualdad real. Tiene razón Anglada cuando concediendo que las decisiones judiciales

no son fuente de derecho ni en teoría ni en nuestro derecho escrito, advertir a continuación que sí lo son en la práctica ante los tribunales.

Alguien escribió con sorna que “los jueces son jueces por amor a la humildad... a la humildad de los demás”. El contrapunto a esa afirmación que esconde, tras el tono jocoso y caricaturesco, algo de realidad, es que la humildad es una de las virtudes más esenciales del buen juez. Y esa virtud judicial tiene que impregnar la reflexión y práctica sobre el valor del precedente judicial.

De una parte, para que el juez no se sienta un solitario superhéroe del derecho o de la justicia; como si fuese su único valedor: que se sepa inserto en un sistema, en una historia, en la que muchos otros, más sabios probablemente, y después de pensar y debatir han optado por unos criterios y soluciones. Para apartarse de ellos hay que tener buenas razones.

Y humildad para reconocer el error propio cuando se pone de manifiesto y cambiar lo que deba ser cambiado (*rectificar es de sabios*); lo que juega para que los Tribunales de Casación también sepan enmendar y escuchar las razones ajenas que pueden hacer tambalear lo que durante mucho tiempo vinieron afirmando, y a lo que no deben mantener un apego irracional.

Una lúcida reflexión de Alejandro Nieto servirá de punto final a estas modestas líneas: “El juez —cada juez— es consciente de su poder: ninguna fuerza humana puede influirle legítimamente, nadie puede darle instrucciones y cuanto él haga, si adquiere firmeza, es válido. Ciertamente es que por encima de un juez hay otro, pero la cadena se termina pronto y, en cualquier caso, también es juez el de arriba. Ahora bien, nada más equivocado que creer que sólo gozan de validez indiscutible las sentencias del Tribunal Supremo, pues se trata de un privilegio del que —según contaba en mi carta anterior— goza el juez más modesto cuyas sentencias no sean impugnadas formalmente. En tal supuesto vale tanto la sentencia del juez de primera instancia como la del Pleno del Tribunal Supremo... La realidad, no obstante, es que el sistema jurídico-constitucional, que ha dado a los jueces el privilegio de la infalibilidad, les ha negado el de la sabiduría absoluta. Como órganos estatales tienen siempre *razón*, mas como seres humanos unas veces aciertan y otras yerran”.

### Referencia bibliográfica

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, obra colectiva. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps. 129-152 (Estudios de derecho judicial, nro. 34, 2001).

BLASCO GASCÓ, Francisco, “Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, obra colectiva. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps. 185-236 (Estudios de derecho judicial, nro. 34, 2001).

- CARDOZO, Benjamín N., *Naturaleza de la función judicial*, Comares, Granada, 2004.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, “Coherencia y progresividad en el concepto de precedente”, en *Debatiendo con Taruffo*, obra colectiva, FERRER BELTRÁN, J. y VÁZQUEZ, C. (coords.).
- FERRERES COMELLA, Víctor - XIOL RIOS, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del auto-precedente”, en *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nro. 10, 2011, ps. 132-148.
- *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J., “Vindicación del precedente judicial en España”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nro. 1, 1997, ps. 267-278. Ejemplar dedicado a “La vinculación del juez a la ley”.
- MARTÍNEZ MOYA, Juan, “La realidad del precedente jurisprudencial: especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia” en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, obra colectiva. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps. 473-526 (Estudios de derecho judicial, nro. 34, 2001).
- MONTERDE FERRER, Francisco, “Unificación de doctrina y acuerdos plenarios no jurisdiccionales de la Sala II del Tribunal Supremo”, en *Revista Deliberación (APM)*, abril 2014, ps. 10 y ss.
- MONTERO FERNÁNDEZ, Javier A., “Vinculación de la jurisprudencia e independencia judicial” en “Encuentro de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con magistrados de lo contencioso-administrativo (2014)”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nro. 30, 2014, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2015.
- MORAL SORIANO, Leonor M., *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- “Los precedentes del Tribunal Supremo”, en *Revista del Poder Judicial*, nro. 57, 2000, ps. 119-154.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, “Visión doctrinal de la jurisprudencia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, obra colectiva, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, ps. 109-128 (Estudios de Derecho Judicial, nro. 34, 2001).
- NIETO GARCÍA, Alejandro - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *El derecho y el revés (diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces)*, Ariel, Barcelona, 1998.



- OLLERO TASSARA, Andrés, “La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, obra colectiva dirigida por MENÉNDEZ DE LUARCA, Colmenero (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, ps. 229-260 (Estudios de derecho judicial, nro. 87, 2006).
- *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- OROZCO MUÑOZ, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*; Aranzadi, Madrid, 2011.
- OTEIZA, E., “El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial”, en *Debatiendo con Taruffo*, obra colectiva coordinada por FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coords.).
- PECES MORATE, Jesús E., “Valor de la jurisprudencia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, obra colectiva. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps. 15-107 (Estudios de derecho judicial, nro. 34, 2001).
- RASILLO LÓPEZ, P., “La vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los órganos jurisdiccionales inferiores. Especial mención a las situaciones de conflicto”, en “Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal”, *Cuadernos Digitales de formación*, nro. 35, 2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, en *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, ps. 235-257.
- SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, Federico C., “La jurisprudencia desde la práctica forense”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, obra colectiva. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps. 153-184 (Estudios de derecho judicial, nro. 34, 2001).
- TRILLO TORRES, Ramón, “Efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, obra colectiva, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps. 237-258 (Estudios de derecho judicial, nro. 34, 2001).
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial (Segunda Época)*, nro. 3-1986, ps. 25-40.

# INFORME NACIONAL, MÉXICO EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

**Jorge Mario Pardo Rebolledo**

*Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de  
los Estados Unidos Mexicanos*

## **1. Introducción: delimitación e interés del tema**

Se me ha pedido abordar en el presente informe el tema del precedente constitucional en México. De conformidad con la normatividad mexicana, la primera referencia a la obligatoriedad de los precedentes (y quizá la única que se realiza de forma expresa y directa en la Constitución federal) es la contenida en el art. 94 constitucional, en el que se hace referencia a la figura de la jurisprudencia, así como la facultad de la ley ordinaria de reglamentar la forma en que dicha figura adquiere obligatoriedad, el proceso para su integración, modificación y sustitución.

Dicha premisa constitucional está inmersa en la regulación del Poder Judicial de la Federación, es decir, en la forma en la que se integra ese poder y los órganos que lo conforman; de ahí que los alcances de la jurisprudencia están delimitados a partir de las facultades de los órganos federales que integran el Poder Judicial.

De esa forma, las presentes líneas se enfocarán en hablar del precedente constitucional a partir de la jurisprudencia, atendiendo a las competencias de los órganos del Poder Judicial de la Federación que se encuentran facultados para emitirla.

Mi experiencia jurisdiccional como integrante del máximo tribunal de justicia de México, junto con mi cercanía cotidiana con la fijación de criterios dentro de los mecanismos de control constitucional y de protección de derechos fundamentales, me permite, por un lado, centrarme en la jurisprudencia obligatoria cuyo origen se da en el juicio de amparo.

Y, por el otro, me permite hablar del precedente constitucional que emana de las resoluciones de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, cuya competencia es exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para ello, sentaré primero brevemente las bases de lo que se entiende teóricamente como precedente judicial, para después compararlo con la normatividad mexicana y, finalmente, exponer algún aspecto de la problemática existente.

Todo lo anterior para demostrar que la jurisprudencia en México es un reflejo interno y externo de la función jurisdiccional de los órganos terminales, que consiste en resolver de la mejor manera los conflictos o controversias de los que conoce, brindando uniformidad al sistema con instrucciones claras para los órganos inferiores y seguridad jurídica a los ciudadanos.

Aunado a ello, se demostrará que la jurisprudencia es un reflejo de la obligatoriedad del precedente, la cual ha adquirido una función primordial en la protección de los derechos fundamentales con la finalidad de lograr su mayor eficacia, para lo cual el precedente resulta ser una directriz de gran relevancia.

Lo anterior a partir de la trascendente reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011<sup>(133)</sup>, en la que a partir de la indeterminación de dichos derechos se otorgaron facultades interpretativas (como el principio pro persona o el de interpretación conforme) así como facultades de solución de conflictos entre derechos a partir de principios como la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Así, los tribunales terminales en México, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, participan en la creación del derecho. Como dijera en su momento el antiguo magistrado César Landa, al referirse al Tribunal Constitucional peruano: “[a] partir del complejo proceso de constitucionalización del derecho, si bien el Congreso es el órgano por excelencia de creación del derecho a través de la ley, el tribunal también participa, aunque subsidiariamente, en la creación del mismo mediante la interpretación de la Constitución, ejerciendo amplios poderes para controlar no sólo la forma, sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales”<sup>(134)</sup>.

## 2. Breve aproximación al concepto de precedente

Los elementos básicos a los que se encuentra anclado el concepto de “precedente” son la evolución sincrónica del derecho creado por los jueces y su eficacia.

---

(133) Acerca de dicha reforma véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos: (2009-2011)*, 4ª ed., México, Porrúa, 2014.

(134) LANDA, César, “Los precedentes constitucionales”, en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valdés*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2011, p. 178.

Sincronía, porque los conflictos y controversias que son presentados ante los tribunales plantean en muchas ocasiones interrogantes complejas y casos difíciles que, casi siempre, abren varias respuestas para su resolución.

En ese sentido, las respuestas, decisiones y soluciones que se van construyendo también ofrecen la posibilidad de convertirse en un acervo de razón práctica para la resolución de los casos posteriores.

El precedente requiere de eficacia mínima para cumplir con el propósito de vincular a los demás jueces y tribunales a repetir esa respuesta previa. Puede ser una eficacia legal con origen en la propia norma, donde en principio sea obligatorio el seguimiento de los precedentes conforme con ciertos requisitos; también puede ser una eficacia persuasiva.

Así, los precedentes son las decisiones jurisdiccionales de casos anteriores que sirven para dar una misma respuesta ante casos posteriores con características iguales o semejantes.

En términos similares y muy concretos se expresan MacCormick y Summers al afirmar: “[l]os precedentes son decisiones previas que funcionan como modelos para unas posteriores”<sup>(135)</sup>.

Por su parte, Ferrer y Sánchez —al referirse al uso del precedente judicial en México— señalan lo siguiente:

[e]l uso de precedentes busca primordialmente satisfacer el *principio de igualdad en la aplicación de la ley*: a casos iguales o análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también se cumpliría el fin “burocrático” de mantener la estabilidad de la actividad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico. Por lo tanto, la aplicación a un nuevo caso particular del principio abstracto de resolución que contenga una resolución judicial, está condicionado a que existan elementos similares que justifiquen seguirlo<sup>(136)</sup>.

Y aquí es donde cabe advertir la complejidad o la falta de clarificación de reglas que permitan establecer la similitud o semejanza entre los elementos.

Sin duda, la vida de un Alto Tribunal —sea constitucional, supremo o superior— difícilmente puede entenderse sin los criterios que va construyendo y desarrollando respecto de las normas constitucionales y legales que interpreta cotidianamente.

---

(135) MACCORMICK, Neil - SUMMERS, Robert “Introducción”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *La interpretación del precedente. Un estudio comparado*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, p. 13.

(136) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo - SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso “Ley de Medios”*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 43.

En este sentido, el estudio de la función y trascendencia del precedente, en los ordenamientos jurídicos nacionales, es una fuente inagotable de temas que generan una discusión permanente en el derecho, es decir, es un tópico nada pacífico, en constante cambio y evolución.

Sencillamente porque “[...] son los jueces los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones o, cuando menos, quienes han ido produciendo un estilo más depurado y persuasivo”; tal y como lo afirma Gascón Abellán<sup>(137)</sup>.

### 3. Suprema Corte de Justicia de la Nación: creadora de derecho

#### 3.1. Organización de la jurisdicción federal en amparo y el lugar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El modelo fundamental de tres niveles en sentido ascendente, descrito por Taruffo, resulta aplicable al modelo jerárquico de la jurisdicción federal en México: “Cortes de Primera Instancia o Cortes de Proceso, Cortes de Apelación Intermedia y una Corte Suprema en el punto más alto”<sup>(138)</sup>.

En ese sentido, hablando específicamente de justicia constitucional, en el primer nivel se encuentran los Juzgados de Distrito y los Tribunales Unitarios como primera instancia en materia de amparo; en el segundo nivel los Colegiados de Circuito, con la función esencial de ser los órganos intermedios de revisión en ciertos aspectos y, a la cabeza de la organización, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, de forma paralela a esa referida estructura, coexiste una jurisdicción especializada en materia electoral perteneciente al Poder Judicial de la Federación (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), conformada con dos niveles: las Salas Regionales y la Sala Superior.

Debido a que el presente informe está limitado a los precedentes creados por la jurisdicción constitucional, únicamente se señala para describir el panorama existente y que el precedente electoral tiene algunas diferencias con el precedente constitucional (por ejemplo, para convertirse en obligatorio —mediante la vía de reiteración— se requieren solo tres casos en el mismo sentido).

No obstante lo anterior, es importante precisar que, si bien existe una jurisdicción especializada en materia electoral, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se mantiene como el intérprete supremo de la Constitución y, en

---

(137) GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 9.

(138) TARUFFO, Michele, “Factores que influyen en los precedentes”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *La interpretación del precedente. Un estudio comparado*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, p. 407.

ese sentido, la sala superior se subordina y acata los precedentes establecidos por la Suprema Corte, principalmente a través de las sentencias en las acciones de inconstitucionalidad, donde pueden ser declaradas inválidas normas electorales de carácter general.

### 3.2. *Tipos de precedente: ¿cómo se crean los precedentes?*

El criterio de distinción, al que me estoy refiriendo en este acápite, obedece a la pertenencia de los precedentes a los diversos medios de control constitucional de los que conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, por tanto, a las reglas o requisitos específicos que se exigen para la creación del precedente en cada uno de ellos.

Reitero que es la Constitución Federal (en su art. 94) la que delega en la ley, el establecimiento de los términos y condiciones que deben cumplirse para poder considerar obligatoria la jurisprudencia producida por los órganos del Poder Judicial de la Federación, dicho precepto señala: *La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.*

#### 3.2.1. *Jurisprudencia en el juicio de amparo*

Es importante precisar que la jurisprudencia en el amparo es un extracto del criterio que rige en cada asunto, por lo que el órgano jurisdiccional realiza un ejercicio posterior a la decisión, a través de la cual se resume el criterio que resolvió el problema jurisdiccional. Dicho resumen contiene un rubro en el que se enuncian algunas de las palabras claves para permitir su fácil ubicación y luego, un texto en el que se contienen las premisas y conclusión del criterio adoptado.

Una vez elaborado ese resumen del criterio, según la ley reglamentaria, puede alcanzar su carácter obligatorio, a través de tres vías o métodos: reiteración de criterios, contradicción de tesis y, sustitución, todo ello regulado por la Ley Reglamentaria de los arts. 103 y 107 constitucional, conocida como Ley de Amparo.

La vía por *reiteración de criterios* es la forma más usual para hacer que un determinado precedente adquiera carácter obligatorio y sea vinculante para todos los poderes públicos y los ciudadanos. Es por reiteración porque se exige que el criterio sustentado en un determinado caso sea confirmado en el mismo sentido en otros cuatro casos posteriores, con lo que se cumpliría el requisito exigido de que la decisión sea adoptada en cinco casos consecutivos sin interrupción (con una sentencia que sustente un criterio contrario).

Además, debido a que con anterioridad fue práctica común que en una misma sesión del Tribunal Pleno o de las salas se resolvieran cinco asuntos

iguales con un mismo criterio, conforme a lo cual la jurisprudencia se integraba en un solo día e impedía una profunda reflexión en distintos momentos; ahora se exige que la secuencia de los casos ocurra en diferentes sesiones. Por último, es requisito indispensable que en cada uno de esos casos se alcance una mayoría de ocho votos, en el caso del Tribunal Pleno, y cuatro votos, en el caso de las salas.

La vía por *contradicción de tesis*<sup>(139)</sup> quizá sea la más sencilla en cuanto a la forma de creación de la jurisprudencia obligatoria, pues ante la existencia de dos o más criterios válidos que pudieran adoptarse frente a un mismo problema jurídico, son los órganos jerárquicos quienes van integrando esas diferencias en una misma voz.

Debido precisamente a que el sistema de “tesis” requiere de uniformidad y coherencia, sin caer en divergencias o inconsistencias, son los órganos del Poder Judicial de la Federación —según su respectiva jerarquía competencial— quienes deciden la tesis que debe prevalecer en caso de conflicto.

Es decir, ante tesis que propongan resoluciones distintas a un mismo problema jurídico, la función de prevalencia permite que la Suprema Corte de Justicia de la Nación imponga e integre una sola respuesta del ordenamiento jurídico. Por ello, las sentencias de contradicción de tesis tienen en general carácter relevante en la seguridad jurídica de las decisiones jurisdiccionales.

En opinión de Arellano: “[e]n el caso mexicano, la jurisprudencia por contradicción ha sido muy prolífica, al grado que se le puede considerar como un factor trascendente en la evolución de la cultura jurídica”<sup>(140)</sup>.

Ahora bien, tanto en el caso de los precedentes por reiteración como los de contradicción, a pesar de que llegan a adquirir el carácter de jurisprudencia obligatoria, esto no es definitivo o inamovible, pues es susceptible de ser interrumpida cuando se pronuncia una sentencia en sentido contrario.

Es lo que se denomina interrupción de la jurisprudencia, según el art. 228 de la Ley de Amparo: *La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa.*

---

(139) En la doctrina también se le conoce como *unificación de criterios*, ARELLANO HOBELBERGER, Walter, “Jurisprudencia por unificación de criterios”, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., (coords.), en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, PJF-Consejo de la Judicatura Federal, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2014, p. 832.

(140) ARELLANO HOBELBERGER, Walter, “Jurisprudencia por unificación de criterios”, cit.



Ahora bien, el criterio que interrumpe la jurisprudencia tendría el carácter de una tesis aislada y, por tanto, tendría que verse sometida a los requisitos normales para conseguir el estatus de jurisprudencia. En síntesis, lo importante es que el método de interrupción permite cortar el carácter obligatorio a un criterio jurisprudencial determinado.

En cuanto a la vía por *sustitución*, tercera y última, tiene como base las anteriores dos vías referidas. En efecto, el objeto de sustitución es modificar lo establecido previamente en los precedentes por reiteración y los de contradicción de tesis. Se trata de una petición razonada por parte de alguno de los ministros o de magistrados de tribunales colegiados, cuando con motivo de un caso concreto, una vez resuelto, existan razones por las cuales debe ser sustituida la jurisprudencia. Para que una jurisprudencia pueda ser sustituida se exige una mayoría de cuando menos ocho votos, en el caso del Tribunal Pleno, y cuatro votos, en el caso de las salas.

### 3.2.2. *Acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional y declaratoria general de invalidez*

A diferencia de lo expuesto conforme a la Ley de Amparo, dentro de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, existe un mecanismo de precedentes distinto al del juicio de amparo, que se regula en la ley reglamentaria del art. 105 constitucional.

En efecto, con cada acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se van fijando precedentes obligatorios. Es importante señalar que se trata de mecanismos de control constitucional que resuelve en única instancia y que, por ello, reflejan de manera plena su función de intérprete supremo de la Constitución.

A diferencia de la materia de amparo, el diseño del sistema de precedente se encuentra más cercano a la tradición anglosajona, donde las razones y fundamentos jurídicos (entendidos como la *ratio decidendi*)<sup>(141)</sup> son los que resultan obligatorios para todos los poderes públicos y los ciudadanos. Pero, en todo caso, se requiere que la parte conducente de la sentencia se haya aprobado por cuando menos ocho votos de los ministros.

En ese sentido es que el art. 43 de la Ley Reglamentaria (Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) fija la cuestión: *Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares,*

---

(141) Sobre las diferencias de entendimiento y uso según la tradición jurídica, véase MAGALONI KERPEL, Ana L., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 81.

*agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales.*

En los referidos mecanismos (acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional), además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la posibilidad de emitir una declaratoria general de invalidez de las normas impugnadas cuando la resolución hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los ministros.

En el supuesto de la controversia constitucional, según la Ley Reglamentaria, la declaración de invalidez debe versar sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos en que la controversia se suscite entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquel y cualquiera de las Cámaras de este o, en su caso, la Comisión Permanente, así como entre dos Poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

### *3.3. Algunos problemas en la aplicación de los precedentes constitucionales*

Como ya se puntualizó, la jurisprudencia en el juicio de amparo tiene por objeto brindar uniformidad a las decisiones jurisdiccionales, sin embargo, a partir de la búsqueda de la eficacia de los derechos humanos y el cumplimiento pleno de la supremacía constitucional, tanto su conformación como aplicación han generado algunos problemas.

De manera breve y por razón de tiempo sólo me referiré a dos de ellos, por un lado, a la posibilidad de declarar su inconstitucionalidad y, por el otro, la prohibición de su aplicación retroactiva.

#### *3.3.1. La inconstitucionalidad de la jurisprudencia*

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 299/2013, bajo mi ponencia, en la sesión de 14 de octubre de 2014, analizó si su jurisprudencia podía ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detectara que resultaba violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución Federal o en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano forma parte.

En síntesis, decidió que los Tribunales Colegiados no estaban autorizados por ninguna disposición legal para inaplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que interprete el precepto legal que se esté analizando en un caso en concreto; pero sí podrán decidir que la jurisprudencia de este Alto Tribunal no es aplicable si el Tribunal Colegiado resuelve una pregunta distinta, que no tiene que ver con la interpretación legal que se brindó en la máxima instancia constitucional, sino que tiene que ver con la constitucionalidad o convencionalidad de ese precepto.

Lo anterior, en virtud de que la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía, porque la propia ley prevé mecanismos cuando se estime que la misma no resulta acorde al nuevo modelo de control de regularidad constitucional de derechos humanos surgido a partir de la reforma de 2011.

Además, la misma es obligatoria en términos de lo dispuesto en la Constitución Federal, así como en la normatividad relativa, porque el admitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico del contenido de una norma que atendía a un derecho humano previsto constitucional y convencionalmente, sería distorsionar la certeza y la seguridad jurídica que genera la definición del tema vía jurisprudencia del ente dotado de facultades constitucionales para establecer la última palabra.

Esto dio como resultado la tesis jurisprudencial siguiente:

Época: Décima Época

Registro: 2008148

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 13, diciembre de 2014, tomo I

Materia(s): Común

Tesis: P./J. 64/2014 (10a.)

Página: 8

**Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía.** La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar

una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

Contradicción de tesis 299/2013. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. 14 de octubre de 2014. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alberto Pérez Dayán; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea votó contra consideraciones; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Ausentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alfonso Francisco Trenado Ríos.

Tesis y/o criterios contendientes:

El sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, al resolver el amparo directo 122/2013, y el diverso sustentado por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, al resolver el amparo directo 210/2013.

El Tribunal Pleno, el primero de diciembre en curso, aprobó, con el número 64/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a primero de diciembre de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 12 de diciembre de 2014 a las 9:35 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 15 de diciembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

### 3.3.2. *La retroactividad de la jurisprudencia*

El art. 217 último párrafo de la Ley de Amparo textualmente señala lo siguiente: La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Una disposición en apariencia sencilla pero que ha generado un importante debate en cuanto a su interpretación y aplicación en los casos concretos. De hecho, en el Tribunal Pleno todavía se encuentra pendiente de resolución la contradicción de tesis 182/2014, donde se definirá en términos generales el tema de la prohibición de aplicación retroactiva de jurisprudencia.

En una primera oportunidad, en las sesiones de 24 y 25 de mayo de 2015, no se llegó a consensos claros, principalmente en cuanto a la naturaleza (¿qué es?) de la jurisprudencia, y se decidió returnar el asunto.

No obstante lo anterior, en diversos casos en los que se determinó la existencia de usura y su relación con el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Primera sala fijó un criterio de temporalidad para determinar la obligatoriedad de la jurisprudencia.

Al resolver la contradicción de tesis 91/2015, en sesión de 24 de agosto de 2016, estableció que del texto del referido art. 217 de la Ley de Amparo, se desprenden tres criterios para determinar la obligatoriedad de la jurisprudencia a cargo de los órganos jurisdiccionales o administrativos: el jerárquico, el de jerarquía y competencia territorial y el de temporalidad.

En esa ocasión se dijo que el criterio de temporalidad se refiere a que el órgano jurisdiccional se encuentra obligado a aplicar la jurisprudencia que se encuentra vigente al emitir su decisión, de manera que si en el momento en que ha de dictar su resolución no existe algún criterio que le vincule, dicho juzgador está en libertad de hacer uso de su autonomía interpretativa.

Este criterio, sostuvo la Primera sala, encuentra ciertas dificultades cuando una jurisprudencia que ha servido de fundamento al órgano jurisdiccional para emitir su resolución que era obligatoria en ese momento, es abandonada o sustituida por el tribunal que la emitió.

Es en tales supuestos donde surge la interrogante sobre si la aplicación de la nueva jurisprudencia en una etapa posterior del mismo procedimiento, en otra instancia del propio juicio o incluso al resolver el juicio de amparo correspondiente, implica darle efectos retroactivos.

A partir de este cuestionamiento, la Primera sala recalcó que la emisión de la jurisprudencia determina qué interpretación es la obligatoria para ciertos órganos jurisdiccionales, es decir, la emisión de la jurisprudencia abona a disminuir ese ámbito de indeterminación del derecho.

Estableció que tal definición, si bien debe ser consistente mientras subsistan las mismas circunstancias, no es inmutable o perenne, pues siempre es susceptible de adaptarse a la realidad social y al orden jurídico imperante. Y es que, tratándose del sistema de jurisprudencia, se parte de la base de que en su emisión no opera la inmovilidad de las decisiones del poder jurídico pues no hay una vinculación absoluta a sus precedentes y, por tanto, el cambio jurisprudencial no se encuentra excluido de nuestro sistema jurídico.

Por lo que concluyó que cuando la aplicación de la jurisprudencia durante el trámite de un proceso judicial ha dado lugar a que determinadas decisiones adquieran firmeza o produzcan la adquisición de ciertos derechos, es evidente que el juez, rector del procedimiento, no está en aptitud de aplicar posteriormente, dentro del mismo juicio ni en ulteriores instancias, un criterio diferente de la misma jerarquía que haya superado al anterior, pues en tal supuesto violentaría el contenido del art. 217 de la Ley de Amparo.

Por el contrario, si el derecho sustantivo en disputa aún se encuentra *sub judice*, o sujeto a revisión, sea por la interposición de algún recurso o medio de defensa ordinario e incluso, por encontrarse pendiente de resolver un medio de defensa extraordinario que pueda dar lugar a alguna modificación en lo sentenciado, como es el juicio de amparo, el órgano jurisdiccional que conozca de éste debe aplicar el criterio *novedoso* si acaso le es obligatorio por razón de jerarquía sin perjuicio de que, durante el juicio en instancias anteriores, se hubiera aplicado la interpretación que ha sido abandonada.

#### 4. Reflexión final

En el presente informe se ha intentado ofrecer un panorama muy breve del precedente constitucional. Su importancia y trascendencia no se encuentra en duda, pero su correcta aplicación a los casos concretos es un tema debatido principalmente porque puede causar un perjuicio a los derechos de las personas. Así, la congruencia de los precedentes y en específico de la jurisprudencia con los derechos humanos debe ser indudable, sin embargo, la cuestión surge ante la falibilidad del órgano superior y la certeza y continuidad de las decisiones, algo que sin duda debe ser analizado constantemente, al igual que la cuestión de la prohibición de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia con la finalidad de que el precedente judicial abone a la certeza de los ciudadanos. Ambos temas ayudaran a que se sigan dando pasos firmes en la evolución y eficacia de la jurisprudencia mexicana.

#### 5. Bibliografía

ARELLANO HOBELSBERGER, Walter, "Jurisprudencia por unificación de criterios", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, PJJ-Consejo de la Judicatura Federal, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo - SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios"*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio - MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos: (2009-2011)*, 4ª ed., México, Porrúa, 2014.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.
- LANDA, César, “Los precedentes constitucionales”, en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2011, ps. 173-216.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, “Introducción”, en MACCORMICK, NEIL y SUMMERS, Robert (eds.), *La interpretación del precedente. Un estudio comparado*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- MAGALONI KERPEL, Ana L., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001.
- TARUFFO, Michele, “Factores que influyen en los precedentes”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *La interpretación del precedente. Un estudio comparado*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, ps. 407-427.





SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE JULIO DE 2018  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA















