

La jurisprudencia vinculante como norma jurídica

RODOLFO PÉREZ VÁSQUEZ

*Abogado, especialista y Magíster en Derecho Procesal.
Docente de pregrado y postgrado de la Facultad de Jurisprudencia.
Director del programa de Derecho de la Universidad Autónoma del Caribe*

Recibido: Noviembre 2006

Aceptado: Febrero 2007

RESUMEN

El significado y alcances de la jurisprudencia no ha sido siempre el mismo. Ha estado sujeto a un discurrir histórico en el que ha ido adquiriendo no solo el carácter de fuente del Derecho sino vinculatoriedad como norma jurídica. En este último aspecto, se destaca la labor del juez ya que a partir de sus decisiones frente a casos concretos se va generando el precedente judicial que podrá ser invocado para la resolución de problemas jurídicos a los cuales el mismo resulte aplicable. De esta manera, la fuerza vinculante del precedente judicial deviene de la ratio decidendi, es decir, de la razón general que constituye la base necesaria de la decisión judicial. La evolución de la jurisprudencia vinculante (obligatoria) como norma jurídica en Colombia ha encontrado en la Corte Constitucional un factor determinante. Son, precisamente, las decisiones del máximo organismo de control de constitucionalidad, en el marco de la Constitución de 1991, las que, referidas mayoritariamente a controversias jurídicas sobre la vulneración de derechos fundamentales, examinadas por vía de la acción de tutela, introdujeron el nuevo alcance de la jurisprudencia en el Derecho colombiano.

Palabras clave: *jurisprudencia, precedente judicial, ratio decidendi-obiter dicta, norma jurídica*

ABSTRACT

The meaning and scope of jurisprudence have not always been the same. They have been subject to the passing of time and acquired not only the character of the source of law, but also that of a judicial regulation. In this aspect, the role of the judge is very important, because it is from his decisions dealing with concrete cases that a judicial precedent is generated, which can be invoked for the resolution of legal problems to which the case may be applicable. In this manner, the binding force of the legal precedent comes from the ratio decidendi, which is the general reason that constitutes the necessary base of the legal decision. The evolution of binding jurisprudence (obligatory) as a judicial regulation in Colombia has found a determining factor in the Constitutional Court. The decisions of this maximum organism of constitutional control, in the framework of the Constitution of 1991, are those that, referred in their majority to legal controversies about the violation of fundamental rights and examined by way of tutela, are those that introduced the new scope of jurisprudence in Colombian law.

Key words: *jurisprudence, judicial precedent, ratio decidendi-obiter dicta (Law: An opinion voiced by a judge that has only incidental bearing on the case in question and is therefore not binding. Also called dictum), legal regulation.*

Concepto

Sea lo primero advertir que el concepto jurisprudencia no ha sido concebido siempre de la misma forma. En la plenitud del derecho romano antiguo se entendía como la “fuente del derecho que no depende ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica” (Pieri, G; 2000).

Para los romanos el derecho no estaba prácticamente en la ley, ni en los jueces, sino en los jurisconsultos, que eran unas personas con unas características muy especiales como las de ser estudiosos del derecho y conocedores de los problemas y fenómenos sociales.

Ellos estaban convencidos que la ratio de la ciencia jurídica era resolver de manera justa y equitativa las diferencias que surgían de la interacción de los hombres, que terminaban disputando un bien de la vida y para lograrlo necesitaban de personas portadoras de amplios conocimientos de los principios, valores, de la utilidad y fines del derecho, de la realidad social y con un buen desempeño ético y moral.

Al respecto el jurista Franklin J. Moreno, expresa “para los romanos la jurisprudencia, al decir de Cicerón era la *rerum expectandarum Fugendarum Scientia*, es decir, la jurisprudencia era aquella virtud para determinar con claridad y precisión la decisión que en materia jurídica debía adoptarse. Era una especie de poder de discernimiento que permitía distinguir entre lo justo lo injusto; entre lo equitativo y lo inequitativo.

Es incalculable el valor que era *prudenti iuristervo* en la formación y desarrollo del derecho romano antiguo pues además de ser la más antigua fuente era la más importante razón por la cual el derecho romano fue catalogado ante todo como un derecho jurisprudencial que no podía concebirse sin la activa participación del jurista. (Moreno, 2000).

En el derecho moderno la jurisprudencia es entendida como un conjunto de decisiones judiciales, también se conoce “como el conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes, que implica la existencia de una serie de principios y doctrinas o normas generales que se han deducido de la repetición uniforme de los fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares” (Monroy, 1973)

Apreciación histórica de la jurisprudencia como fuente del derecho

La jurisprudencia no siempre se ha considerado como fuente del derecho. Al inicio del derecho antiguo las decisiones judiciales tomaron mucha importancia, fue así como le reconocían una fuerza obligatoria.

El derecho anglosajón es una fuente de primera magnitud debido a que los jueces deben fundamentar sus decisiones o sentencias judiciales mediante un estudio minucioso de los precedentes.

Para ellos la ley no tiene la misma importancia de los pronunciamientos judiciales.

Si bien es cierto en un principio este derecho (anglosajón) no tenía la fuerza que hoy en día tiene, las decisiones judiciales eran entendidas como un referente pero no obligaban a los jueces posteriores a seguirlos. Esto no quiere decir, que no prestaban alguna utilidad, servían sus argumentos a los otros jueces para tomar sus decisiones, sin que estuvieran atados como camisa de fuerza, ya que podrían perfectamente apartarse de ellos y no tenerlos en cuenta.

Con el correr del tiempo, la presión porque las decisiones judiciales se aplicarían a casos análogos, hizo que tomara mayor auge, pasando así a ser observada con imperatividad, de la cual no podría prescindirse. *Esta situación dio origen a la figura del Stare Decisis (Estar a lo decidido).*

Para los anglosajones el precedente fue concebido con mayor autoridad que las disposiciones legales. Anota Moreno Milán, que “el precedente no es una opinión a priori sino la razón humana, los valores de una sociedad convertidos en decisión judicial y de este modo abandonan el precedente implica una burla a la sociedad y un atropello a la seguridad jurídica como presupuesto insoslayable de la justicia (Moreno).

Los intereses políticos siempre han influido en el origen y desarrollo del derecho fue así como con la Revolución Francesa se marcó una posición contraria y se fortaleció el legalismo extendiéndose a todo Europa continental. Esta corriente doctrinaria relegó a un segundo plano la jurisprudencia, dándole una primacía al texto normativo.

Consideraban que los únicos que podían reglamentar con carácter general era el parlamento y no los jueces, estos sólo resolvían situaciones concretas y la fuerza de las decisiones solo vinculaban a los que integraban el litigio que provocaba la decisión judicial.

El código Napoleón de 1.804 prohibió de manera expresa que los jueces por medio de sus pronunciamientos crearan reglamentaciones generales desde el asunto sometido a las consideraciones.

Valor de la jurisprudencia en el derecho codificado

La lucha por el poder ha sido una constante en la vida del hombre y en cualquier instancia de su desarrollo y desenvolvimiento siempre está presente.

La resolución de los conflictos ha estado marcada por las corrientes que defienden las voluntades que han de regir la justicia en los pueblos, así tenemos que la doctrina de Francia fue seguida por muchos países entre ellos latinoamericanos como Chile, a través de Andrés Bello, que estableció en su artículo 3 del Código Civil "solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncien.

El derecho codificado generó el legalismo y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley, la prioridad que éste derecho tenía ubicó a la jurisprudencia en un segundo plano.

Con el tiempo se fue observando que la ley no llenaba todo, que presentaba vacíos, además que los jueces no podían ser unos meros sujetos pasivos dedicados solo a interpretar la ley, según del sentido que de ella daba el legislador, porque ante vacíos legales y complejidad en la normatividad, el más sacrificado era la justicia, fue así como a mediados del siglo XIX volvió nuevamente a hablarse de la importancia de los precedentes para una adecuada administración de justicia.

Los franceses hablaron del "Jurisprudenci constante" y los españoles de la "doctrina legal".

Esta inquietud nuevamente presentada sobre el valor de las decisiones judiciales, marcaron un cambio en la

.....

... "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

.....

que se venía desarrollando bajo el legalismo del sistema liberal que no admitía cosa distinta a que los casos solo se resolvían según el criterio del legislador.

En los sistemas de derecho romano, la ley es la fuente primaria del derecho. Es el derecho escrito o codificado el que caracteriza la cultura jurídica romano germánico. Desde este punto de vista los usuarios de la justicia, pueden hacer uso de él y solicitar su aplicación para la solución de su conflicto. Es un derecho preestablecido que regula el comportamiento general del hombre y proviene del parlamento. Como interés político el Estado centró su poder en el legislativo para crear el derecho con imperactividad y primacía, lo cual no quiere decir que la Jurisprudencia no tiene ninguna importancia, sería absurdo creer eso cuando de alguna manera la labor del operador judicial requiere de un esfuerzo racional y argumentativo que pone fin a una controversia donde están en juego muchos derechos y valores.

FRANCIA: La estructura feudal de la sociedad feudal solo pudo ser superada por la afirmación de un poder central que no tardo en dar un giro hacia el absolutismo. Contempló el liberalismo democrático y afianzó el derecho codificado de ahí que el código napoleónico prohibió la jurisprudencia como fuente del derecho.

ESPAÑA: La legislación civil española en su artículo 1.1 establece como fuente del derecho la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

La jurisprudencia no está considerada como fuentes del derecho, sin embargo el artículo 1.6 del Código Civil, dispone que la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico, por lo que aunque no sea fuente directa o propiamente dicha sirve para darle sentido a aquellas situaciones de complejidad generada por la ley o para disponer precisiones antes los vacíos legales.

Para los españoles la jurisprudencia no era una fuente de derecho supletorio pero su valor consistía en servir de apoyo a las decisiones se requerían dos sentencias que interpreten una norma en igual sentido emanada del Tribunal Supremo de Justicia para mediados del siglo XIX, en el código de procedimiento civil español de 1855 la violación de la doctrina legal por el juez inferior era causal suficiente para casar el fallo.

La jurisprudencia comenzó a tener otro valor ya no era un mero carácter persuasivo sino vinculante, es decir, con fuerza normativa.

ESTADOS UNIDOS: para ello los procedimientos son la esencia del derecho, se consideran unos agentes del derecho para su finalidad de ser creadores y no por-

que deben limitarse únicamente a obedecerlo. Ven la fuente del derecho en el pueblo y no en el Estado¹.

INGLATERRA: es uno de los países que ha implementado el sistema de derecho judicial donde se ha consolidado en tal dimensión que ha servido de inspiración a otros países para su implementación.

MEXICO: La jurisprudencia se conforma de cinco (5) resoluciones, que en un mismo sentido haga el poder judicial de la Federación. Buscan unificar los criterios que han de regular una misma situación en casos diferentes. Ese criterio no es solo orientador sino para que los demás jueces lo apliquen en aras a proteger la seguridad jurídica.

PERU: El código procesal constitucional del Perú declara que la sentencia que adquiere la autoridad de cosa juzgada, constituye precedente vinculante. En sentencia 422 – 2005 – PAT/TC ratifica el precedente vinculante, aunque parece indicar que la calidad jurídica de precedente obligatorio se encuentra en toda la sentencia, cuando los autores del código procesal constitucional, han querido establecer que solo la parte considerativa de la sentencia lo que le da ese carácter y no toda la sentencia.

COLOMBIA: Acogió la doctrina legal que España estableció desde el año 1838 con el decreto de 4 noviembre que disponía el recurso de nulidad podía fundarse mediante la citación de la ley o doctrina legal violada, luego la contempló en las leyes de enjuiciamiento civil de 1855; en la ley de casación civil de 1870 y en la ley de enjuiciamiento civil de 1881.

Prácticamente en España empieza a pensarse en establecer unas reglas supletorias que se apliquen ante los vacíos legales, fue así como en la ordenanza del 30 de enero de 1855, se permitió la procedencia de la casación por violación directa de la ley y por violación de una doctrina legal.

Colombia a finales del siglo XIX creó la Corte Suprema de Justicia como órgano de casación. Una de las primeras manifestaciones normativas que protege la doctrina legal es la ley 61 de 1886, al regular la casación contra sentencias que violaran e interpretaran erróneamente la doctrina legal, más tarde se complementa con la ley 153 de 1887, art. 10 que la extiende a la aplicación a casos dudosos, haciendo de la ratio decidendi una norma general.

En el año 1890 se expidió la ley 105, tal vez por el gran interés que había por minimizar el exagerado

legalismo y por consolidar la jurisprudencia, ésta dispuso en el art. 371 que es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé 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.

El artículo 383 además disponía que la corte estaba obligada a indicar en la misma sentencia que la decisión constituía una regla general de derecho. Esto hacía pensar que era obligatoria su observancia e inmodificable por la misma Corte, por lo que para estos efectos había que acudir a una reforma legal.

Esta ley del año 1890, no solo redujo el número de decisiones a dos, sino que hizo muy rígido el precedente.

La ley 153, había contemplado 3 decisiones uniformes dados por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal probable.

Fue la misma Corte la que criticó la rigidez con que la normatividad contemplaba la jurisprudencia de manera cuasilegislativa, especialmente porque para ella es inconcebible que no pueda ser modificada por sí misma. Esta presión contribuyó a que en el año 1896 se expidiera la ley 169, que reformó el recurso de casación entre otras cosas en el artículo 4 y dijo 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 a casos análogos, lo cual no obsta para que la corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Fundamentos constitucionales Del precedente

1. La Corte Suprema que lo emite está legitimada constitucionalmente para ejercer jurisdicción y unificar la jurisprudencia.
2. Existe una obligación de los jueces de garantizar la igualdad frente a la ley y de trato por parte de las autoridades.
3. El principio de la buena fe, entendida como la confianza que se le reconoce a las autoridades del Estado en ejercicio de sus funciones.
4. La reiterada interpretación que la autoridad hace del ordenamiento jurídico confrontándolo con la realidad social.
5. La seguridad jurídica.

La Corte Constitucional ha venido planteando una reconsideración conceptual a la doctrina probable e invita que los precedentes deben ser observados des-

¹ GARAPON, Antoine y Papadopoulos. *Juzgar en Estados Unidos y Francia*. Legis Bogotá 2006.

de la analogía fáctica (por sus hechos y circunstancias) y no por los conceptos jurídicos análogos. Esta situación hace que la jurisprudencia tenga fuerza vinculante y no que sirva solo como jurisprudencia meramente indicativa, aceptando como se ha dicho antes la posibilidad de ser variada bajo argumentos suficientes y razonables.

Cómo saber si la jurisprudencia es Vinculante

Para saber si una jurisprudencia es vinculante o no, requiere de un estudio serio y ponderado de la misma. Es una actividad intelectual desarrollada con la mayor precisión posible. El precedente se caracteriza porque la argumentación es extensa de ahí la diferencia con la norma legal que se comprime a una economía lingüística. Para hallar el precedente necesariamente debemos acudir a la estructura de las sentencias, tanto la ley como la doctrina vienen aceptando que esta se integra en tres partes: la motiva, los considerandos y la resolutive.

Es de interés entonces indagar donde esta la fuerza vinculante del precedente y que denominación adquiere como elemento identificatorio.

Como quiera que en algún momento se dio un debate en torno a que el carácter vinculante del precedente estaba en toda la sentencia, mientras otros decían estar en una parte de ella, es pertinente referirnos al tema acorde con los últimos criterios esbozados por la alta corte constitucional.

Es bueno recordar que precedente es “una decisión judicial que contiene en si un principio. El principio subyacente que forma así su elemento obligatorio es frecuentemente denominado ratio decidendi. La decisión concreta es obligatoria entre las partes, pero únicamente la ratio decidendi abstracta tiene fuerza como derecho obligatorio para todo el mundo en general. (Salmond, 1924)

Si la ratio decidendi es la en que un momento dado obliga, ¿entonces que es eso de ratio decidendi?

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha dicho sobre el precedente constitucional que en toda sentencia es preciso distinguir entre la decisum, la ratio decidendi y los obiter dicta.

La decisum la define como la resolución concreta del caso, la determinación si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional. Esta parte de la sentencia de constitucionalidad tiene alcance general.

La ratio decidendi, la define como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica. Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial.

La ratio decidendi es la norma adscrita a la subregla que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos.

La obiter dicta, la define como una parte de la sentencia, que no tiene poder vinculante, sino una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del tribunal. (Bernal, 2005)

Ubicación de la fuerza vinculante

En sentencia T960 de 2001, la corte constitucional dijo que la fuerza vinculante solo se predica en la ratio decidendi y en la sentencia T – 1317 de 2001, el alto tribunal dijo que el precedente judicial plasmado en la ratio decidendi, se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al igual que las demás reglas jurídicas para la corte el supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez, de ahí que cuando en una situación similar se observe que los hechos determinantes no concuerdan con los supuestos de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente.

Cómo se establece la ratio decidendi

No existe un criterio unánime acerca de la forma como se establece o halla la ratio decidendi en la sentencia, para ello han surgido varios métodos, entre las que podemos mencionar:

TEST DE GOODHART: considera que la ratio decidendi se encuentra en el vínculo o nexo que existe entre los hechos del litigio y la decisión concreta a que llegó el juez.

Como se llega a esa conclusión? Estableciendo los hechos relevantes, apreciándolos a la luz de la decisión concreta. De ahí en adelante siempre que se den los mismos hechos debe aplicarse la misma decisión.

TEST DE OLIPHANT: Los jueces no resuelven las cosas según las normas vigentes sino conforme a sus concepciones personales, de ahí que para conocer la ratio decidendi hay que conocer los estímulos o reacciones del juez ante situaciones concretas.

Test de la corte constitucional colombiana

Para la corte son ratio los conceptos:

1. De la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia (C – 131/96)
2. Los que estén íntima e inescindiblemente unidos al dispositivo de la sentencia (C – 131/96)
3. Los que establecen el principio general de la decisión tomada (SU – 047/99)

□

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado. Bogotá 2005.

GARAPON, Antoine y Papadopoulos. *Juzgar en Estados Unidos y Francia*. Legis Bogotá 2006.

MORENO, Franklin. *La Jurisprudencia Constitucional como fuente del Derecho*, Editorial Legis. Bogotá 2002,

PIERI, G. *Jus et Jurisprudencia*, citado por Calvo Vidal Felix, *La Jurisprudencia ¿fuente del Derecho?*, Editorial Lex Nova 2000

MONROY, Marco. *Introducción al Derecho*, 2ª. Edición, temis 1973, Bogotá 1973.

MORENO, Franklyn. *La Jurisprudencia Constitucional como Fuente del Derecho*.

SALMOND, John. *Jurisprudencia* 1924.