

**Artículos
sobre el tema**

La necesidad de seguir una metodología común en los análisis de constitucionalidad

Consideraciones posteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia

Diego Eduardo López Medina y Roberto Gordillo

La promoción del proceso de constitucionalización del derecho en las demás jurisdicciones

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia tributaria y su incidencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Alfredo Lewin Figueroa

Crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia laboral

Carlos Álvarez Pereira

El debate sobre la tutela

La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?

Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes

Comentarios sobre el análisis de las actuaciones de la Corte Constitucional, respecto al Sistema General de Seguridad Social de Salud

José Fernando Arias Duarte y Jairo Augusto Núñez Méndez

Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia*

*Diego Eduardo López Medina***

*Roberto Gordillo****

Resumen

En este estudio los autores hacen un recorrido muy cuidadoso por la estructura metodológica de las decisiones de la Corte Constitucional, en tanto expresión del derecho judicial y, por ende, elementos de concreción de los derechos formulados en términos abstractos en nuestra Constitución. En particular, nos muestran cómo la Corte se ha venido preocupando cada vez más por respetar los criterios que han servido de base a sus propias decisiones, y de por qué vías se libera de ellos cuando lo estima necesario. Finalmente, llaman la atención acerca de la necesidad de observar unas reglas mínimas para la citación de documentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales.

análisis del precedente judicial; sub-reglas; *ratio decidendi* y *obiter dictum*; citación técnica

Introducción

El desarrollo reciente del derecho constitucional en Colombia ha generado la necesidad práctica de complementar las normas, por fuerza, generales y ambiguas de la constitución mediante la utilización de derecho judicial (también llamada “jurisprudencia” en la teoría de fuentes del derecho). Esta complementación activa de textos positivos ha generado intensa polémica en la cultura jurídica colombiana, más acostumbrada, al menos en términos ideológicos, a aceptar una teoría pasivista de la adjudicación. En derecho constitucional, el papel complementador

* Los autores agradecen a Ana María Beltrán, a Felipe Piquero y a los funcionarios de la fundación Konrad Adenauer por su apoyo en la redacción del presente ensayo.

** Profesor Asociado de la Universidad de los Andes y de la Universidad Nacional de Colombia. Doctorado en Derecho de la Universidad de Harvard. Maestría en derecho de la Universidad de Harvard. Abogado y Filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

*** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia.

del derecho judicial es el de dar forma concreta a los derechos constitucionales abstractos: a estas definiciones jurisprudenciales se les conoce como “sub-reglas” ya que introducen una especificación ulterior de los derechos que la enunciación política abstracta no puede tener. La labor judicial, pues, convierte los derechos políticos y abstractos en derechos jurídicos y concretos. Se trata, por decirlo así, de una traducción de los consensos constituyentes genéricos a la justiciabilidad concreta. Esta labor de “reglamentación” constitucional, por otra parte, fue usualmente desempeñada hasta hace poco tiempo por parte del Legislador. Sin embargo, de reciente, la reglamentación constitucional por parte del legislador ha sido sometida a críticas importantes que han tenido el efecto de traspasar esta función, en la segunda post-guerra, a cuerpos judiciales especializados en la garantía de derechos fundamentales. Esta evolución, por supuesto, no ha sido pacífica dados los presupuestos ideológicos del estado de derecho legalista francés del siglo XIX¹, ampliamente difundido en América Latina en el período post-colonial. Estas críticas al poder reglamentario de la Constitución en cabeza del legislativo han sido dos al menos: la Legislación cumple varias, quizá demasiadas funciones, tratando, entre otras cosas, de ofrecer representatividad política, expresar la razón de Estado, mantener una economía viable, servir de eco a intereses nacionales concentrados y difusos, etc., etc. En todas estas funciones de la Legislación, la defensa de los derechos fundamentales es un límite externo de cualquier legislación, pero no necesariamente el propósito central de la misma. Esto originó, como había de esperarse, conflictos importantes, antes impensados, entre el principio de legalidad y la protección de los derechos. En especial, la protección legislativa de los derechos generó choques entre mayorías y minorías: por definición, la legislación es una técnica que busca expedir normas jurídicas respaldadas por coaliciones parlamentarias mayoritarias; en cambio, por definición, los derechos (individuales o colectivos) son títulos concedidos a minorías quienes, cuando los invocan, están expresando su sentido de daño, desestimación o desconsideración por parte de las mayorías políticas. Los derechos, por así decirlo, pueden ser frecuentemente anti-mayoritarios y, por tanto, anti-democráticos. La argumentación constitucional de la segunda post-guerra, por tanto, ha tendido a ser una argumentación de altos contenidos morales tendiente a deducir, a partir de los consensos constituyentes nacionales, los títulos y reclamos que moral y políticamente un pueblo ha acordado a individuos y colectivos situados, coyunturalmente, en situaciones aisladas, desventajosas o minoritarias. Bajo esta comprensión, la Constitución es un texto que establece un gobierno democrático pero que, desde su fundación, se auto-

1 Como bien lo expresa Ignacio de Otto: “la necesidad de uniformizar la aplicación judicial de derecho ha llevado (...) a sujetarla a reglas elaboradas por la cúspide de la propia organización judicial, esto es, a la jurisprudencia, que adquiere así un valor normativo que la Revolución francesa le negó”. *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona, 1999.

impone límites a la posibilidad de tomar decisiones mayoritarias, especialmente aquellas que nieguen recursos fundamentales a personas o grupos que, eventualmente, luzcan impopulares o marginales. Los derechos, por así decirlo, son una técnica que le recuerda permanentemente a las mayorías que sus decisiones políticas conjunturales sobre quién es impopular o marginal son altamente sospechosas y, en principio, impermisibles. Si esto es así, sigue el argumento, la reglamentación de la Constitución está mejor ubicada en un cuerpo anti-mayoritario que desarrolle institucionalmente formas de racionamiento moral, opuesto al racionamiento por conveniencia, que le recuerde a las mayorías los deberes constitucionales adquiridos en el momento constituyente. Los juristas, por otra parte, tienen una tradición profesional de antiguo que les permite desarrollar formas de razonamiento dogmático, secular y moralizante del tipo que se le exige a un Tribunal Constitucional. La otra profesión nomológicamente orientada que podría desarrollar esa labor, la sacerdotal/teológica, no cumple, sin embargo, con el segundo de los requisitos enunciados necesario en los estados modernos, por definición no confesionales.

La reglamentación constitucional en sede judicial, o lo que es lo mismo, la definición jurisprudencial de sub-reglas concretas derivadas de los derechos abstractos ha exigido, como habría de esperarse, una cualificación importante del análisis de las sentencias. Como de la sub-regla depende frecuentemente la decisión de un caso, la argumentación jurídica en derecho constitucional ha tendido a concentrar mayores esfuerzos por precisar, dentro de una sentencia, cuál es la sub-regla anunciada. A este esfuerzo hermenéutico se le ha denominado “análisis estático de sentencias”.² Esta técnica implica una serie de protocolos mucho más estrictos de interpretación jurisprudencial que los utilizados tradicionalmente, por ejemplo, en el análisis de sentencias de la jurisdicción común. En este trabajo pretendemos avanzar en algunos aspectos importantes del análisis estático de sentencias, al menos en dos aspectos: de una parte, queremos examinar la discusión teórica reciente (1999-2002) que ha adelantado la Corte Constitucional colombiana con relación al problema interpretativo que se presenta al intentar extraer la sub-regla (o como también la ha denominado, la *ratio decidendi*) de sus fallos.³ En segundo lugar, queremos ofrecer al lector herramientas adicionales de análisis de sentencias mediante el examen cuidadoso de los patrones de citación jurisprudencial observados por la misma Corte a lo largo de su actividad adjudicativa. Este examen nos permitirá explicar ciertos fenómenos interesantes de la jurisprudencia de la Corte colombiana, así como ofrecerá, al menos eso esperamos, orientaciones útiles al argumentador jurídico en el uso de la jurisprudencia.

2 Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Legis, Bogotá, 2001, capítulo 3.

3 Con ellos complementando y poniendo al día el análisis efectuado en Diego López Medina, *Op. cit.*

A. Análisis estático del precedente judicial

La Corte Constitucional colombiana inicia una reflexión auto-consciente sobre las metodologías de extracción de sub-reglas de sus sentencias en una decisión políticamente cargada emitida en el año de 1999. En la sentencia SU-047/99 (M. P's. Carlos Gaviria y Alejandro Martínez) la Corte propone, con un alto nivel de elaboración conceptual, la importación de mecanismos de análisis estático de jurisprudencia desarrollados en el *common law*. Estas herramientas han seguido siendo usadas en sentencias posteriores. En lo que sigue trataremos de dar una síntesis de esta teorización de la Corte.

En la SU 047/99 gran parte de la discusión se centra en la obligatoriedad que tienen para la Corte dos *presuntos* precedentes suyos donde se establecía abiertamente que los parlamentarios, cuando ejercían funciones judiciales, estaban sometidos a las restricciones legales corrientes que limitan las decisiones que toma cualquier juez dentro de nuestra cultura y teoría jurídicas. En efecto, se espera del juez que tome decisiones, que las motive y que esa motivación esté sólida y primariamente fundamentada en consideraciones imparciales exclusivamente emanadas de la aplicación e interpretación del derecho positivo preexistente. Una sentencia que evite estas exigencias y sea fundamentada en razones de conveniencia política constituye una violación de la función judicial y constituye un ejercicio abiertamente discrecional del poder que viola, además de las restricciones constitucionales del rol judicial, el Código Penal.

Esta sentencia SU-047/99 resolvía así el resonado caso de Vivianne Morales y otros 110 representantes a la Cámara que había votado a favor de la preclusión de la investigación penal que se realizó en contra del presidente Ernesto Samper durante el primer semestre de 1996. Considerando que el voto favorable se había basado más en una apreciación política y no en un examen estrictamente jurídico de las pruebas aportadas, la Corte Suprema de Justicia inicia investigación penal contra estos representantes por el delito de prevaricato. El delito, según iba la teoría incriminatoria de la Corte Suprema, se había cometido al haberse proferido una providencia judicial sin apoyarla en el tipo de razones a las que está obligado un juez a acudir como fundamentación de una decisión, especialmente cuando esa decisión consiste en la calificación del sumario en un proceso penal. En cambio, los representantes a la Cámara, obrando en una lógica meramente política, habían decidido precluir la investigación por razones al parecer predominantemente políticas que iban, desde la disciplina de partido hasta el alegado intercambio de favores *quid pro quo* con el Presidente de la República.

La representante Vivianne Morales interpone acción de tutela para impedir que la Corte Suprema continúe este proceso penal en su contra. Según ella, el artículo 185 de la Constitución Política hace completamente inviolables las opi-

niones que los parlamentarios emiten, incluyendo aquellos votos u opiniones emitidos en desarrollo de las funciones judiciales que la Constitución atribuye a la Cámara de Representantes. Por tanto, su voto en este caso está protegido por la garantía de inviolabilidad, que constituye un verdadero derecho fundamental radicado en cabeza de los congresistas de la República. Dice así el artículo 185 C.P.:

Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio de su cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

Esta interpretación del artículo, sin embargo, parece estar en directa violación de precedentes anteriores de la Corte Constitucional donde se había reconocido, al parecer, que la inviolabilidad sólo se predicaba de votos y opiniones emitidos en descargo de las funciones *políticas* de los congresistas. En el desempeño de las funciones judiciales de instrucción y juzgamiento a altos funcionarios del Estado, en cambio, las opiniones y votos de los congresistas estaban sometidos al régimen normal de control que pesa sobre cualquier juez de la república. Esta posición se fundamentaba en la idea de que la función judicial es restringida por la ley y la Constitución en búsqueda de imparcialidad, a diferencia de los juicios político-partidistas que se emiten, por ejemplo, cuando se vota un proyecto de ley o una moción de censura contra un ministro. Así en la sentencia C-222/96 se había reconocido que

la naturaleza de la función encomendada al Congreso supone exigencias a la actuación de los congresistas que, con su voto, colegiadamente concurren a la configuración del presupuesto procesal previo consistente en la decisión sobre acusación y seguimiento de causa o no acusación y no seguimiento de causa. Además de las limitaciones inherentes a su condición de congresistas, la índole judicial de la función analizada, impone hacer extensivos a éstos el régimen aplicable a los jueces, como quiera que lo que se demanda es una decisión objetiva e imparcial en atención a los efectos jurídicos que ha de tener. Sin perjuicio de que las decisiones que se adopten sean colegiadas, los miembros de las Cámaras, en su condición de jueces, asumen responsabilidad personal, que incluso podría tener implicaciones penales⁴.

4 C-222/96, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Itálicas fuera de texto. Este mismo párrafo, sin embargo, será posteriormente citado en la C-245/96 y la Corte misma resaltará en itálicas estas palabras para enfatizar la distinción entre función política y función judicial.

En forma todavía más enfática la Corte Constitucional parece ratificar esta interpretación del artículo 185 en la sentencia C-245/96:

La verificación de la transparencia adquiere la plenitud de su rigor cuando el Congreso desempeña la función judicial y, por ende, los congresistas asumen competencias de esa naturaleza. Si en este caso se decidiera conceder a la inviolabilidad del voto una latitud incondicionada, la función judicial ejercitada por jueces desligados de todo estatuto de responsabilidad —que a ello conduce impedir objetivamente verificar si el comportamiento del congresista se ajustó a la Constitución y a la ley—, perdería definitivamente dicha connotación y, de ese modo, todas las garantías del proceso habrían periclitado.

Por lo demás, la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia⁵ ha señalado que para efectos de la actuación judicial, los congresistas gozan de las mismas facultades y deberes de los Jueces o Fiscales, y de ello derivan igualmente, las mismas responsabilidades⁶.

La Corte culmina este análisis de la responsabilidad plena de los congresistas en el desempeño de la función judicial de la siguiente manera:

Ya en el plano de la función judicial —especial— que ejerce el Congreso, como son los juicios que adelanta contra funcionarios que gozan de fuero constitucional especial, referidos a delitos cometidos en el ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, su actuación debe someterse a los principios generales de la función pública⁷.

La disciplina del auto-precedente sugeriría que la Corte estaba virtualmente obligada a denegar la tutela de la representante Morales. La demandante parecía estar sosteniendo, en contravía de dos enfáticas sentencias previas de la Corte, que *todo tipo de voto congressional* estaría protegido por la inviolabilidad del artículo 185, cuando era claro, al menos de los apartes jurisprudenciales que se han reproducido, que la Corte distinguía entre función política y judicial para otorgar a esta última el mismo nivel de control de imparcialidad y objetividad que tienen jueces y fiscales. La disciplina precedencial parecería entonces generar rigideces insalvables, ya que los jueces estarían obligados a seguir los precedentes emitidos por sus superiores o por ellos mismos, en salvaguardia de la garantía de la igualdad de trato. Por esta razón la Corte, en el caso de Vivianne Morales estaba *obligada*, so pena de flagrante contradicción y violación del precedente, a negar la tutela.

5 Se refiere, por supuesto, a la sentencia C-222/96 que luego cita en las apartes pertinentes ya reproducidos *supra* en este texto.

6 C-245/96, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo.

7 *Ibid.*

¿Cómo pudo evitar la Corte Constitucional los precedentes establecidos en las sentencias C-222 y C-245 de 1996? La determinación de la regla jurídica en el derecho legislado es relativamente fácil ya que dicho forma de derecho se redacta conforme a un principio de economía lingüística; el derecho judicial, en cambio, por exigencias de justificación racional, es un derecho abundante y argumentativo en el que la sub-regla que anuncia la sentencia está frecuentemente “escondida” a lo largo de las motivaciones de fallo. Eso ocasiona que, en veces, una pequeña y a veces mínima sub-regla de derecho sea construída (y ojalá finalmente justificada) en abundantes párrafos y argumentos. Esta *densidad argumentativa* de la sentencia hace que, con frecuencia, sea difícil extraer la *sub-regla* concreta que la Corte parece estar estableciendo en un caso concreto. Para manejar esta densidad y abundancia característicos del derecho jurisprudencial, la Corte Constitucional ha venido utilizando y sistematizando métodos de interpretación de precedentes importados del *Common Law*, donde la interpretación del derecho de origen judicial ha sido siempre fundamental en el litigio jurídico. La Corte, entonces, empieza a utilizar de manera más o menos sistemática las nociones de *ratio decidendi* y *obiter dictum*⁸. El caso Morales le ofrece una oportunidad excepcional para desplegar con relativo cuidado estos conceptos de análisis jurisprudencial. Dice la Corte:

“Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del Common Law, que es en donde más fuerza tiene la regla del stare decisis, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutiva, llamada también *decisum*, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*”⁹.

8 En el derecho anglosajón, aunque se utiliza también la expresión *ratio decidendi*, es más frecuente hablar del *holding* del caso. La Corte reconoce esta sinonimia y se decide por la expresión latina, más utilizable dentro de un lengua romance como el español. Véase SU-047/99, p. 47, pié de página 59.

9 SU-047/99, p. 47. El énfasis que hago en el origen de estas técnicas en el *Common Law* no debe ser indebidamente exagerado. Lo que es claro de una rápida revisión del derecho comparado es que la mayoría de jurisdicciones constitucionales, incluso en la tradición romano-germánica, tienen disciplinas de precedente que exceden con mucho las sistemas jurisprudenciales estándares de la jurisdicción común. En derecho Constitucional, por tanto, la división rígida entre *Common Law* y Derecho Civil es cada vez menos adecuada. En Alemania, por ejemplo, la jurisdicción constitucional también distingue entre *ratio* y *dictum*. La *ratio* es usualmente denominada *tragende Gründe* (fundamentos de soporte) y algo de esta terminología se ha filtrado al análisis en Colombia, como se verá más adelante. Véase, Alexy, Robert y Drier, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. En “Intepreting Precedents”, Ashgate, Dartmouth, 1997. Véase adicionalmente, reconociendo el fenómeno de convergencia entre familias jurídicas la aclaración de voto a la sentencia C-836/01 firmada por M.J. Cepeda y M.G. Monroy.

Siguiendo la doctrina anglosajona más clásica en la materia, la Corte define *ratio decidendi* de la siguiente manera:

“Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”

La Corte ya había hecho esfuerzos por definir la *ratio decidendi* en sentencias anteriores, identificándola con la *cosa juzgada implícita* del fallo.¹⁰ Este concepto, más tradicional dentro de nuestra tradición de análisis jurisprudencial, ya le había servido a la Corte para distinguir aquellos apartes de la parte motiva de la sentencia que debían considerarse obligatorios en casos futuros y aquellos otros que tenían un valor meramente auxiliar para el intérprete:

“¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada? La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera obiter dicta.

*Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”.*¹¹

La Corte, pues, trata de especificar el contenido de la doctrina del precedente. No todos los apartes de las sentencias son obligatorios, sino tan sólo algunos de ellos. En efecto, sólo están cubiertos con el valor del precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su *ratio decidendi*. Sin embargo, los criterios que da la Corte para identificar con precisión la *ratio decidendi* de una sentencia de constitucionalidad son variados. La *ratio decidendi*, según formulaciones alternativas que ha dado la Corte Constitucional al respecto, son aquellos apartes (i) que establecen el

¹⁰ Véase al respecto C-131/93 y C-037/96.

¹¹ C-131/99, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Citado de nuevo en SU-047/99.

principio general de la decisión tomada (SU-047/99), (ii) que guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia (C-131/93) o (iii) que están íntima e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de la sentencia (C-038/96).

Todos aquellos razonamientos o elaboraciones que no constituye *ratio decidendi* en una sentencia puede ser considerados *obiter dictum*¹². La expresión designa todos aquellos pasajes de la sentencias en los que, por la abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, se dicen cosas de pasada o incidentalmente sin que constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo. Estos argumentos son, generalmente, super-abundantes, eruditos y de mera referencia y no tienen relación directa con la parte dispositiva (*decisum*) de la sentencia. Estos apartes, por tanto, no están cubiertos por el principio de obligatoriedad del precedente. Aquí, de nuevo, la Corte ha buscado dentro conceptos jurídicos más cercanos a la tradición nacional para expresar esta distinción entre *ratio* y *dicta*. En este esfuerzo, en varias sentencias la Corte Constitucional, para atacar apartes incidentales de una sentencia que se pretenden hacer valer como precedente, ha hablado de *cosa juzgada aparente*.¹³ Este concepto cumple funciones similares al de *obiter dictum*: sirve para marcar ciertas consideraciones incidentales que no han congregado la atención explícita de la Corte en la decisión y que por tanto no pueden ser tenidas como obligatorias en casos futuros.

Estas distinciones propias del análisis del precedente preparan la solución del caso Morales, con un doble propósito: mantener la disciplina del precedente (esto es, su obligatoriedad para casos futuros) mientras que se le permite a la Corte desechar la presunta, meramente aparente, obligatoriedad de las sentencias C-222 y 245 de 1996. La Corte para lograr este fin desarrolla y aplica las varias concepciones de *ratio* que se señalaron más arriba. Tanto la C-222 como la C-245, dice la Corte, sólo contenían *obiter dictum* sobre el punto de la responsabilidad penal de los congresistas. Los párrafos en estas dos sentencias eran muy claros, se puede conceder con facilidad,¹⁴ en el sentido de que los parlamentarios debían responder penalmente en el ejercicio de sus funciones judiciales. No obstante su claridad, los

12 Literalmente significa "dicho gratuitamente". Su plural, *dicta*, será también utilizado con frecuencia a lo largo del texto.

13 Recuérdese como a la *ratio decidendi* la Corte también la denomina *cosa juzgada implícita*. Sobre el uso de la "cosa juzgada aparente", véase, entre otras, C-700/99, magistrado ponente: J.G. Hernández.

14 Obsérvese que el criterio para identificar un *obiter* no tiene que ver con la claridad o oscuridad del aparte de la sentencia bajo estudio. Incluso cabría de esperarse que, debido a la discusión explícita y detenida que tiene la *ratio decidendi* de un fallo, éstas tengan redacciones más ambiguas o generales que permitan conciliar las opiniones plurales de los miembros de la Corte. Sobre los problemas políticos de conciliación de *ratio decidendi* al interior de Cortes colegiadas, véase, Sunstein, Cass. *Incompletely Theorized Agreements*. 108 Harvard Law Review 1733 (1995). Los *dicta*, en cambio, por no concitar la discusión jurídico-política de los magistrados, pueden pasar con formulaciones más rotundas y definitivas que, bajo detenida consideración posterior, los magistrados no estarían dispuestos a endosar.

párrafos en cuestión eran *dicta* y por tanto la Corte no estaba obligada a seguirlos como precedentes vinculantes en el caso Morales.

A partir de la SU-047/99 la Corte Constitucional colombiana ha venido utilizando con frecuencia los Conceptos de *ratio decidendi*, *dictum* y *decisum* en casos difíciles. En especial, es importante mencionar la sentencia C-836 de 2001¹⁵ donde la Corte intenta de nuevo una presentación teórica general del análisis estático de sentencias, sin, en general, introducir variaciones fundamentales a los puntos ya expuestos en la SU-047/99. Presentaciones amplias del tema se hacen igualmente en la sentencia SU-1210/01 y en el auto 16/00. De otra parte, la Corte ha usado la distinción (por oposición a teorizar sobre ella) entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* con el propósito de ampliar, distinguir, restringir o apartarse del precedente como en el caso de las sentencias C-266 de 2002¹⁶ y SU-062 de 2001¹⁷.

En varias de estas sentencias, especialmente en las de signo más teórico, la Corte trata de definir, en mayor o menor grado, algunos de los problemas más significativos en relación con la determinación de la *ratio decidendi* o sub-regla del fallo. Entre estos puntos están: a) definición de la *ratio*; b) establecimiento de su carácter obligatorio para casos futuros; c) precisión del encargado de interpretar la *ratio* de una sentencia; d) bosquejo de las técnicas de modulación de su fuerza vinculante y, finalmente, d) exposición de las razones que legitiman su uso para el ordenamiento jurídico¹⁸.

El primero y más acuciante de estos temas es determinar qué es la *ratio* de una sentencia y quién es el encargado de establecerla. Existe un primer caso sencillo y frecuentemente usado de *obiter dictum* en las técnicas de análisis de la Corte. Hay *obiter dictum* en primer lugar, cuando los apartes en discusión de la sentencia, aunque explícitos, no hacen parte del tema central o esencial de estudio suscitados por los artículos bajo estudio en la sentencia de constitucionalidad, o cuando dichos párrafos no eran estrictamente requeridos para fallar el caso. Es “tema esencial” todos aquellos argumentos que se hacen necesarios y que reciben tratamiento explícito y detenido por parte de la Corte para resolver el problema de exequibilidad o inexecutable de una norma bajo discusión. Este concepto básico es el que parece ser captado en la distinción entre “cosa juzgada implícita” y “cosa juzgada aparente” mencionada más arriba: la “cosa juzgada implícita”, o *ratio decidendi* hace referencia a aquellos apartes del fallo que, luego de plena consideración por parte de la Corte sobre el fundamento de las normas acusadas, “guardan unidad de

15 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

16 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

17 Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

18 Páginas adelante me detendré en estas sentencias cuando hable específicamente de las sentencias que han desarrollado con cierta profundidad los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*.

sentido”, “están inescindiblemente unidos”, con el dispositivo ó parte resolutoria de la sentencia (también denominado “cosa juzgada explícita”). Así, por ejemplo, respecto de la C-222/96

“ninguno de los artículos demandados hace referencia a la responsabilidad individual de los congresistas, por lo cual no era necesario, para declarar la exequibilidad o la inexecutable de esas normas, adelantar las reflexiones que la Corte hizo sobre la naturaleza de los juicios en el Congreso y las responsabilidades judiciales de los representantes y senadores”

El segundo caso de *obiter dictum* es más complicado y está más directamente emparentado con las teorías realistas del precedente en el mundo anglo-sajón.¹⁹ Se trata, igualmente, de una noción más *hermenéutica* del precedente y sus posibilidades de manipulación son mucho mayores. En este segundo caso hay *obiter dictum* incluso cuando los argumentos bajo estudio parecen estar conectados con el tema central de la sentencia. En esta circunstancia se trata de encontrar el *verdadero principio o razón* que llevó a la decisión de la Corte. Esta definición de *ratio decidendi* invita a una racionalización ulterior de la sentencia por parte del juez que decide el caso nuevo: el juez, pues, no está obligado a seguir como precedente los argumentos explícitos que el juez original creyó que justificaban su sentencia sino, más bien, a construir nuevas justificaciones o racionalizaciones que sean compatibles con los fallos pasados pero que extraigan, de alguna manera, el verdadero principio del fallo. Esta técnica de interpretación de precedentes fue expuesta con singular fuerza por los realistas norteamericanos. Dice al respecto Herman Oliphant:

“No son las opiniones de los jueces, sino el sentido en el que deciden los casos los que será la materia dominante de un verdadero estudio científico del derecho... Un ejemplo de esta ciencia real del derecho bastará. Hay dos líneas de viejos precedentes relacionados con la validez de cláusulas de no competencia. Esas dos líneas simplemente se contradicen. Pero cuando uno ignora las consideraciones de la y los hechos de los casos se re-examinan, todos los casos que sostienen que las cláusulas no son válidas se refieren a casos en los que empleados se comprometen a no competir con sus empleadores después de culminado el período de empleo. Las reglas contemporáneas de los gremios y oficios, a las que no se hace referencia en las consideraciones explícitas de la Corte, hacen que estas decisiones sean per-

19 El realismo jurídico tuvo impacto en muchos temas de la cultura jurídica norteamericana, incluyendo, por supuesto, el análisis de precedentes. La definición realista de la *ratio decidendi* fue expuesta de manera completa en el artículo de Arthur Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 *Yale Law Journal* 161 (1930). Más adelante se explicarán las características de este giro teórico en el análisis de casos. Respecto de la afirmación hecha en el texto, es relativamente claro que la Corte ha entrado a saco roto y ha *transplantado* a nuestro medio técnicas de análisis de precedentes sin poseer mayor conciencia de sus implicaciones y desarrollos teóricos.

fectamente correctas. Todos los casos en los que la cláusula de no competencia fue válida fueron aquellos en los que alguien vendía un negocio y prometía no competir con el comprador. La realidad económica contemporánea hizo que estas decisiones fueran perfectamente correctas. La distinción entre estas dos líneas jurisprudenciales ni siquiera se sugiere en los considerandos. Fue la intuición basada en la experiencia lo que llevó a los jueces a fallar así con impresionante seguridad y consiguiendo un resultado que se ajustaba a la vida. Ese es un ejemplo de las cosas que se pueden estudiar científicamente ...²⁰

Utilizando esta técnica, en especial, dice la Corte respecta del presunto precedente contenido en la C-245/96:

*“Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores’”.*²¹

Esta noción del precedente, pues, es menos formalista y permite al juez reconstruir los fundamentos o razones de los fallos. Este forma de concepción del precedente ha sido utilizada en momentos de cambio social en los que se hace preciso mantener la coherencia decisional al tiempo que se encuentran o elaboran

20 Oliphant, Herman. *A Return to Stare Decisis*. 14 American Bar Association Journal 159 (1928).

21 SU-037/99, p. 50, citando a Keenan, Denis. *English Law* (9ª edición), Pitman, Londres, pp. 130 y ss. Este punto es fundamental porque abre la posibilidad de concebir la doctrina del precedente como una doctrina hermenéutica: el juez no está en la obligación de seguir formalísticamente las justificaciones expresa o textualmente dadas con anterioridad por otros jueces. Su obligación consiste, simplemente, en lograr que casos iguales sean decididos de manera igual, pero ello no exige que la nueva decisión esté basada en los mismos argumentos dados por el juez anterior. El nuevo juez tiene la obligación, nacida de la doctrina del precedente, de contruir teorías morales o políticas que *cuadren* con los resultados alcanzados en esas sentencias y que *justifiquen* dichos resultados. Estos tests jurisprudenciales de *cuadre* y *justificación* son los que debe cumplir, por ejemplo, el juez Hércules de Dworkin si quiere tener fidelidad al derecho como práctica político-argumentativa. No se trata, por tanto, del respeto formalista al precedente, sino de un respeto hermenéutico y re-constructivo del derecho. En la Corte Colombiana la noción, más sencilla, de “cosa juzgada implícita” parece hacer referencia a una concepción más formalista del precedente. El mismo concepto, elevado a la noción de *ratio decidendi*, parece adoptar los tonos de una concepción hermenéutica del derecho jurisprudencial. El párrafo de Keenan citado por la Corte y reproducido en texto se hace eco a las palabras del libro clásico de Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949): “El juez del common law no se encuentra obligado a seguir la formulación de la regla de derecho expresada por el juez anterior, incluso si se trata del caso controlante. La formulación concreta es mero *dictum*, y esto significa que el juez del caso actual puede hallar irrelevante la existencia o ausencia de hechos que los jueces anteriores pensaron que eran importantes. No es lo que el juez anterior pensaba lo que es de importancia; más bien es aquello que el juez actual piensa, tratando de ver el derecho como todo más o menos consistente, lo que debería constituir la clasificación determinante”.

nuevos argumentos o concepciones de la realidad social y jurídica. Esta técnica, en concreto, le permite a la Corte desechar el valor precedencial de la sentencia C-245/96:

*“En este caso, parece pues que el fundamento de la inexecutable de la norma es verdaderamente que la inviolabilidad parlamentaria no se extiende al ejercicio de las funciones judiciales, por lo cual ésta sería la ratio decidendi de esa sentencia, y tendría entonces efectos vinculantes como precedente. Sin embargo un análisis más detenido muestra que la situación es distinta y que la base esencial de la decisión de la Corporación fue la siguiente: la protección de la inviolabilidad no puede traducirse en una erosión del principio de publicidad de la actividad de las cámaras”.*²²

Sin entrar en el punto en concreto, la Corte *re-racionaliza* la sentencia para decir que su *verdadero fundamento o razón* es el principio constitucional de publicidad del juicio de los altos funcionarios y no la existencia de una presunta responsabilidad penal en dicho tipo de juicios. Los argumentos de la Corte tratarán de mostrar que este principio, de hecho, permite una justificación más clara y contundente de la C-245 como de otras sentencias que figuran en la línea de precedentes (por ejemplo la C-037/96). El principio de publicidad, pues, es la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia, mientras que la responsabilidad penal en actuaciones judiciales es una *ratio decidendi* falsa o incorrecta, incluso si está específicamente mencionada en la sentencia: la publicidad del procedimiento es el principio jurídico que cuadra con los precedentes ya decididos y que ofrece la mejor explicación política y moral de los mismos, incluyendo el caso concreto bajo estudio. Aún más: la justificación de la sentencia mediante recurso a la responsabilidad penal de los parlamentarios es innecesaria y super-abundante porque, en estricto análisis, la sentencia no necesitaba de la inclusión de ese argumento. Toda la decisión podía ser basada, exclusivamente, en el principio de publicidad. Además, como ya se explicó, el principio de publicidad parece ser una teoría que cuadra con las promulgadas de la Corte y las justifica de una forma más íntegra y correcta.

Esta noción hermenéutica del precedente, puesta en aquí en terminología dworkiniana, sobrepasa con mucho el entendimiento más formalista y textualista de la noción de “cosa juzgada implícita”. La Corte, sin embargo, juega más o menos libremente con ambas concepciones de la *ratio decidendi* para mostrar que, en este caso concreto, la nueva sentencia no viola el derecho jurisprudencial pre-existente y que, por tanto, no está violando la disciplina del auto-precedente que ella misma se ha impuesto.

22 SU-037/99, p. 54.

Luego de la sentencia SU-047/99, la Corte se ve obligada, en varios casos, a examinar la *ratio decidendi* de precedentes posteriores. El problema, pues, se convierte en un tema frecuente de interpretación constitucional. La noción de *ratio decidendi* es utilizada por todos los magistrados para toda clase de sentencias y para múltiples fines: desde la obediencia incondicional con un precedente hasta la imposición de interpretaciones de la Corte Constitucional a las otras cortes sobre diversos puntos de derecho constitucional.

En general, aunque la Corte sigue usando tanto la teoría formalista como la constructivista de la *ratio*, el período después de 1999 se caracteriza por un auge en el número de sentencias que contienen el concepto de *ratio decidendi* para manipular las técnicas de ampliación, distinción, seguimiento y apartamiento del precedente judicial²³. Así lo demuestran entre otras las sentencias T-973 de 1999, T-1320 de 2001, la C-266 de 2002 y el Auto 16 de 2000. Este tratamiento libre de la *ratio* se muestra con toda claridad en la declaración que hace la Corte en el Auto 016 de 2000:

“[s]on los jueces posteriores, o el mismo juez en casos posteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”.

Otra sentencia hito en este tema, como ya hemos dicho, es la C-836 de 2001. En este caso la Corte declara exequible el art. 4 de la Ley 169 de 1896 que permite a los jueces de la jurisdicción ordinaria apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia, siempre y cuando expongan clara y razonadamente los fundamentos jurídicos para dicha decisión. En esta sentencia se recogen todos los desarrollos conceptuales de la SU-047 y su aporte consiste en hacer extensivos los conceptos y las preocupaciones de la jurisprudencia constitucional a la de la jurisdicción ordinaria.

Una sentencia también prolija en este tema es la SU-1219 de 2001²⁴. En este caso la Corte se enfrenta al siguiente problema jurídico: “¿Puede interponerse una acción de tutela contra una sentencia de tutela, alegando que se ha incurrido en una vía de hecho?” No era la primera vez que en el país se interponía un acción de tutela contra una sentencia de tutela y la Corte debía reiterar y unificar su doctrina constitucional al respecto. Además de reiterar las líneas conceptuales básicas de las anteriores sentencias, esta decisión distingue los conceptos de doctrina constitucional y *ratio decidendi*, que como se manifiesta en este trabajo y en algunas sen-

23 Ejemplos de cada técnica serán desarrollados también, páginas adelante cuando haga referencia a la fase actual del análisis estático del precedente en la Corte Constitucional.

24 Sentencia que unifica la doctrina constitucional acerca de la improcedencia absoluta de la acción de tutela contra sentencias de tutela.

tencias, son conceptos que tienden a asimilarse. La *ratio decidendi* es un concepto que hace parte de uno más amplio que es la doctrina constitucional, es decir, la *ratio* es un componente de la doctrina constitucional. Dice la Corte: “La doctrina constitucional reúne tanto dicho criterio determinante de la decisión adoptada como las razones específicas para justificarla y aplicarla a un caso concreto”.

En la jurisprudencia subsiguiente la Corte ha utilizado la identificación de la *ratio decidendi* con fines múltiples. A continuación se ofrece un resumen de algunos de esos usos:

1. Imposición de la doctrina constitucional a las otras Cortes

Un capítulo adicional del choque de trenes en el juicio al ex presidente Samper fue el de la apertura de investigación penal contra los magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por parte de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes. Al representante Pablo Ardila le correspondió sustanciar la instrucción y por esta actuación se le abrió investigación en su contra por el delito de prevaricato por acción, en una Sala de Conjueces de la Corte Suprema de Justicia, ante el impedimento de los Magistrados titulares.

En esta sentencia el precedente gobernante era la irresponsabilidad jurídica de todos los votos y opiniones emitidos en el proceso de formación de la voluntad colectiva del congreso, incluidas las actuaciones producidas en ejercicio de las funciones judiciales sentado en la SU-047 de 1999. El Representante atacó por vía de tutela la decisión de la Corte Suprema de Justicia al considerar que incurría en una vía de hecho por desconocer el precedente establecido en dicha sentencia. El argumento de la Corte Suprema para desconocerlo fue un aparte de esta sentencia en la cual se afirmaba que quedaban excluidas de la inviolabilidad aquellas actuaciones que no se encontraran inescindiblemente ligadas a la manifestación de un voto o de una opinión. Para la Corte Suprema, la decisión de abrir investigación contra los magistrados ni era un voto ni era una opinión.

La conclusión de la Corte Constitucional es contraria: la apertura formal de investigación contra dignatarios del Estado con fuero integral es una actividad estrechamente ligada con los votos y opiniones amparadas con la inviolabilidad parlamentaria. Es así como aclara el alcance de la *ratio decidendi* de la SU-047 de 1999 y le impone su interpretación de la *ratio* al Consejo Superior de la Judicatura que denegó la tutela interpuesta por las mismas razones que empleó la Corte Suprema de Justicia para investigar al Representante²⁵.

25 Un aporte valioso de la sentencia: afirma que los jueces incurrir en una vía de hecho cuando desconocen la *ratio decidendi* de sentencias precedentes.

Otro caso de imposición de doctrina mediante la utilización del concepto de *ratio* es el de la T-082 de 2002²⁶. En esta ocasión se tutela a un condenado al cual la Sala Penal de la Corte Suprema no le había aplicado el principio de la *no reformatio in pejus*²⁷ porque consideraba superior el principio de legalidad de la pena. La Corte Constitucional concluye que la *ratio decidendi* de sus sentencias anteriores era obligatoria ya que éstas construyen el precedente judicial. La *ratio* sostenida y reiterada de la Corte era que en caso de conflicto entre estos dos principios prevalecía el de no reformatio in pejus sobre el de legalidad de la sentencia.

2. Distinción fáctica frente a un supuesto precedente obligatorio

La sentencia T-1320 de 2001²⁸ le niega la tutela a una estudiante de la Universidad de la Sabana, a la cual se le impidió su permanencia en la Universidad por bajo rendimiento académico. En apoyo a las peticiones de la estudiante la Defensoría del Pueblo intervino para sugerirle a la Corte que revisara la decisión de segunda instancia. El argumento básico de la Defensoría era la existencia de un precedente, la sentencia T-337 de 1995, por medio del cual se le garantizaría a la peticionaria el derecho fundamental a la permanencia en el sistema educativo.

La Corte no consideró vinculante el precedente alegado por la defensoría en virtud de una disanalogía fáctica: en la sentencia T-337 de 1995 la Corte no analizó el derecho a la permanencia en el sistema educativo sino el contenido de la educación impartida en una escuela. En este mismo sentido, señala la sentencia que:

“[e]l precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que la reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (...) De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerden con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”.

26 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

27 Unos interesantes análisis de la jurisprudencia al respecto son los de Patricia Moncada Roa: *El principio de la no reformatio in pejus y el principio de legalidad en materia penal: once años de jurisprudencia de la corte constitucional colombiana y, Reformatio in pejus, y, vía de hecho en materia penal: recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta* publicados en Revista Tutela, Tomo II, no 22, octubre de 2001 y Tomo I, no 9, septiembre de 2000 respectivamente.

28 Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

3. Seguimiento de precedente

Muchas sentencias reiteran jurisprudencia y uno de esos casos es la T-1160 de 2001²⁹, en la cual se obedece el precedente establecido en las sentencias C-046 de 1994³⁰ y la T-973 de 1999³¹ que establecieron “como *ratio decidendi* que el término de caducidad fijado por la ley para la acción de reparación directa de dos años³² debe predicarse igualmente de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal”.

Otro caso reciente de seguimiento del precedente es la T-217 de 2002³³, en la cual se reitera la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela. En palabras de la corte y refiriéndose a la SU-1219 de 2001, “la *ratio decidendi* en este caso excluye la acción de tutela contra sentencias de tutela. El afectado e inconforme con un fallo en esa jurisdicción, puede acudir ante la Corte Constitucional para solicitar su revisión”.

4. Desobediencia a un precedente

En la C-266 de 2002³⁴ la Corte debe decidir acerca de la exequibilidad de una norma que condicionaba los concursos de ascenso en la Procuraduría General de la Nación para personal de carrera de la Procuraduría. La Corte se encontraba ante un precedente claramente aplicable que era la sentencia C-110 de 1999, en la cual se estableció que los concursos de ascenso en la Procuraduría eran para personal escalafonado³⁵.

Una vez la Corte concluye que no existe cosa juzgada al respecto, acepta que la C-110 de 1999 tiene el carácter de precedente el cual debe ser seguido o ser abandonado. La Corte opta por lo último: lo abandona. A juicio de la Corte, el precedente era errado porque el art. 125 de la constitución no distingue entre ingresos

29 Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

30 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

32 La ley 610 de 2000 finalmente lo estableció en 5 años. Sin embargo, como los hechos que dieron origen a la acción de responsabilidad fiscal ocurrieron en 1992, se aplicaba el precedente establecido por la Corte y no el término prescrito por la ley.

33 Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

34 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

35 La Corte considera en este caso que no existe cosa juzgada constitucional porque no existe identidad normativa. La regulación anterior establecía que los concursos en la Procuraduría eran de ingreso y de ascenso para el personal escalafonado sin excluir la posibilidad del concurso mixto, y por el contrario, la disposición ahora acusada excluye los concursos mixtos al disponer que los concursos de ascenso “sólo” son para los inscritos en la carrera de la Procuraduría.

o ascensos en los concursos públicos y no le compete al intérprete distinguir entre estas dos eventualidades para efectos de determinar el alcance de la regla general sobre el nombramiento por concurso público. Además, porque si bien los concursos cerrados son adecuados para estimular a los inscritos en la carrera y reconocerles su eficiencia, cumplimiento y experiencia, éstos son innecesarios ya que existen otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales de terceros y más adecuados, como el otorgamiento de puntos a los inscritos en la carrera. Así, no se excluiría a otros participantes con mayores calidades y méritos y de paso, se deja a salvo el derecho a la igualdad de oportunidades.

Para la Corte, existen otras sentencias relacionadas con concursos públicos en las cuales la *ratio decidendi* era el mérito como criterio fundamental para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública. Sentencias que eran contradecidas por la *ratio* de la sentencia precedente de la cual se apartó la corte, ya que en ella la pertenencia a la carrera de la Procuraduría era más importante que el mérito.

5. Ampliación del valor de un precedente

Es el caso de la sentencia SU-062 de 2001, que ya se mencionó anteriormente bajo el acápite de sentencias que se imponen sobre la jurisprudencia de otras Cortes y en la que se tutela el debido proceso del Representante a la Cámara Pablo Ardila. Aquí la Corte amplía el valor inicial de la *ratio decidendi* establecida en la SU-047 de 1999. Para la Corte Suprema la apertura formal de investigación contra dignatarios del Estado con fuero integral era una actividad que no quedaba cobijada por los votos y opiniones amparadas con la inviolabilidad parlamentaria. La Corte se desvía de esta interpretación y amplía así la *ratio decidendi* de la SU-047 de 1999 en el sentido de ampliar la inviolabilidad parlamentaria a un acto judicial como la apertura de investigación por considerarla una extensión de una opinión y un voto.

En conclusión, todas las técnicas que la Corte ha ido utilizando frecuentemente en su jurisprudencia, le ha permitido tecnificar su trabajo a través de la unificación de su jurisprudencia, imponerse sobre la interpretación de otras Cortes que, en ocasiones, se apartan de su interpretación, y, asegurar derechos fundamentales relacionados con la igualdad de trato.

De lo antedicho se deduce sin mayor dificultad que la interpretación estática de precedentes es una de los temas hermenéuticos contemporáneos más frecuentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. La revisión de jurisprudencia reciente ha demostrado igualmente que la Corte tiene la tendencia de usar la noción de *ratio* en su sentido formalista ó realista, según las necesidades de la argumentación. Igualmente hemos tratado describir con qué propósitos recurre la Corte a la retórica de la *ratio*. Quizá sea conveniente a esta altura trabajar de manera más detallada un caso ejemplar de identificación de *ratio decidendi*. El

siguiente es un ejercicio demostrativo de la forma en que la Corte Constitucional identifica o crea las respectivas *ratio decidendi* en sentencias precedentes. Para tal efecto solo nos bastará concentrarnos en una sentencia en la cual se evidencian al mismo tiempo la presencia de las dos teorías, la formalista y antiformalista, de apreciación de la *ratio decidendi*. La sentencia ya ha sido tratada con anterioridad y es la C-266 de 2002³⁶.

En esta ocasión la Corte debe decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 2 del art. 192 del decreto 262 de 2002 que reglamentaba los concursos de ascenso en la Procuraduría General de la Nación. La norma es la siguiente:

“ARTÍCULO 192. Concursos. Los concursos son:

1) Abiertos: para el ingreso de nuevo personal a la carrera de la Procuraduría General. En ellos podrán participar también quienes se encuentren inscritos en la carrera.

2) De ascenso: para ascender en cargos de carrera de la Procuraduría General. En ellos sólo podrán participar quienes se encuentren inscritos en la carrera de la entidad.

(...)”.

La parte subrayada fue la demandada porque la peticionaria consideraba que se vulneraba el derecho a la igualdad al limitar los concursos de ascenso solamente a las personas vinculadas a la Procuraduría, sin que dicha discriminación obedeciera a un criterio razonable. La Corte declaró finalmente la inexecutable de la norma. ¿Con base en qué argumentos tomó esta determinación, sobre todo cuando contradecía el precedente establecido en la C-110 de 1999?

En primer lugar, la Corte reconoce que le debe, en principio, fidelidad al precedente establecido en la sentencia C-110 de 1999. Para comprender mejor esta sentencia precedente describamos cada uno de sus componentes:

a) *Hechos*: Demanda de inexecutable de los concursos cerrados de ascenso en la Procuraduría.

b) *Decisión*: Se declaró la executable del literal b) del art. 140 de la Ley 201 de 1995 según la cual el concurso de ascenso es para personal escalafonado.

c) *Argumentos*: El argumento más fuerte que tuvo la Corte para declarar la constitucionalidad de los concursos cerrados fue la libertad de configuración legislativa que le confiere la constitución al legislador para la provisión de cargos de la carrera administrativa en su art. 125, ya que no distingue en ningún momento entre concursos cerrados o abiertos. Por eso mismo, en la sentencia C-063 de 1997

36 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

tampoco se declaró inexecutable la norma que prescribía la provisión de cargos en la Contraloría General de la República mediante concurso abierto aún para los de ascenso. Así, no importa si para el ascenso se prescriben concursos cerrados o abiertos, pues el legislador tiene esa libertad de configuración consagrada en la Constitución.

Otro argumento para declarar la constitucionalidad los concursos cerrados de ascenso fue el reconocimiento al buen desempeño para el empleado inscrito en la carrera. Este buen desempeño se dejaría de reconocer si se permite el ingreso de alguien que no ha iniciado la carrera ni se ha sometido a la prueba dentro de la misma.

Respecto de la posible violación al derecho a la igualdad, la Corte considera que esta se predica de personas en una misma situación, que para el caso concreto, debe entenderse según el momento de la selección, pues el ámbito personal no tiene que ser idéntico para el ingreso a la carrera que para el ascenso dentro de ella. Resulta justo entonces proteger a los empleados que ya están en la carrera administrativa.

d) *Ratio decidendi*: No existe obligación constitucional de establecer un tipo específico de concurso para el ascenso en la carrera administrativa”.

Antes de continuar, se debe aclarar que en este caso, al parecer de la Corte, no existe cosa juzgada constitucional, pues el art. 140 literal b de la ley 201 de 1995, declarado constitucional por la sentencia C-110 de 1999, se contemplaban los concursos mixtos, esto es, para el ascenso podía concursar el personal escalafonado de la Procuraduría y el personal escalafonado de otras entidades. Por el contrario, el numeral 2 del art. 192 del Decreto 262 de 2002 establece no un concurso mixto sino cerrado, al disponer que en los concursos de ascenso de la Procuraduría sólo pueden participar los inscritos en la carrera de la Procuraduría³⁷. En consecuencia, no existe identidad normativa entre las referidas disposiciones y por eso tampoco opera la cosa juzgada constitucional.

¿Cómo se aparta entonces la Corte del precedente establecido en la C-110 de 1999 y que declaraba la constitucionalidad de los concursos cerrados de ascenso en la Procuraduría? Para ello la Corte distingue en el precedente entre obiter y una comprensión constructivista ó anti-formalista de la *ratio decidendi*.

Recordemos que la teoría formalista de la *ratio* afirma que esta se encuentra en los enunciados y argumentos que expresamente hace el juez anterior. Si la Corte en este caso hubiera querido ser formalista, la solución lo conducía a aceptar la *ratio* establecida en la sentencia C-110 de 1999 y que lo obligaba a declarar constitucional el concurso cerrado para el ascenso en la Procuraduría, ya que *no existe obligación constitucional de establecer un tipo específico de concurso para el ascenso en la carrera*

37 Habría que ver que tan rebuscado o literal es este argumento empleado para descartar la cosa juzgada constitucional en el caso *sub judice*.

administrativa. Todo así lo indicaba: la similitud (no identidad) normativa, la claridad en los argumentos, una continuidad en el precedente ya que de la C-063 de 1997 se desprende también la constitucionalidad de los concursos cerrados para los ascensos.

Fueron varios los argumentos esgrimidos por la Corte para apartarse del precedente; pero el que interesa resaltar es el siguiente: el mérito es el único criterio a tener en cuenta para el ingreso, ascenso y permanencia en la función pública. ¿De dónde lo extrajo? De otras sentencias diferentes a las que en principio lo obligaban en virtud de algún tipo de analogía fáctica o temática. Así, la Corte hace una interpretación de las sentencias que trataban acerca del ingreso, ascenso y permanencia en la carrera diplomática³⁸, en el cargo de notario³⁹ y de docente⁴⁰, y concluye que en estas, la *ratio decidendi* es el mérito como único criterio para los concursos en los cargos públicos.

Es obvio que la desobediencia del precedente se debió a una apropiación y uso antiformalista de la búsqueda de la *ratio decidendi*. La Corte no aprobó literalmente los argumentos y la decisión de una sentencia que ella misma consideró como obligatoria, sino que hizo una lectura más amplia de jurisprudencia hasta encontrar otras sentencias, cuyos hechos, decisiones y argumentos interpretó para llegar a la conclusión que finalmente adoptó.

B. La función y el sentido de la citación en la jurisprudencia constitucional

La doctrina del precedente en materia constitucional, unida a la creciente reflexión sobre las sub-reglas de los fallos (análisis estático para la identificación de la *ratio decidendi*) ha obligado a que los jueces, en general, sean especialmente rigurosos con el tipo de materiales que se citan en apoyo a la argumentación presentada. Esta obligación se predica de manera especial con relación a la jurisprudencia citada ya que esta ya no cumple funciones meramente retóricas en la estructura de la sentencia sino que provee, si la citación es adecuada, la sub-regla aplicable al caso presente. Por esta razón, consideramos que un análisis preliminar sobre los protocolos de citación de la Corte Constitucional puede dar herramientas adicionales para la comprensión del desarrollo reciente del derecho constitucional colombiano. Arrancaremos de un punto sumamente intuitivo: trataremos de hacer una tipología básica de los documentos y apoyos textuales que utiliza la Corte Constitucional en las citas a sus sentencias. Luego, haremos un análisis más dete-

38 C-292 de 2001, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

39 C-097 de 2001, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

40 C-973 de 2001, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

nido de cómo y cuándo las sentencias de la Corte citan precedentes constitucionales. De esta segunda parte extractaremos valiosas enseñanzas para la argumentación constitucional.

1. ¿Qué tipo de materiales cita la Corte Constitucional?

La Corte Constitucional cita de todo y para todo: desde un auto-precedente hasta la concepción de ética en Aristóteles. Por eso, una pequeña clasificación de la gigantesca y desordenada masa de citas no vendría mal. Una clasificación general puede ser la siguiente: la Corte hace citas jurisprudenciales, citas doctrinales y citas legales. Estas a su vez pueden subdividirse como se detallará enseguida.

a. Citas jurisprudenciales

Cita jurisprudencial es la que simplemente recoge un extracto de jurisprudencia⁴¹ de la misma Corte Constitucional, o de otro juez colegiado como la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, o de un juez extranjero (como los frecuentemente citados tribunales de Alemania o Estados Unidos) o de un tribunal supranacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son esta clase de citas las más empleadas por la Corte Constitucional.

i. Clasificación de las citas jurisprudenciales de acuerdo al lugar de origen

De acuerdo con el origen se pueden dividir en citas de jurisprudencia internacional⁴² y citas de jurisprudencia nacional⁴³. La jurisprudencia internacional proviene de jueces de otros países o de cortes internacionales. Un ejemplo, de los muchos, es el de la sentencia C-087 de 1998, en la cual se declara inexecutable toda la ley 51 de 1975 que reglamentaba el ejercicio del periodismo. En ella se cita una consulta proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la colegiatura de periodistas:

“Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el

41 Aclaro que me refiero exclusivamente a *extracto de jurisprudencia* para diferenciarlo de un *extracto de otra jurisprudencia*. Extracto de jurisprudencia será toda creación lingüística de autoría del juez, mientras que el extracto de otra jurisprudencia puede ser la cita de un autor como Aristóteles que se encuentra en otra sentencia y que recoge la nueva sentencia. Estos casos de pereza citacional no son aislados.

42 La mayoría de citas internacionales provienen de los tribunales constitucionales de España y Alemania.

43 La mayoría de citas nacionales provienen de la misma Corte Constitucional.

carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de al corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad...

La Corte Constitucional cita a sus colegas institucionales como el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura. Pero el gran número de citas proviene de su misma jurisprudencia utilizada, de distintas maneras, como precedente. Es fundamental anotar, sin embargo, que la Corte se auto-cita de distintas maneras que van desde formas técnicas y pertinentes de citación hasta formas anti-técnicas e impertinentes con un contenido meramente retórico. Sólo respecto del primer tipo de citas se puede decir que constituyen un manejo adecuado de precedentes. Las segundas, en cambio, tratan de dar alguna fuerza retórica a la decisión sin que precisen la naturaleza de la conexión entre el fallo precedente y el fallo presente. La auto-citación es el porcentaje más alto de citas de la Corte. Repárese en el siguiente ejemplo:

La T-021 de 2002⁴⁴ cita la SU-1219 de 2001⁴⁵ en la cual de manera sintética se afirma que: *“no procede la acción de tutela contra fallos de tutela”*.

ii. Clasificación de las citas de acuerdo con las características de la cita

a) *Citas definitorias*: son citas que definen conceptos jurídicos o extrajurídicos y que tienen, en principio, una relación fáctica o temática con la solución del caso. En la sentencia T-435 de 2002⁴⁶ se define el libre desarrollo de la personalidad y para ello cita la T-124 de 1998⁴⁷:

“es la potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente”

Ejemplos de citas definitorias son todas aquellas que definen un derecho fundamental, un concepto como bloque de constitucionalidad, núcleo esencial de un derecho fundamental, un hecho médico como ambigüedad genital, etc. Veamos

44 Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

45 Magistrado ponente: Manuel José Céspedes Espinosa.

46 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

47 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

otro ejemplo encontrado en la sentencia C-191 de 1998⁴⁸, el cual cita la definición de bloque de constitucionalidad de la sentencia C-358 de 1997⁴⁹:

“El bloque de constitucionalidad en sentido lato, son aquellas disposiciones que pese a no tener todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad”

b) *Citas caracterizadoras*: son citas que adicionan elementos a conceptos jurídicos de diverso tipo, no necesariamente de derecho constitucional. Veamos ejemplos de una cita que caracteriza un concepto propio del derecho constitucional como los derechos fundamentales y otra relacionada con los derechos de autor:

En la sentencia C-239 de 1997⁵⁰, en la que se trata el tema de la eutanasia, se encuentra una cita que caracteriza los derechos fundamentales como relativos y que se extrajo de la sentencia C-578 de 1995⁵¹:

“[L]os derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles”.

En la sentencia C-053 de 2001⁵², se cita un aparte de la C-276 de 1996⁵³, en la cual se caracterizan los derechos de autor:

“El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto muy complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: la primera, la que se traduce en el derecho personal o moral, que nace con la obra misma como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y retractarse o arrepentirse de su contenido”

48 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

49 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

50 Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

51 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

52 Magistrada ponente: Cristina Pardo.

53 Magistrado ponente: Julio César Ortiz.

c) *Citas precedenciales*. Hay sentencias que citan en concreto la *ratio decidendi* o sub-regla de una sentencia. Estas pueden ser vinculantes o no para el caso concreto o simplemente informativas de la doctrina constitucional vigente sobre un asunto constitucional. Un ejemplo es la C-266 de 2002⁵⁴. Aquí la Corte es consciente que la sentencia C-110 de 1999 tiene el carácter de precedente y así lo dice explícitamente. Y aunque se aparta del precedente, cita expresamente la regla por la cual se declara la constitucionalidad de los concursos cerrados en la Procuraduría General de la Nación:

“Los concursos cerrados son constitucionales con las condiciones de 1) que sea posible convocar, por razones de buen servicio, concurso mixto por la provisión de cargos de carrera, y, 2) que el jefe de la entidad pueda determinar en que caso se opta por un concurso cerrado o uno mixto para ascender en la carrera de la Procuraduría. De esta forma se aseguraría el principio de igualdad de oportunidades, así como la calidad de la función pública”

d) *Citas retóricas*. Una cita retórica es un extracto que contiene un tema o muy general, o muy impertinente para el tema concreto que trata la Corte en la sentencia; el ejemplo más claro es el de la clásica cita del Estado Social de Derecho. En la sentencia C-836 de 2001 se discute la obligatoriedad del precedente en la jurisdicción ordinaria y sin se incluyen las siguientes citas:

“la noción de poder público que se deriva del Estatuto Superior se fundamenta en una autoridad que la trasciende, toda vez que sólo existe y se legitima a partir de su vinculación a los fines esenciales que, según la Constitución, el Estado está llamado a cumplir”

Es un extracto de la C-539 de 1999 y la pregunta que surge es: ¿En qué influye concretamente la cita en el problema de la obligatoriedad del precedente de la Corte Suprema de Justicia? Y más adelante, la infaltable cita del Estado Social de Derecho hace su agotadora presencia:

“[e]l nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la constitución, claramente señaladas en su artículo 228: las actuaciones de la administración de justicia serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”

La pregunta surge de nuevo: ¿en qué influye, en concreto, la cita en la decisión de aceptar la obligatoriedad del precedente en la jurisdicción ordinaria? Lamenta-

54 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

blemente las citas retóricas son tan abundantes como impertinentes y las encontramos en todo tipo de sentencias y en todos los magistrados, aunque en unos más que en otros.

b. Citas doctrinales

Es muy frecuente encontrar en las sentencias referencias no a jurisprudencia sino a autores destacados de un área del derecho, la filosofía, la sociología u otras ramas con el fin de asegurar un grado de apoyo y solidez a los argumentos y decisiones que se quieren defender. Por cita doctrinal se puede entender aquella que recoge algún aspecto destacable de una teoría o doctrina jurídica, filosófica, médica, antropológica, etc.

Una cita típica de un doctrinante jurídico la encontramos en la sentencia T-340 de 1994⁵⁵, en la cual se discute la posibilidad de instaurar una acción de tutela para la ejecución de una obligación civil o comercial. La cita es del reconocido civilista Guillermo Ospina Fernández de su texto *“Régimen general de las obligaciones”*:

“La novación tiene como requisito (...) la aceptación de un nuevo elemento en la relación contractual, cual es el deudor”

Un ejemplo de una cita traída de disciplinas diferentes al derecho es la que se encuentra en la sentencia que despenalizó el consumo de la dosis personal de droga⁵⁶. Para apoyar una tesis liberal relacionada con el rechazo de la intervención del Estado en asuntos íntimos de la persona, la sentencia cita al prestigioso siquiatra norteamericano Thomas Szasz:

“En una sociedad de hombres libres, cada uno debe ser responsable de sus actos y sancionado como tal. Si el drogadicto comete un crimen, debe ser castigado por ese crimen, no por ser drogadicto. Si el cleptómano roba, si el pirómano incendia, si el regicida asesina, todos deben caer bajo le peso de la ley y ser castigados”⁵⁷

55 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

56 C-221 de 1994, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

57 Cita extraída de una entrevista concedida al periodista francés Guy Sorman, en *“Los verdaderos pensadores de nuestro tiempo”*, Seix barral, 1992..

c. Citas legales

Otro tipo de citas acostumbradas son las normas legales, entendiendo por éstas artículos de la propia constitución, leyes, decretos, resoluciones, etc. En la C-083 de 1995⁵⁸ encontramos las siguientes:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos” (art. 4 de la Ley 69 de 1896) y,

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (art. 6 Constitución Política de Colombia)

2. Citación técnica y anti-técnica de jurisprudencia: una propuesta de clasificación especial

En el apartado anterior se elaboró una clasificación más bien intuitiva y esquemática de las principales citas que se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La lectura de jurisprudencia, sin embargo, permite distinguir distintos tipos de citas jurisprudenciales. Esta distinción nos permitirá pasar del plano meramente descriptivo al prescriptivo. La clasificación que proponemos es la siguiente: de una gama que va de la citación jurisprudencial técnica a la anti-técnica, queremos mostrar que la Corte, en sus momentos de mayor disciplina y rigor, tan sólo cita precedentes que tienen una relación fáctica estrecha con el caso presente; en segundo lugar, se citan precedentes que tienen relación fáctica “amplia”; en tercer lugar, y en orden decreciente de “tecnicidad” la Corte cita precedentes que ya no se relacionan por analogía (ni estrecha ni amplia) sino que tan sólo tienen un referente conceptual común; finalmente, en las citas más indisciplinadas y retóricas, la Corte cita sentencias que no tienen ninguno de los tres tipos de conexiones que se acaban de mencionar.

a. Citaciones analógicas

En una sentencia, una citación fáctica será aquella que cita la *ratio decidendi* o la sub-regla de una sentencia anterior con un vínculo fáctico estrecho ó abierto. Esta definición se entiende mejor utilizando ejemplos prácticos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que son de fácil identificación.

58 Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

i. La ambigüedad genital

Una línea corta y con patrones fácticos similares es la de los menores con ambigüedad genital. Las sentencias T-1390 de 2000⁵⁹, T-692 de 1999⁶⁰, T-551 de 1999⁶¹ y SU-337 de 1999 tratan sobre padres que quieren practicarles a sus hijos menores de edad las cirugías de readecuación genital. La identidad fáctica permitió que las dos sentencias más recientes citaran *exclusivamente* de sus sentencias gemelas: así, las sentencias T-1390 de 2000 y T-692 de 1999 sólo citan los extractos principales y las sub-reglas correspondientes de las sentencias SU-337 de 1999 y T-551 de 1999, aunque se prefirió centrar la citación en esta última que había resumido los principales aportes de aquella.

En estas sentencias, las citas versan sobre:

- La tensión que se presenta entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía en estos casos de ambigüedad genital en menores de edad y la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía,
- El consentimiento informado en tratamientos invasivos como los de adecuación de genitales en casos de hermafroditismo,
- La validez del consentimiento sustituto de los padres en los casos de menores de 5 años o de grave riesgo a la salud del menor hermafrodita,

Sin embargo, en la sentencia fundadora de la línea, la SU-337 de 1999, se hacen citaciones más amplias que en las 3 restantes y que responden a una citación fáctica más abierta que cerrada. Esto diferencia una sentencia fundadora de línea de una reiteradora, ya que en la primera, por lo novedoso del tema se permiten citaciones más amplias; por el contrario, una sentencia reiteradora de jurisprudencia y en la cual la analogía fáctica sea evidente la cita suficiente y legítima es la de una sentencia que recoja a cabalidad la doctrina constitucional vigente.

En la SU-337 de 1999 la citación por analogía fáctica abierta proviene de la T-411 de 1994, en la cual se tutela el derecho de un adolescente emasculado por un perro cuando era muy niño a decidir su género e identidad sexual. Queda claro que no se trataba de un caso de hermafroditismo, pero a través de una analogía más amplia se puede concluir que en los dos casos se trataba de un mismo asunto: la posibilidad de los menores de decidir su identidad sexual.

En los casos reiterativos de esta línea sólo bastó la citación muy puntual de una sentencia con analogía fáctica estrecha que recogía las reglas y principios suficientes para la decisión del caso presente. Por el contrario, en la sentencia SU-337 de

59 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

60 Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

61 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

1999, por ser un caso novedoso, se tuvo la licencia de citar una sentencia que no era idéntica, pero sí muy similar en los hechos.

ii. El periodo de los alcaldes y gobernadores

De acuerdo con el Consejo de Estado, los periodos de los alcaldes eran institucionales y no personales, con lo cual se avalaba la práctica de nombrar alcaldes para reemplazar las respectivas vacancias por el plazo faltante para las nuevas elecciones generales de alcaldes. La Corte Constitucional, alejándose de esta posición, reiteró el carácter individual de los periodos de gobierno de los alcaldes.

Las decisiones tomadas por la Corte Constitucional al respecto son de una identidad fáctica realmente fácil: alcaldes o gobernadores a los que no se les permitía gobernar por espacio de 3 años. Es el caso de la SU-1720 de 2000⁶², en la cual a dos alcaldes del Atlántico se les expidieron sus credenciales de alcalde para un periodo correspondiente entre los años de 1998 y 2000. Los alcaldes solicitan que las credenciales se expidan para los periodos comprendidos entre los años de 1998 y 2001 y así los dispone la Corte, basándose en la *ratio decidendi* de sentencias con analogía fáctica como la C-448 de 1997 y la C-586 de 1995.

Igual sucedió en la SU-168 de 1999⁶³, en la cual el gobernador revoca de sus cargos a dos alcaldes de municipios del Tolima sin dejarlos cumplir el periodo de 3 años. Para esta decisión simplemente cita el precedente establecido en la SU-640 de 1998: los periodos de los alcaldes son personales y no institucionales.

iii. La improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela

Esta línea es todavía más fácil en tanto el hecho común es la interposición de una acción de tutela contra una sentencia de tutela, sin importar los hechos que originaron la primera acción de tutela.

Así, las sentencias T-444 de 2002⁶⁴, T-217 de 2002⁶⁵ y T-021 de 2002⁶⁶ citan únicamente la *ratio decidendi* establecida en la SU-1210 de 2001⁶⁷: es improcedente la tutela contra sentencias de tutela porque es la Corte a través del procedimiento de revisión que corrige las posibles deficiencias jurídicas de los fallos de tutela.

62 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

63 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

64 Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

65 Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

66 Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

67 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

b. Citas conceptuales o temáticas

Las citas conceptuales se diferencian de las fácticas porque en ellas no cuentan las analogías fácticas sino las conexiones temáticas o conceptuales, desde las más generales hasta las más concretas. En este caso no importa que los hechos de la sentencia citada sean similares a los de la sentencia que cita, sino que encaje en un concepto o idea jurídica abstracta que abarque los supuestos de hecho del litigio. “Igualdad”, “vía de hecho”, “tratados internacionales”, “debido proceso” entre otros, son ejemplos de conceptos comunes en las sentencias de la Corte.

Por regla general, cuando los jueces no tienen una sentencia analógica precedente a la cual acudir apelan a las citas conceptuales. En otros casos, numerosos por cierto, aún con la existencia de un caso similar también se citan extractos de jurisprudencia con alguna conexión temática. En un tema tan amplio como “vía de hecho”, no todos los casos decididos bajo este concepto son similares ni con las analogías más descabelladas que se nos puedan ocurrir. Un proceso de filiación en el cual no se practicó una prueba antropoheredobiológica es una vía de hecho nada parecido a otro en el cual un juez no interpretó las normas laborales a favor de un trabajador tal y como lo exige la Constitución. Son dos casos de vía de hecho pero con circunstancias fácticas muy diferentes. En uno el defecto es de orden probatorio, en el otro, de aplicación de normas. Pero la conexión entre los dos es el concepto creado por la Corte: “vía de hecho”.

Las citas conceptuales no se pueden descalificar en todas las circunstancias; bajo ciertas condiciones son la mejor herramienta con la que cuenta un juez para guiar la resolución de un litigio. En casos novedosos es obvio que el juez no cuenta con sentencias similares por los hechos. ¿Debe entonces partir de cero y desconocer conceptos que puede aplicar al conflicto concreto? No. Sin embargo, no en todos los casos las citas temáticas son necesarias, o, relevantes para la solución final del caso.

En las citas temáticas entonces, el rigor citacional se predica de la prevalencia entre temas y de la necesidad de la cita. Para casos penales en los cuales no se practicó la indagatoria al implicado, la cita de una sentencia sobre “vía de hecho” por una inadecuada defensa técnica nos dará más luces que una sentencia de “vía de hecho” por violación al principio de *no reformatio in pejus*.

De toda maneras, las citas conceptuales pueden ser estrechas y abiertas ya que cada concepto jurídico tiene desarrollos más precisos: el concepto “vía de hecho” es la referencia más abierta y general; una “vía de hecho” por desconocimiento del precedente judicial es un concepto más exacto, derivado del primero. Un ejemplo específico de jerarquía temática dentro de una misma sentencia, comenzando por el tema más general descendiendo hasta el más concreto es el de la SU-1185 de 2001⁶⁸.

68 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

- Tema general:** Vía de hecho
Tema concreto: Vía de hecho por defecto sustancial
Tema particular: Vía de hecho por errónea interpretación judicial
Tema específico: Vía de hecho por defecto sustancial, particularmente por errónea interpretación judicial, específicamente, por inaplicación del art. 53 de la Constitución que establece el principio de favorabilidad laboral.

Para cada uno de estos temas la sentencia incluye una cita:

- Tema general:** Cita la T-327 de 1994 acerca de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias en caso de manifiesta vía de hecho .
Tema concreto: Cita la T-08 de 1998 y otras más para definir lo que es una vía de hecho por defecto sustancial y en qué casos procede
Tema particular: Cita la T-037 de 1997 para recoger la doctrina de la procedencia de la vía de hecho cuando se trata de la interpretación de un juez y,
Tema específico: Cita la T-01 de 1999 y la T-800 del mismo año para extraer la *ratio decidendi* de estas y que aplica al caso: un juez no puede, so pretexto de la autonomía judicial, interpretar las normas laborales en detrimento del trabajador, ya que la Constitución ha elegido por el juez la interpretación correcta, esto es, la que favorece al trabajador.

La citación conceptual amplia sería la de la sentencia T-327 de 1994; la estrecha, la T-01 de 1999 y la T-800 del mismo año. Ahora bien, ¿cuál de esas dos citas contiene la regla o principio que sirvió en el caso concreto para conceder la tutela? Seguro que la cita ubicada bajo el tema específico. La Corte ordenó al Banco demandado a pagarle de inmediato la pensión de jubilación al peticionario de la tutela. Entre la interpretación que sostenía la Corte Suprema para no cancelar la pensión y la que se desprendía de la convención colectiva suscrita por el banco y sus trabajadores que favorecía al trabajador, imperaba esta última. Sin embargo, las 3 primeras citas son conceptuales por tratar temas conexos sin identidad fáctica entre las sentencias, pero la última, más que una citación conceptual estrecha es un evidente caso de una cita por analogía fáctica.

En la sentencia T-448 de 1999⁶⁹ la Corte Constitucional considera de manera muy general que en procesos en los cuales estén de por medio los derechos de los

69 Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

menores, prevalece el derecho sustancial sobre las ritualidades. Se trataba de un proceso de filiación en el cual no se practicó una prueba antropoheredobiológica que repercutió en el rechazo de las pretensiones del menor. La vía judicial adecuada para corregir tal deficiencia probatoria era el recurso de apelación, que no se interpuso por negligencia del abogado. Sin embargo, la madre del menor interpone la tutela y la Corte la considera procedente por la razón arriba expuesta.

En este caso, había un precedente claro por analogía fáctica: la sentencia T-329 de 1996⁷⁰. Esta sentencia también trataba sobre un proceso de filiación natural en el cual no se interpusieron los recursos judiciales procedentes con el fin de corregir los defectos procesales de la sentencia. La Corte consideró en esta ocasión procedente la tutela porque estaban de por medio los derechos de un menor. Esta sentencia recogió la doctrina fundamental para la decisión de la T-448 de 1999: la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas en procesos de filiación en los cuales estén de por medio menores de edad.

Quizá la sola referencia a esta última sentencia hubiese bastado para la solución del caso debido a la analogía fáctica. Sin embargo, la Corte primero cita la sentencia C-109 de 1995 que menciona de manera abstracta el derecho a la personalidad jurídica y el derecho fundamental a la filiación natural de los menores, que aunque relacionada con el tema, se subsumía en la sentencia T-329 de 1996. Cita también la SU-087 de 1999 para hablar de la vía de hecho por la no práctica de pruebas ya decretadas, y en este mismo sentido cita un extracto de la T-100 de 1998. Es decir, incluyó citas conceptuales. Insistimos: la sentencia T-329 de 1996 recogió todos los aspectos necesarios para la decisión final de la Corte.

Con “vía de hecho” sucede algo muy particular: la mayoría de sentencias inician sus consideraciones con las referencias más generales sobre el concepto “vía de hecho”. Antes de entrar a analizar los hechos concretos de cada litigio, se detiene en un casiformato citacional que contiene citas para: (i) Establecer el carácter excepcional de la vía de hecho, (ii) Enumerar los defectos que puede adolecer una sentencia, (iii) La improcedencia de la tutela cuando existen otros mecanismos de defensa judicial y (iv) La correspondiente excepción a la regla anterior, esto es, para evitar un perjuicio irremediable o cuando los mecanismos son ineficaces para la corrección de los defectos. Ejemplos de lo anterior se encuentran en las siguientes decisiones:

La sentencia T-898 de 1999⁷¹ trata sobre una incorrecta valoración probatoria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que repercutió en una violación al principio de favorabilidad laboral. Cita las sentencias C-543 de 1992 y la SU-087 de 1999 para ratificar el carácter excepcional de la vía de hecho.

70 Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

71 Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

La sentencia T-814 de 1999⁷² es un caso muy concreto contra el Consejo de Estado por haberse apartado de la cosa juzgada constitucional en materia de acciones de cumplimiento. Cita la T-08 de 1998 para referirse a los defectos de los cuales puede adolecer una sentencia para que configure una “vía de hecho”.

En la T-204 de 1998⁷³ se acusa al Consejo de Estado de falta de valoración integral del material probatorio en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en una liquidación de una pensión de jubilación. Y cita la infaltable T-08 de 1998⁷⁴ para transcribir los aspectos más generales acerca de las condiciones irregulares que conforman el vicio de la sentencia.

La SU-087 de 1999⁷⁵ es sobre falta de práctica de pruebas en un proceso de la justicia regional y cita la otra infaltable C-543 de 1992 sobre el carácter excepcional de la vía de hecho.

Un caso diferente es el de la T-878 de 1999⁷⁶ que sólo cita la T-149 de 1998, pues en ella se establecía la *ratio decidendi* obligatoria para el caso: la tutela por vía de hecho también procede contra providencias dictadas por las autoridades policiales. En esta sentencia no hubo necesidad de citar las típicas sentencias C-543 de 1992 y T-08 de 1998 que hablan del carácter excepcional de la vía de hecho ni de los defectos de las sentencias para decidir el caso. Y aún sin ellas se pudo resolver el litigio sin ningún traumatismo teórico.

c. Citaciones caóticas o meramente retóricas

Por citación caótica se puede entender aquella en la cual abundan los extractos de jurisprudencia sobre muchos temas que no influyen en la resolución final del caso y en los que no existe una conexión analógica o conceptual entre el precedente invocado y el caso *sub exámine*. Para entender mejor la definición puede ser útil comparar dos sentencias sobre un mismo asunto jurídico y que se diferencian por el número de citas y la pertinencia de las mismas. El asunto es sobre los manuales de convivencia de las instituciones educativas en los que se prohíben comportamientos o circunstancias que chocan con derechos constitucionales, por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad.

El ejemplo de citación caótica es la T-435 de 2002⁷⁷; por contraste, la sentencia T-276 de 2002 toca el mismo tema con una citación precisa y pertinente donde

72 Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

73 Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

74 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

75 Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

76 Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

77 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

existe conexiones analógicas fáctica con los precedente utilizados. Igualmente se pueden comparar estas dos sentencias con la T-037 de 2002⁷⁸. En las tres, de acuerdo con la Corte, se trata de posibles violaciones al libre desarrollo de la personalidad en casos de conflictos entre estudiantes y sus instituciones educativas.

Analicemos primero la sentencia técnica T-276 de 2002. A una estudiante de noveno grado de un colegio de Manizales le cancelaron su matrícula faltando dos meses para terminar su año lectivo a causa de reiteradas violaciones al manual de convivencia. Con la demanda de tutela pretende que le permitan terminar el grado noveno. Por medio de los hechos expuestos por las partes y el material probatorio recaudado por la Corte, se demuestra que el Colegio aceptó de todas formas que la alumna culminara el grado noveno y por lo tanto, la situación de hecho que produjo la violación o amenaza fue superada y la razón de ser de la tutela perdió su razón de ser. Por tal motivo, la Corte confirma la sentencia de primera instancia que había tutelado los derechos de la estudiante y en una corta reflexión, sólo hace una cita de la sentencia T-589 de 2001⁷⁹ acerca del hecho superado.

Una vez se determinen bien los hechos del caso y las pruebas se valoren adecuadamente, se puede llegar a una conclusión rápida. La sala de revisión evitó la retórica y tomó una decisión en menos de 10 páginas. La agilidad tiene estrecha relación con la forma en que la Corte se plantea el problema jurídico desde el inicio. En este caso, de las consideraciones y la decisión se puede deducir que el problema jurídico era sí tenía sentido tutelar un derecho cuando el hecho motivo de la demanda fue superado. En este caso la petente consideraba que se habían violado sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad y sin embargo, la corte no hace ninguna reflexión sobre ellos y únicamente analiza el hecho superado.

Otro caso de fácil solución y en cuya sentencia, muy corta por cierto, sólo encontramos dos citas jurisprudenciales es la T-037 de 2002. A un alumno de grado décimo de un colegio técnico industrial le impedían el ingreso a clases de química por tener el cabello largo, en virtud de un impedimento del manual de convivencia que así los disponía por razones de seguridad en las pruebas de laboratorio. El petente consideraba la prohibición le vulneraba su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte de entrada plantea que el caso es prácticamente igual a otros en los cuales la Corte ya ha sentado su doctrina constitucional sobre la violación al libre desarrollo de la personalidad por imposición a los alumnos varones de llevar el cabello corto. En este sentido, la Corte cita la sentencia T-1591 de 2000 en la cual se recogía la doctrina constitucional unificada en las sentencias SU-642 y SU-641

78 Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

79 Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

de 1998, en el sentido de que los establecimientos educativos pueden establecer en sus manuales de convivencia obligaciones relacionadas con la longitud del cabello y la presentación personal de los alumnos, siempre y cuando no afecten en forma desproporcionada el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes varones. Para estos efectos, la obligación reglamentaria debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad con el fin de establecer si la restricción impuesta contrariaba la constitución.

La Corte no efectuó el juicio de proporcionalidad a cabalidad, y sin acudir a ninguna cita, demostró que la restricción de cortarse el cabello para las pruebas de laboratorio por razones de seguridad era desproporcionada, pues la seguridad se lograba si los alumnos se recogían el cabello, tal y como lo hacían las alumnas, a las cuales en ningún momento se les exigía cortarse el cabello por razones de seguridad. Finalmente tutela al alumno y ordena al Colegio que inaplique la restricción consagrada en el manual de convivencia en el sentido de exigirle a los alumnos hombres llevar el cabello corto.

Esta sentencia es valiosa por los siguientes aspectos: De entrada reconoce que los hechos del caso son iguales a muchos otros que ha conocido la corte y que basta citar la doctrina recogida en una sola sentencia reciente. Además, por atendible razones de economía citacional, la Corte no cita todos los precedentes sino que tan sólo identifica uno en el cual se resume adecuadamente la doctrina constitucional vigente. También considera que es innecesario elaborar el juicio de proporcionalidad indicado en la sentencia SU-642 porque de entrada se advierte que existe una alternativa razonable que no limita el derecho del actor. La alternativa, muy fácil de concluir era la exigencia que se le hacía a las alumnas: recogerse el cabello en las pruebas de química. Utiliza una frase muy apropiada que es: “Sobre tal tema, *baste* hacer referencia a...” Reconoce que hay muchos casos precedentes pero sólo le basta hacer referencia a uno solo en el cual se reitera la doctrina constitucional sobre el tema.

El examen de la sentencia T-435 de 2000 muestra un uso bastante menos pertinente y técnico de los auto-precedentes. Se trata de un caso tan fácil de decidir como los dos anteriores. En esta tutela, una alumna de 16 años es expulsada de un Colegio por reiteradas violaciones al manual de convivencia (específicamente por asistir a clases en estado de embriaguez, retardos injustificados y consumo de drogas). Se comprueba que el colegio le hizo un seguimiento psicológico y disciplinario especial ante el cual la alumna se mostró reacia y escéptica y que no contó con el apoyo de la madre a pesar de las insistencias del Colegio. Todo esto obra en las pruebas descritas en la sentencia. La Corte fácilmente llegó a la conclusión de que la expulsión obedecía a las faltas graves de la alumna y que el colegio había procedido incluso con paciencia. En ningún momento se comprobó que el colegio hubiera expulsado a la alumna por ser lesbiana, tal y como afirmaba la alumna.

Además, la estudiante afectada acusa al Colegio de inmiscuirse en su vida privada y de discriminarla por su supuesta condición de lesbiana. Por eso alega como violados sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. En esta sentencia se hacen 26 citas jurisprudenciales, casi una por párrafo, para que finalmente no se ordene el reintegro de la alumna al Colegio. Una descripción de las citas da una buena idea de su uso relativamente anti-técnico:

- Para la definición más abstracta que se pueda pensar del debido proceso cita la T-748 de 2000⁸⁰ sin especificar por lo menos el debido proceso en los procesos disciplinarios en las instituciones educativas. Estaba muy claro por las pruebas que el despido no violó el debido proceso y que por el contrario, el colegio obró con paciente diligencia.

- Para establecer que el debido proceso se exige también de los particulares sin que sea necesario que su actuación se ubique dentro de procedimiento judicial o administrativo cita la T-546 de 2000⁸¹. Esta cita, de ser pertinente, subsumía la más general de la T-748 de 2000.

- Por fin, para la extensión del debido proceso en los centros educativos cita la T-1032 de 2000⁸². Es decir, esta cita era más concreta que las dos anteriores y contenía el verdadero punto central del caso.

- Sobre los valores inherentes al derecho a la educación y su relación con la igualdad de las personas para efectos de su realización como persona cita la T-002 de 1992⁸³. Está claro que en los casos vistos estaba de por medio el derecho a la educación de los alumnos, pero esta fue la única que suscribió una cita como esta relacionada con la igualdad.

- Más pertinente es la cita en la que se habla de la educación como un derecho-deber que le exige a los alumnos respetar ciertas normas de convivencia en el colegio. Lo lamentable de la cita es que se trata en realidad de una cita indirecta de un texto de Derechos Fundamentales de Gregorio Peces-Barba referenciado a su vez en la sentencia T-002 de 2002.

- Otra cita de esas equivocadas es la T-638 de 1999⁸⁴ acerca de que la familia es la primera instancia para la educación de los menores. Seguramente era un llamado de atención para la madre de la menor pero la tutela se negó porque el Colegio obró de acuerdo a las reglas de su manual de convivencia que no contrariaban a la Constitución.

80 Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

81 Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

82 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

83 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

84 Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

- La definición del derecho al libre desarrollo de la personalidad está citada en la T-124 de 1998⁸⁵. Está visto que definir el derecho no era necesario para tomar la decisión final como en los otros casos en los que no se cito la definición. Es una cita definitoria irrelevante.
- Para citar el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cita la T-532 de 1992⁸⁶. Aplica el mismo comentario hecho para la cita anterior.
- Para establecer que el anterior derecho no es absoluto y que tiene como límite el respeto a los derechos ajenos y el orden constitucional cita la T-542 de 1992⁸⁷.
- Y para el mismo efecto anterior cita la C-507 de 1999. Reitera lo que ya afirmaba la T-542.
- De las tres citas anteriores concluye que cualquier intromisión irrazonable en las aspiraciones legítimas de las personas que les impida su realización como ser humano es inconstitucional y lo reafirma con una cita de la T-429 de 1994⁸⁸.
- Vuelve y cita un aparte de la T-124 de 1998 para mencionar que la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad no se puede hacer por simples consideraciones a priori de interés general o bienestar colectivo desarrolladas de manera vaga e imprecisa.
- Cita de la C-309 de 1997⁸⁹, que trata sobre la relación entre el libre desarrollo de la personalidad y la diversidad. ¿Para qué?
- Una cita que repite lo dicho en la T-124 de 1998 es la de la T-532 de 1992.
- Otra cita retórica es la que habla de los valores tales como la tolerancia, el pluralismo y la igualdad que deben exigirse de un proceso educativo T-101 de 1998⁹⁰.
- Sobre la autodeterminación sexual y su relación con el libre desarrollo de la personalidad cita la C-098 de 1996⁹¹.
- “La autodeterminación sexual no se entiende como algo comprometido con el interés público o de la que pueda derivarse un perjuicio social”, cita de la C-507 de 1999⁹².

85 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

86 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

87 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

88 Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

89 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

90 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

91 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

92 Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

- Sobre la prohibición que recae sobre las instituciones de educativas de incluir en sus manuales de convivencia exigencias que atenten contra la constitución cita la T-065 de 1993⁹³.

- Sobre la posibilidad de imponer restricciones al derecho para forjar una formación integral como una presentación personal adecuada cita nuevamente la T-124 de 1998.

- Una cita demasiado general es la T-067 de 1998⁹⁴ para afirmar que las limitaciones indiscriminadas del derecho al libre desarrollo de la personalidad lo desconocerían casi en su totalidad.

- Vuelve y cita la C-507 de 1999 para describir la sub-regla que establece que los actos sexuales de cualquier tipo llevados a cabo dentro del ámbito educativo desbordan la esfera de amparo constitucional a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

- Para la definición del derecho a la intimidad personal y familiar cita la T-210 de 1994⁹⁵

- Sobre las limitaciones a este derecho cita la T-517 de 1998⁹⁶

- Y cita la T-222 de 1992,⁹⁷ para afirmar que es necesario proteger la intimidad para asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas.

¿Realmente merecía tanta cita la decisión de no reintegrar a la alumna al Colegio⁹⁸? Pensamos que no. En los tres casos, de acuerdo a las pruebas allegadas a los procesos, se podía llegar a decisiones rápidas y concluyentes. Pero la T-435 exageró.

Esta última sentencia es en general un ejemplo de citación caótica porque: (i) la mayoría de las citas no concuerdan con la decisión adoptada por la Corte en el *decisum* de la sentencia; (ii) contiene citas definitivas de cada derecho fundamental que no son necesarias para la solución; (iii) cita hasta dos veces una misma idea o pensamiento sobre un desarrollo jurisprudencial de un derecho particular; (iv) tiene una cita de cita (también llamada cita secundaria o indirecta) que, además de

93 Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

94 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

95 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

96 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

97 Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

98 La Corte sólo tutela los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad porque el Colegio aportó como prueba de la dudosa identidad sexual de la estudiante una carta de amor a otra compañera. Sin embargo, recordemos que las causas originales de la expulsión fueron otros comportamientos tipificados en el manual de convivencia. Y este amparo en nada cambió la decisión del no reintegro.

impertinente, demuestra impropiedad a la hora de citar y, finalmente, (v) cita desarrollos retóricos sobre un derecho, como el núcleo esencial, que reitero, en nada contribuyen a la decisión final de caso.

d. Algunos vicios citacionales en la jurisprudencia constitucional

El análisis de una sentencia con citación claramente caótica deja ver algunos vicios que disminuyen la claridad y la propiedad, por decirlo de algún modo, que deben caracterizar la producción jurisprudencial y su sustento en el auto-precedente. Algunos de estos vicios, que se encuentran a lo largo y ancho de toda la jurisprudencia, pueden resumirse así:

i. Reiteración de ideas o de desarrollos jurisprudenciales

Exhibe la Corte el defecto de repetir, a veces innecesariamente, lo que en un párrafo anterior ya ha dicho. La reiteración y el énfasis pueden ser movimientos argumentativos válidos, pero tan sólo en algunas oportunidades. La reiteración innecesaria y la paráfrasis no justificada quitan contundencia a una idea que no pasa a ser más persuasiva por el número de veces que se repita. Es como si, al citar un texto positivo de la ley, el hacerlo dos veces seguidas diera más autoridad a la posición adoptada. Para el efecto las frases favoritas son:

“y en decisión posterior, reiteró la Corte”

o

“Sobre el mismo tema manifestó la Corte”.

Veamos un ejemplo extraído de la SU-1185 de 2001⁹⁹:

Cita de la T-01 de 1999: “Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica”

Más adelante:

Cita de la T-800 de 1999: “...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no les dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de

99 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos”.

Los dos párrafos, sacados de sentencias diferentes dan a entender lo mismo. ¿Eran necesarias las dos citas para el fallo de juez? Es posible que bastara una referencia a pié de página indicando, con el número de sentencia, que es una posición ya solidificada dentro de la línea jurisprudencial.

ii. El uso repetitivo e indiscriminado de citas definitivas o caracterizadoras

Para resolver casos de presuntas violaciones a derechos fundamentales la Corte parece asumir que su solución depende de la definición del derecho que está en juego y de algunos desarrollos jurisprudenciales hechos en sentencias anteriores. En la sentencia caótica arriba analizada encontramos la definición del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad personal y familiar.

iii. El dijo que dijo...

Hay sentencias en donde se cita una cita. Por ejemplo, en la SU-1185 se cita una jurisprudencia en la cual se citó un párrafo de Aristóteles que, además de ser un evidente *obiter*, es citado de manera indirecta sin tener contacto con los textos primarios. Lo mismo ocurre en la T-435 de 2002 en la que, como ya se advirtió, se cita una jurisprudencia de 1992 en la cual hay una cita de un texto de Gregorio Peces-barba.

iv. El formato de citación

Con el tema “vía de hecho” parece que siempre es necesario citar sentencias en las que se indique: (i) El carácter excepcional de la vía de hecho, (ii) Las clases de defectos de una sentencia, (iii) La improcedencia de la tutela cuando con ella se pretende sustituir los mecanismos ordinarios de defensa y (iv) Las correspondientes excepciones a la anterior regla.

Conclusiones: una propuesta de índice de citación técnica

Aunque en este trabajo preliminar no se contabilizaron estrictamente el número de citas técnicas y anti-técnicas realizadas por la Corte Constitucional, la información recogida es suficiente para hacer varias generalizaciones de tipo heurístico: imagínese que de cada sentencia, magistrado o período de la Corte se pudiera calcular un Índice de Citación Técnica (ICT). Este Índice tendría como numerador el número total de citas jurisprudenciales técnicas realizadas por la Corte sobre el número total de citas jurisprudenciales de la respectiva sentencia, magistra-

do o período. Este índice calcularía el porcentaje de citas técnicas realizadas por la Corte en controposición al número total de citas anti-técnicas. Como lo hemos expresado antes, una cita técnica es aquella en la que el caso sub-exámene guarda una relación plausible con los precedentes citados en el análisis. Hemos encontrado, en general, que la Corte Colombiana construye ese vínculo de pertinencia a través, primero, de analogías cerradas; luego de analogía abiertas; en un tercer lugar, y no siempre legítimo, a través de referentes conceptuales comunes; finalmente, a través de citas claramente impertinentes e irrelevantes para el análisis que se hace. A estas la hemos denominado citación caótica.

En general, nuestra opinión parece mostrar que el ICT para la caso docena de años de la Corte Constitucional sigue siendo baja: esto es, en conjunto las citas anti-técnicas superan a las citas técnicas. No obstante, el ICT de la Corte Constitucional es previsiblemente mejor que el ICT de otras altas cortes colombianas como el Consejo de Estado y la Corte Suprema donde predominan, por mucho, citas de referente temático o conceptual común. Frente a esta práctica, la Corte Constitucional ha avanzado algo en la utilización de analogías cerradas y abiertas. Adicionalmente hay que reconocer que el ICT de la Corte ha mejorado con el tiempo: mientras que en sentencias de los años 92-95 muchas citas eran caóticas ó en el mejor de los casos temáticas, es evidente que en la medida en que la Corte configura las líneas jurisprudenciales se citación se hace más técnica mediante la utilización de criterios analógicos. Este aumento de las citas técnicas se corresponde con procesos de maduración decisional que son evidentes en Tribunales Constitucionales con mayor experiencia que las del colombiano. En ese sentido, es claro que el ICT de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos o del Tribunal Constitucional alemán son superiores a los de cortes nóveles en los que se discuten, por definición, temas también nóveles.

Las dificultades para una citación jurisprudencial idónea encuentran su razón de ser en factores de diverso orden. El primero es quizá el relacionado con la muy lenta aceptación de la creación jurisprudencial de sub-reglas vinculantes mediante precedentes en derecho constitucional. Esta resistencia, en general, ha conducido a formas de análisis de sentencias individuales con escaso énfasis en la tecnificación del análisis estático de sentencias y, peor aún, con poca cualificación en la formación de líneas jurisprudenciales. Esta deficiencia es en compartida por jueces, litigantes y legos en derecho. En el caso de los jueces, una formación deficiente en las técnicas de interpretación de jurisprudencia los conduce a que sus citas obedezcan a la intuición, el capricho, el olfato o la mera conveniencia. Las sentencias escogidas como autoridad para el caso sub-exámene no tienen relaciones claras (ni conceptuales, ni analógicas). A estas sentencias, luego, no se les hace un análisis destinado a precisar su *ratio decidendi* sino, con frecuencia, a identificar párrafos convenientes a la posición adoptada, con frecuencia en contravía del significado

global del fallo. En ese sentido hay que recordar, una y otra vez, que la *ratio decidendi* es, no tanto una afirmación individual de una sentencia, sino el sentido normativo básico y global de la misma. La confusión de una y otra cosa se presta, con frecuencia, para abuso hermenéutico por parte de los argumentadores jurídicos.

En el caso de los litigantes, también la deficiente preparación jurisprudencial los impulsa a que en sus demandas aleguen la vulneración de todos los derechos constitucionales posibles y demás que se les ocurran. La reacción de los jueces ante la avalancha de derechos violados es la explicación de por qué se vulneran o no los derechos alegados por la parte afectada. La justificación entonces se cifra en buscar en la jurisprudencia apartes que les sostengan la decisión finalmente adoptada. Por eso, los hechos realmente relevantes del caso se dejan para lo último y las primeras páginas son todo un monumento a la retórica, destinada, o bien a satisfacer los caprichos mentales de los magistrados o de los demandantes.

Una razón de peso teórico es que el derecho jurisprudencial se caracteriza porque en él “no existe método aceptado para redactar en una fórmula legal precisa la regla de derecho y “depende de manera fundamental de cadenas argumentativas que justifican detalladamente la forma de resolver el problema jurídico”¹⁰⁰. Por eso los jueces sienten que entre más citas expongan en sus motivaciones, más derecho aplican y por eso también los litigantes y afectados se sustentan de todo el catálogo de derechos para sustentar sus demandas. Estas características llevan a que, incluso después de tramitada hasta el final una acción de tutela, las partes y el juez no hayan aún precisado el problema jurídico prevaleciente en el caso.

Otra explicación hipotética radica en la misma composición en que están dispuestas las salas de decisión de la Corte Constitucional. Un mismo magistrado cuenta con magistrados auxiliares, un sustanciador y auxiliares judiciales entre los cuales se divide la proyección y redacción de sentencias. Por eso en un mismo magistrado se encuentran sentencias con una citación rigurosa y sentencias con una citación extremadamente caótica. Las competencias de cada funcionario son diferentes y los estilos responden a destrezas asimétricas. Ante este fenómeno de división jurídica del trabajo da la impresión que los magistrados se limitan, cuando no son ellos los que proyectan las sentencias, a constatar que la decisión esté bien tomada de acuerdo con los hechos y las pruebas del caso y que se respeten la doctrina constitucional y leyes. No parece haber pautas uniformes que fijen el número de citas o su pertinencia.

Por todo lo anterior es que el análisis estático del precedente, especialmente la identificación de la *ratio decidendi* como técnica de interpretación constitucional, debe impulsarse aún más; pues hasta el momento es claro, cuando menos, que es una de las exigencias técnicas más importantes de la aplicación del derecho cons-

100 López Medina, *Op. cit.* pp. 91-92.

titucional. Con algunas trabas culturales, el uso del análisis estático del precedente se impuso hasta llegar a estos momentos en los cuales los jueces constitucionales hacen lecturas más ambiciosas de la jurisprudencia y extraen de todo ese conjunto las reglas o principios que conforman el derecho judicial.

En este orden de ideas, la preparación en la búsqueda de los materiales jurídicos relevantes dentro de la jurisprudencia constituye el primer paso para que se afiance un índice de citación ideal. Este índice debería entonces aplicarse a un sistema general de jurisprudencia, sin distinguir la especialidad jurídica ni el órgano adjudicativo competente. Este índice de citación ideal se comportaría, en líneas generales, de la siguiente manera:

1. La cita por analogía fáctica precedencia y se prefiere por encima de una cita conceptual y de una meramente retórica;
2. En principio tiene precedencia una analogía fáctica estrecha por encima de una analogía fáctica abierta;
3. En casos donde no exista una sentencia análoga por sus hechos, la citación temática o conceptual es la indicada;
4. Una sentencia conceptual estrecha prevalece sobre una cita conceptual amplia;
5. Una cita retórica, por regla general, nunca hace falta.

Igualmente importante es es que, mientras ello sea posible, se eviten los vicios citacionales señalados más arriba. Así, por ejemplo, la repetición de una misma idea o doctrina, salvo por razones de énfasis legítimo, debe ser evitada. El derecho de los jueces no debe caracterizarse por la repetición citacional de una doctrina o *ratio*. El derecho de los litigantes tampoco debe ser una extensa lista de ofensas basadas en todos los derechos existentes, sin en realidad colaborar con el juez a la adecuada formulación del problema jurídico. Mucho menos deben ser los memoriales depósitos de afirmaciones jurisprudenciales estratégicas que no son, en realidad, la *ratio decidendi* de las sentencia invocada. De la misma manera es importante notar que una cita conceptual reiterativa no es necesaria, mientras la nueva cita no le agregue en realidad algún valor conceptual a la primera.

Con el índice de citación técnico, además de facilitar y de cualificar el trabajo jurisprudencial, pretendemos que las sentencias se conviertan poco a poco en producciones lingüísticas accesible a un público más amplio que el de los abogados y que su lectura sea una aventura que deje enseñanzas más allá de las jurídicas. A lo mejor ese no sea la función de una sentencia. Todo depende de la concepción de sentencia que escojamos como la más interesante y convincente. Una concepción de sentencia que denomino formalista propendería por la expedición de sentencias aptas para la solución exclusiva de los litigios, para hacer “justicia en el caso concreto”. Una sentencia formalista entonces no consideraría significativos

valores como la coherencia, la claridad y la buena citación. Por el contrario, una sentencia que se rija por una concepción axiológica superará la egoísta función de resolución de litigios particulares. Una sentencia antiformalista o axiológica, también se preocupa porque su escritura conduzca a una comprensión clara de todos los argumentos, tendrá un hilo conductor al mejor estilo de los dramas modernos, provocará la sensación de que se lee algo más que el derecho esotérico de los especialistas y su estructura responderá a criterios de coherencia, claridad, y eficacia del lenguaje. Así el final de la sentencia, es decir la solución del caso, será una consecuencia lógica del nudo y el clímax expuestos en las motivaciones de los jueces. La jurisprudencia así, quizá se convierta en un invaluable repositorio de experiencia normativa. ✍

Bibliografía

CUETO RÚA, Julio. *El common law*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional, sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona, 1999.

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

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Ediciones Legis y Uniandes, Bogotá, 2000..

LÓPEZ STERUP, Henrik. *El precedente judicial: elemento ineludible en el estado de derecho*. En: revista Tutela, Legis, Tomo II, No 14, febrero de 2001.

RABASA, Óscar. *El derecho angloamericano*. Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

