

¿QUÉ ENTIENDE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA POR PRECEDENTE JUDICIAL Y CUÁNDO SE CONFIGURA EL
PREVARICATO POR SU DESCONOCIMIENTO?

Diana Aideé Castro Hernández

Maestría en Derechos Humanos y Democratización

Director: Dr. Jalil Alejandro Magaldi Serna

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C. 2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRATIZACIÓN

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Martha Hinestrosa Rey
Decana de la Facultad de Derecho	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Directora Departamento Derecho Constitucional:	Dra. Magdalena Correa Henao
Director de Tesis:	Dr. Jalil Alejandro Magaldi Serna
Examinador:	Dr. Mario Andrés Ospina Ramírez

AGRADECIMIENTOS

A Dios, a María Auxiliadora, a mi esposo Jesús Ignacio y a mis hijos Diego, Javier y Nathalia, por su apoyo en el emprendimiento y la culminación de esta etapa.

A Nelly, Antonio Luis, Rosendo y Viviana, por su valiosa y sincera amistad cultivada desde las aulas de la academia y que perdurará en el trasegar del tiempo.

A mi tutor, el doctor Jalil Alejandro Magaldi Serna por su guía y apoyo en la construcción de este proyecto, por compartir su conocimiento científico del derecho que enriqueció enormemente la realización de este escrito.

A la Universidad Externado de Colombia, espacio de crecimiento personal y académico, por su formación para la libertad, la tolerancia y la diversidad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE JUDICIAL EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	3
1.1. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	3
1.2. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA PROBABLE COMO FUENTE VINCULANTE.....	7
1.3. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA DOCTRINA PROBABLE	11
1.3.1 Principio de Igualdad como fundamento constitucional para la obligatoriedad de la doctrina probable.....	12
1.3.2 La seguridad jurídica y el principio de confianza legítima como fundamentos para el valor normativo de la doctrina probable.....	13
1.3.3. La obligatoriedad de la doctrina probable derivada de la función de unificación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.	14
1.3.4 La actividad de confrontación con la realidad social que la Corte Suprema realiza a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico.	15
1.4. LA ESTRUCTURACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE....	16
1.5. LA VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO	21
1.6. CLASIFICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL	23
1.7. EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO CONCEPTO DINÁMICO	25
CAPÍTULO II	30
PREVARICATO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL SEGÚN LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	30
2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN	30
2.2. ESTRUCTURACIÓN DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO	33
2.3. EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL COMO NUEVA CAUSAL DEL PUNIBLE DE PREVARICATO.....	36

2.4. EL CRITERIO ASUMIDO POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A CASOS DE PREVARICATO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL.	41
CONCLUSIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	64

INTRODUCCIÓN

La evolución histórica de los sistemas jurídicos ha permitido en cierta medida, desdibujar la línea divisoria entre los sistemas de common law y civil law, pues en la actualidad es innegable la gran influencia del uso de las decisiones judiciales a través de figuras jurídicas como la doctrina probable y precedente judicial incluso en los ordenamientos jurídicos de tradición legalista. De manera que la diferenciación entre sistemas donde la ley es la única fuente del derecho parece cada vez más alejada de la realidad jurídica, pues el precedente se ha establecido como un factor determinante en la manera de entender, interpretar y aplicar el derecho en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos.

Independientemente de la clase de sistema jurídico, la actividad judicial entraña un fin último que es la exigencia de una justicia igualitaria, lo que lleva implícito el principio de universalización en la forma de aplicar el derecho. En este sentido, se ha entendido que para la garantía de los derechos fundamentales y valores constitucionales es necesario el aseguramiento de la coherencia y uniformidad en las decisiones judiciales que son el campo en el cual se ven materializados los preceptos fundantes de los estados. Dicha universalización se ha establecido como uno de los propósitos de la administración de justicia que se halla justificada en exigencias como la igualdad de trato, previsibilidad de las decisiones judiciales que otorga seguridad jurídica y confianza legítima.

El sistema jurídico colombiano no ha sido ajeno a esta idea, pues la jurisprudencia se ha configurado en una herramienta indispensable en la protección de los derechos fundamentales y con ello, la gestación de cambios y transformaciones sociales, lo que ha dado paso a que las decisiones judiciales no sean consideradas únicamente como un criterio auxiliar frente a la ausencia de ley o de lagunas interpretativas, sino que se ha advertido una consolidación de las mismas como fuente del derecho cuya aplicación resulta obligatoria por parte de autoridades administrativas y judiciales en el marco de la garantía del principio de legalidad que subsume los actos de los servidores públicos. De manera que su inobservancia se traduce en serias fracturas a dichos valores, principios axiológicos que generan consecuencias jurídicas dirigidas a reafirmar el valor vinculante de las decisiones judiciales como parte esencial del entramado jurídico colombiano.

Bajo esta línea de entendimiento, el presente trabajo de investigación pretende analizar la evolución teórica y jurisprudencial entorno a la fuerza normativa predicable de las decisiones judiciales a partir de la doctrina probable y el precedente judicial, que han conllevado a establecer que su desconocimiento genera la configuración del punible de prevaricato. Por ello, el objeto central de este estudio es determinar el criterio de obligatoriedad asumido por

la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al precedente judicial y la configuración del prevaricato por su desconocimiento.

De manera que, en forma inicial, este trabajo presenta un estudio básicamente descriptivo y teórico a partir de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional sobre conceptos claves en la determinación de la doctrina probable y el precedente judicial, como elementos vinculantes en el ordenamiento jurídico, para en forma posterior, enfocarse en las consecuencias jurídicas derivadas del desacato del precedente judicial, a partir de la identificación y análisis de la forma en que dichos conceptos han sido acogidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el estudio de casos en los que funcionarios judiciales sin contar con la argumentación acertada, ni con alguna de las causales que las Cortes han fijado para apartarse del precedente judicial incurrir en prevaricato por su desconocimiento.

Con este fin, el primer capítulo de este trabajo de investigación se enfoca en develar los fundamentos teóricos, legales y jurisprudenciales alrededor de la concepción de la fuerza vinculante predicable de las decisiones judiciales como fuente de aplicación obligatoria por parte de los operadores judiciales en el contexto de la materialización de principios y valores indispensables para el andamiaje institucional del Estado. A partir de ello, a través de fuentes legales, jurisprudenciales y documentales se profundizará en las figuras de la doctrina probable y el precedente judicial, como mecanismos para asegurar el principio de universalidad del derecho, ahondando en puntos como: el papel de la jurisprudencia a la luz de la constitución de 1991, el desarrollo de la doctrina probable en la legislación colombiana, las razones para predicar su fuerza vinculante y el contenido, alcance y límite del precedente judicial emanado por las altas Cortes y los Tribunales de distrito Judicial.

Una vez visibilizada la importancia del precedente judicial como mecanismo para garantizar valores constitucionalmente relevantes y medio para evitar situaciones arbitrarias derivadas del ejercicio judicial, la segunda parte se centra en el estudio del prevaricato como consecuencia del desconocimiento del precedente judicial. Para ello, se ahondará en perspectivas legales y jurisprudenciales sobre el fundamento, concepto y elementos de dicha conducta ilícita, así como la inserción del desacato del precedente judicial como nueva causal del prevaricato; a partir de ello, se analizará el criterio de la Corte Suprema en fallos proferidos por esa corporación en un margen de 10 años, desde 2009, posteriores a la sentencia C-335 de 2008 de la Corte Constitucional que estableció el desconocimiento del precedente judicial como causal de prevaricato, hasta 2019, el criterio de selección se basó en las sentencias que resuelven casos de prevaricato por desconocimiento del precedente judicial, en virtud de la labor de la Corte Suprema de Justicia de reivindicar la legalidad y principios de igualdad, seguridad y coherencia jurídica por parte del quehacer judicial.

CAPÍTULO I

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE JUDICIAL EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dentro de los Estados Constitucionales, el papel de los jueces adquiere cada vez mayor relevancia en la garantía, promoción y protección de sus fines y principios, entre ellos: la seguridad jurídica, el principio de igualdad, la vigencia de un orden justo y el principio de buena fe. En los últimos años, a partir de las decisiones judiciales se han gestado grandes avances sociales en pro de la protección de los derechos fundamentales, siendo la jurisprudencia una de las vías para alcanzar la justicia social, de lo cual se ha identificado su labor pedagógica en la correcta interpretación de los derechos, lo cual requiere de la existencia y unificación en dichos criterios.

En el primer capítulo de este estudio nos proponemos develar el fundamento y desarrollo teórico, legal y jurisprudencial sobre la forma como las decisiones judiciales se han ido perfilando como una de las fuentes creadoras de derecho que demandan su observancia y aplicación por parte de autoridades judiciales y administrativas, con el fin de garantizar principios y valores fundamentales del Estado Social de Derecho. El estudio se centrará en el desarrollo conceptual de dos figuras: doctrina probable y precedente judicial, las cuales se han constituido como dos diferentes vías para dotar de fuerza vinculante las decisiones judiciales. Para tal efecto, se desarrollarán siete puntos esenciales, que parten del análisis del valor y alcance de la jurisprudencia en la Constitución política de 1991, para posteriormente, estudiar el desarrollo evolutivo de la doctrina probable y el fundamento constitucional de su obligatoriedad; la estructuración del precedente judicial en las Altas Cortes y los Tribunales de Distrito, su clasificación y las condiciones para poder apartarse del mismo.

1.1. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El concepto sobre el papel de la jurisprudencia se ha visto influenciado por concepciones teóricas legalistas de fuerte influencia dentro del sistema jurídico de nuestro país. En este primer acápite expondremos la noción de la jurisprudencia en la legislación anterior a la Constitución política de 1991, la cual influenció en gran medida la redacción del artículo 230 superior y cómo a partir de la creación de la Corte Constitucional se abre la posibilidad de otorgar mayor protagonismo a las decisiones judiciales emanadas por esa corporación.

Al hablar sobre el papel de la jurisprudencia en la realidad jurídica de Colombia, necesariamente se debe considerar que las decisiones judiciales entendidas como fuentes

creadoras de derecho y criterio vinculante para las autoridades públicas no ha sido un tema pacífico en la evolución histórica del derecho vigente del país, sino que ha implicado una evolución paulatina de tipo dogmático y jurisprudencial que ha dado como resultado la reconfiguración del alcance conceptual de la ley y la reivindicación del papel del juez como su intérprete legítimo.

El derecho colombiano de tradición eminentemente positivista arraigada en los sistemas formalistas romano-germánicos, desde sus inicios mantuvo una concepción de la jurisprudencia en un plano instrumentalista que lo relegaba a un papel secundario y meramente orientador. Tal es el caso de la ley 153 de 1887, la cual determina en su artículo 4° que tanto los principios de derecho natural, como las reglas derivadas de la jurisprudencia cumplen un papel ilustrador de la Constitución en los casos en los que haya duda en la aplicación de la ley, de manera que es considerada como un instrumento interpretativo. Así mismo, el artículo 5° destaca la aplicación de la doctrina constitucional “para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes¹”. Adicionalmente, el artículo 8° (ibídem) establece que en eventos en los que no exista ley aplicable a un caso en concreto de manera subsidiaria y por defecto se permite la aplicación de la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

Lo anterior ofrece una clara idea sobre la tendencia de la supremacía de la ley, misma que fue replicada en la nueva era constitucional del país en 1991, pues el artículo 230 es claro al reafirmar el imperio de la ley, bajo la cual se hallan sometidos los jueces en sus providencias. Adicional a ello, precisa que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”². A partir de esta disposición constitucional, la asamblea nacional constituyente reafirma el corte formalista y legalista de la realidad jurídica del país, ubicando el principio de legalidad, como el principal criterio que rige el quehacer judicial, siendo la jurisprudencia un criterio complementario que se encuentra subordinado a la ley.

No obstante, desde sus inicios, la Corte Constitucional al interpretar el alcance de esta disposición ha sido enfática al señalar que la expresión “imperio de la ley debe entenderse, ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo³”. De manera que el imperio de ley no solo se limita a la

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 de 1887. (24 de agosto de 1887). Por la cual se adiciona y se reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. En: Diario Oficial. 1887, no. 7151. 28. p. 1-6

² COLOMBIA. Constitución Política de 1991. (4 de julio de 1991). p. 1-108

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C- 131 de 1993. (1 de abril de 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. p. 1-22

ley en sentido formal, sino que hace referencia al ordenamiento jurídico como concepto general.

A pesar del criterio optativo de la jurisprudencia asumido en el artículo 230 de la Constitución, posteriormente se adelantó un importante avance en la visibilización del papel de las Cortes, y en especial del valor de sus decisiones judiciales, mediante el Decreto 2067 de 1991 que establece el régimen procedimental de las actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional. El Decreto otorga el valor de cosa juzgada constitucional a las sentencias proferidas por esa Corte, de manera que resulta obligatoria para jueces y demás autoridades; adicionalmente, menciona que la doctrina constitucional se erige como criterio auxiliar obligatorio. En particular, el Decreto 2067 en el artículo 21 se refiere a que las sentencias emanadas por ese Tribunal tienen el valor de cosa juzgada constitucional y su cumplimiento resulta obligatorio tanto para las autoridades como para los particulares⁴, con ello claramente se extiende el alcance de las decisiones judiciales en la que se supera el carácter optativo o auxiliar y reafirma su valor vinculante.

La Corte Constitucional en sentencia C-113 de 1993, al analizar esta disposición concluye que la misma no muestra contradicción o disparidad con la Constitución, toda vez que al señalar el carácter de cosa juzgada de los fallos que emite ese Tribunal, en ejercicio del control constitucional se hace referencia literal al inciso primero del artículo 243 constitucional, de manera que cuando una sentencia queda en firme, la misma no puede ser objeto de revisión nuevamente por lo que es de obligatorio cumplimiento⁵.

Por otra parte, el Decreto 2067 de 1991 establecía originalmente en su artículo 23 que la doctrina constitucional referida en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar y obligatorio para las autoridades, siempre que no sea modificada por el mismo tribunal⁶. La expresión obligatorio fue declarada inconstitucional a través de la Sentencia C-131 de 1993, al considerar que únicamente las disposiciones de la Corte que se relacionen directamente con la parte resolutoria de la sentencia, hacen tránsito a cosa juzgada y por ende, es de obligatorio cumplimiento, de manera que la parte motiva de una sentencia que configura la doctrina constitucional tiene un valor auxiliar y no obligatorio⁷.

⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2067 de 1991. (4 de septiembre de 1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. En: Diario Oficial, 1991, no. 40.012. Art. 21

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C- 113 de 1993. (25 de marzo de 1993). M.P. Jorge Arango Mejía. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. p. 1-17

⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2067 de 1991. Óp. Cit. Art. 23

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C- 113 de 1993. Óp. Cit. p. 11

Este criterio fue reiterado más adelante a través de la Sentencia C-083 de 1995, la cual distingue las dos funciones emanadas de la doctrina constitucional: la primera relacionada con la función orientadora o interpretativa que no es obligatoria, se limita a ser una herramienta de apoyo; la segunda función es la integradora que se deriva de las sentencias de constitucionalidad, en las cuales se da aplicación directa de la constitución y sí, resulta obligatoria⁸.

Pese a ello, esta concepción sufrió una especie de revés con el contenido original del artículo 48 de la ley 270 de 1996 ley Estatutaria de la Administración de justicia, al considerar que las sentencias de la Corte Constitucional emanadas en virtud del control de constitucionalidad solo son de obligatorio cumplimiento en su parte resolutive; la parte considerativa es únicamente criterio auxiliar, pues “solo la interpretación que por vía de autoridad hace el congreso de la república tiene carácter obligatorio general.”⁹ No obstante, mediante la sentencia C-037 de 1996 se estableció que esta disposición es inconstitucional pues desconoce la labor de la Corte Constitucional como genuina intérprete de la Constitución encaminada a salvaguardar la supremacía e integridad de la misma, “hacer que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental.”¹⁰

De la exposición inferimos que el artículo 230 de la Constitución de 1991, al seguir con la tradición formalista contempla que la jurisprudencia es fuente auxiliar del derecho cuya observancia es de tipo facultativo para los operadores judiciales, salvo las sentencias de constitucionalidad emanadas por la Corte Constitucional, pues en virtud de la función integradora, se reafirma la superioridad de la Constitución como norma de normas a través de su aplicación directa en estas sentencias, por ello resultan vinculantes.

No obstante, nuestro objeto de estudio no se detiene en este tema, pues como se verá en el punto siguiente, las decisiones judiciales de otras corporaciones judiciales como la Corte Suprema de Justicia, también han tenido lugar predominante en el desarrollo evolutivo de nuestro sistema jurídico, en especial, a través de la figura de la doctrina probable.

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-083. (1 de marzo de 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1995. p. 1-69

⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270. (15 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En: Diario Oficial, 1996, no. 42.745 p. 1-47

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-037. (5 de febrero de 1996) M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1996. p. 1-566

1.2. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA PROBABLE COMO FUENTE VINCULANTE.

Una de las vías para otorgar vinculatoriedad de las decisiones judiciales emanadas por la Corte Suprema de Justicia es la figura de la doctrina probable, por ello, en este segundo acápite conviene develar su desarrollo en la legislación colombiana y cómo a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, adquirió una mayor importancia en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, criterios que fueron acogidos más adelante por la Corte Suprema de justicia para reafirmar la vinculatoriedad de sus decisiones.

El desarrollo del derecho colombiano en torno al contenido y alcance de la doctrina probable ha sufrido diversas variaciones. Primeramente, vale mencionar la ley 153 de 1887 la cual en el texto original en su artículo 10, incluía el concepto de *doctrina legal más probable*, misma que sería aplicada por los jueces en casos dudosos, estaba conformada por tres decisiones uniformes emanadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho. Resulta interesante destacar que la redacción de esta disposición legal dio pie a que la aplicación de la doctrina legal más probable no fuera de carácter facultativo por parte de los operadores judiciales, pues la expresión “*aplicarán*” aludía a un contenido obligatorio.

Esta disposición legal fue modificada por el artículo 371 de la Ley 105 de 1890 el cual introduce importantes cambios al texto original, entre éstos, cambió su nombre de doctrina legal más probable por el de *doctrina legal*, además se define como la interpretación de la ley por parte de la Corte Suprema de Justicia en dos decisiones uniformes, reduciendo el número de sentencias requeridas; adicionalmente, establece que “constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso.”¹¹ Esta disposición legal consagra la obligatoriedad en la aplicación de la doctrina legal, en especial, el numeral primero de su artículo 369 establece que el desconocimiento, interpretación errónea o aplicación inadecuada de la doctrina legal dan derecho a interponer el recurso de Casación en materia civil.¹²

Mediante el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 se modifica nuevamente esta figura y finalmente se toma el nombre de *doctrina probable*, estructurada por “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho”¹³,

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 de 1890. (24 de noviembre de 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. En Diario Oficial, 1890, no. 8.296.

¹² *Ibíd.* Art. 369 numeral 1

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169. (31 de diciembre de 1896). Sobre reformas judiciales. En: Diario Oficial, 1896, no. 0235.

misma que puede ser aplicada por los jueces en casos análogos, sin que ello sea óbice para que la Corte modifique la doctrina en caso de que considere que las anteriores decisiones fueron erróneas. Con esta reforma se retoma el carácter discrecional de la doctrina probable, así mismo, el artículo 69 de la misma ley, deroga expresamente el artículo 369 de la ley 105 de 1890 sobre la procedencia del recurso de Casación por desconocimiento de la doctrina legal. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001 se refiere a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del año 1916, en el cual se precisa el carácter optativo de la doctrina probable al afirmar: “la violación a la doctrina probable no da lugar a casación porque la ley no ha tratado la doctrina legal como obligatoria sino como doctrina probable”.¹⁴

Ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 y los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, el carácter facultativo de la doctrina probable sigue siendo visible. Vale mencionar en primer lugar la sentencia C-131 de 1993, que establece que, a diferencia de la doctrina constitucional, los fallos de la justicia ordinaria no son obligatorios sino que únicamente conforman un criterio auxiliar.¹⁵ De igual forma, la sentencia C-083 de 1995, revisa la constitucionalidad del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 frente al alcance del inciso 2º del artículo 230 constitucional, ratifica el carácter de la jurisprudencia como fuente auxiliar en la actividad judicial, reafirma la posición tradicionalista y conservadora que ocupaba la mayoría dentro de la Sala Plena de la Corte Constitucional; precisa que la jurisprudencia no constituye fuente obligatoria y por lo tanto, la doctrina probable consagrada en el artículo 4 de la ley 169 de 1986 se erige como “pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces.”¹⁶

Sin embargo, ya para el año de 1999, en sentencia SU-047 de la Corte Constitucional, se identifica cierta tendencia hacia la consideración de la obligatoriedad de las decisiones judiciales a través de la doctrina probable. Es importante resaltar de este pronunciamiento que se introduce el término de precedente judicial para referirse a las decisiones de los Tribunales de la justicia ordinaria. En esta oportunidad la Corte establece que a pesar de que se trate de sistemas de derecho legislado, el respeto por el precedente desempeña funciones importantes en el ordenamiento constitucional. De manera que, “todo tribunal, y en especial

¹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. sentencia de septiembre 26 de 1916, tomo XXV, p. 461. Citado por COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-836 de 2001. (9 de agosto de 1991). M.P. Rodrigo Escobar Gil. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1996. p. 1-68

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993. Óp. Cit. p. 17.

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995. Óp. Cit. p. 14.

el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional.”¹⁷

Dentro de las razones expuestas por esa corporación constitucional se encuentran: (i) la seguridad jurídica, coherencia y la estabilidad del ordenamiento jurídico que exige que las normas tengan un contenido estable por lo tanto las decisiones judiciales deben gozar de previsibilidad; (ii) la protección de la libertad individual frente a la variación caprichosa de los criterios judiciales; (iii) el principio de igualdad, que exige el mismo trato en situaciones equivalentes y (iv) un mecanismo de control de la actividad judicial que evita su arbitrariedad.

Ahora bien, es a partir de la sentencia C-836 de 2001, en la que finalmente la Corte Constitucional reivindica el carácter vinculante y obligatorio de la doctrina probable emanada por la Corte Suprema de Justicia. En esta oportunidad la Corte Constitucional estudia la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 4° de la ley 169 de 1986, como se referenció, corresponde a la doctrina probable conformada por tres decisiones uniformes de esa Corte de cierre sobre un mismo punto del derecho. El artículo establece que puede ser aplicada por los jueces en casos similares, sin que ello sea óbice para que la Corte Suprema varíe su doctrina en caso que determine erróneas las anteriores decisiones. Los cargos mencionados por los demandantes referían la vulneración de los artículos 4 y 5 de la Constitución Política, pues al permitir que los jueces se desvíen de la doctrina probable, dificultan la uniformidad en sus decisiones, lo que imposibilita la consecución de los objetivos del Estado y además al otorgar la facultad a la Corte Suprema de modificar su doctrina probable, genera inseguridad jurídica que impide la garantía de los derechos sustanciales.

Esta sentencia marca un cambio en el paradigma del sistema de fuentes del derecho al otorgar fuerza normativa a la doctrina probable, lo que implica que las autoridades judiciales se encuentran sujetas a la misma y solo pueden apartarse, aduciendo clara y razonablemente los fundamentos de su decisión. Dicha fuerza normativa se desprende principalmente de la autoridad otorgada por la Constitución Política a la Corte Suprema de unificación jurisprudencial, la cual “tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria.”¹⁸ Adicional a ello, como será objeto de mención más

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU 047. (29 de enero de 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1999. p. 1-215

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-836 de 2001. Óp. Cit. p. 36.

adelante, la obligatoriedad de la doctrina probable proviene también de la facultad de la Corte Suprema de confrontación y adecuación de las normas a la realidad social; el respeto por la igualdad ante la ley, la igualdad de trato y el principio de buena fe, que establece la prohibición a la rama judicial de actuar en contra de sus propios actos.

A partir de este fallo, la doctrina probable adquiere un mayor protagonismo en la argumentación esgrimida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia veamos: en la sentencia de la Sala de Casación Penal, radicación No. 30571 del 09 de febrero de 2009, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, se determina que en virtud de la sentencia C-836 de 2001, el precedente judicial proferido por esa corporación es de obligatorio cumplimiento, tanto por jueces inferiores como de igual jerarquía, para su aplicación en casos análogos, porque con ello se “garantiza la consistencia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y se controla la actividad judicial ya que el respeto por el precedente impone un mínimo de racionalidad, cuando se trata de resolver asuntos similares.”¹⁹

En igual sentido, en el fallo de la Sala de Casación Penal, del 1º de febrero de 2012, radicado No. 34853, se afirma que por mucho tiempo la aplicación sesgada y tradicionalista del artículo 230 de la Constitución política, concluía que únicamente la ley tenía fuerza **vinculante** para el juez, relegaba las decisiones judiciales a un plano de fuente auxiliar; Sin embargo, señala que la Corte Constitucional desde tempranos pronunciamientos ya había mencionado que el alcance del imperio de la ley no solo envuelve la concepción formal de la misma, sino que hace referencia a todo el ordenamiento jurídico, en donde se incluyen las decisiones judiciales, “la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros.”²⁰

De manera que la doctrina probable como materialización de la ley a través de sus genuinos intérpretes tiene fuerza vinculante, entre los motivos para ello, la Sala de Casación penal resalta la coherencia, porque implica que frente a situaciones fácticas similares se decida de manera uniforme, en aras de garantizar la igualdad y la estabilidad del sistema jurídico. De igual forma la obligatoriedad de las decisiones judiciales “impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora que en algunos casos puede derivar en desconocimiento

¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Radicado No. 30571, (9 de febrero de 2009). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2009.

²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 34853. (del 1 de febrero de 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2012. p. 1-35

de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores.”²¹

Así mismo, es importante mencionar la sentencia del 11 de julio de 2012 proferida por la Sala de Casación penal de la Corte Suprema, radicado No. 38285, en la que se analiza la vinculatoriedad de las decisiones judiciales, se retoma lo puntualizado en la sentencia C-086 de 2001, frente a que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de interpretar el ordenamiento jurídico al tratarse de una Corte de Cierre, de manera que “se erige en el Tribunal creado por la Constitución y la ley para unificar criterios y fijar pautas interpretativas sobre las normas que regulan el proceso penal en general.”²²

En suma, la doctrina probable como una de las vías para dotar de fuerza vinculante las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, ha sufrido diversas modificaciones legales que han variado su contenido obligatorio. El papel del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido central en la reivindicación de la importancia de esta figura para el sistema de fuentes, porque visibiliza la función sustancial de la Corte Suprema en la interpretación del ordenamiento jurídico y la garantía de los derechos fundamentales, por ello, la misma Constitución Política le ha conferido la tarea de unificar criterios y fijar la interpretación de los derechos fundamentales, adquiere mayor relevancia al atender principios, valores y derechos constitucionalmente relevantes que se constituyen en el fundamento para predicar la obligatoriedad de la doctrina probable, los cuales serán desarrollados con detenimiento en el aparte subsiguiente.

1.3.EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA DOCTRINA PROBABLE

Principios constitucionales como el derecho a la igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, facultad constitucional de unificación jurisprudencial por parte de las altas Cortes y la obligación de adecuación de las normas con la realidad social, se han establecido como las razones por las cuales se predica la legitimidad y constitucionalidad de la fuerza vinculante de la doctrina probable, pues como se dijo con anterioridad, son preceptos fundamentales del andamiaje del Estado Social de Derecho, necesarios para la efectiva garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es por ello que, en este punto, haremos referencia a cada uno de ellos, con el fin de develar en qué medida estos

²¹ *Ibíd.* p. 8

²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 38285. (11 de julio de 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2012. p. 1-36

principios pueden ser materializados a partir de la teoría de la vinculatoriedad de la doctrina probable.

1.3.1 Principio de Igualdad como fundamento constitucional para la obligatoriedad de la doctrina probable.

La igualdad como principio y derecho fundamental se erige como uno de los pilares esenciales de un Estado Social de Derecho, el cual orienta las actuaciones de todas las autoridades públicas encargadas de velar por su protección y promoción. Como derecho fundamental consagrado en el artículo 13 de la Constitución política, implica dos dimensiones de protección: 1. Igualdad ante la ley; 2. Igualdad de trato. Es precisamente en este sentido en donde el actuar de los operadores judiciales, adquiere mayor relevancia, pues la garantía de la igualdad en la aplicación de la ley implica la obligación de todo juez de extender la misma protección de la ley frente a situaciones similares, de manera que “un mismo órgano judicial no puede otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hecho iguales, sin que exista una justificación razonable para el cambio de criterio.”²³

En consecuencia, el principio de igualdad permite la eliminación de todo acto dirigido a la eliminación de *privilegios* al momento de recibir la consecuencia de la norma jurídica a aplicar, pues otorga a los ciudadanos el derecho fundamental de recibir por parte de los operadores judiciales un trato igual como neutralidad en la aplicación de la ley. A partir de este planteamiento, la obligatoriedad de la doctrina probable resulta esencial para la garantía de la igualdad en la medida en que, al acatar una misma postura en cuanto al contenido y aplicación de una norma jurídica, los derechos serán interpretados y materializados de la misma manera para todas las personas, sin que se hagan distinciones arbitrarias, desproporcionadas e injustificadas. Lo anterior adquiere mayor relevancia dentro del Estado Social de Derecho, pues permite la creación de condiciones necesarias para que la comunidad aspire a la satisfacción de sus pretensiones en condiciones de equidad.

En este sentido, la sentencia C-836 de 2001, señala como primer fundamento constitucional para predicar la fuerza normativa de la doctrina probable emanada de la Corte Suprema de Justicia, el derecho que le asiste a las personas de que las interpretaciones normativas realizadas en las decisiones judiciales sean uniformes y consistentes. De manera que el principio de igualdad “como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C- 836 de 2001. Óp. Cit. p. 27

de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces.”²⁴

Así las cosas, se afirma que es necesario encontrar un balance entre la autonomía judicial y la garantía del derecho a la igualdad, como una forma de control de la actividad de los operadores judiciales, con el fin de evitar que se incurra en situaciones arbitrarias que desconozcan los fines propios del estado. En este orden de ideas, cuando un determinado fallo desconozca en forma arbitraria la doctrina probable y en razón de ello otorgue un trato diferente a casos analizados previamente, “so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.”²⁵

1.3.2 La seguridad jurídica y el principio de confianza legítima como fundamentos para el valor normativo de la doctrina probable.

Frente al principio de seguridad jurídica la Corte Constitucional ha resaltado que la incongruencia o excesiva variación en cuanto a la interpretación, significado o alcance de la norma, provoca dentro del ordenamiento jurídico inseguridad e inestabilidad: “si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere a sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.”²⁶

La sentencia C-836 de 2001 enfatiza el valor instrumental de la doctrina probable para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, con el objetivo de avalar la vigencia de un orden justo en el marco del Estado Social de Derecho. Para el cumplimiento de dichos fines y el logro de la estabilidad institucional es necesario que los ciudadanos cuenten con un mínimo de estabilidad o certeza en la configuración de dicho orden y, por lo tanto, en la aplicación e interpretación del mismo: “En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar la vigencia de un orden justo.”²⁷

En este sentido, la seguridad jurídica implica la existencia de un grado de certeza, de que en casos similares los jueces decidan uniformemente, de manera que “está ligada

²⁴ *Ibíd.* p. 25

²⁵ *Ibíd.* p. 26

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-104 de 1993. (11 de marzo de 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. p. 1-17

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C- 836 de 2001. Óp. Cit. p. 27

fundamentalmente a la predictibilidad del derecho y de las actuaciones de los jueces, materializada en la coherencia de las mismas, implicando la consistencia en los criterios de interpretación.”²⁸ Es importante destacar la relevancia de la previsibilidad de las decisiones judiciales para generar certeza sobre el contenido y alcance de los derechos y obligaciones de los ciudadanos y como los mismos han sido interpretados por parte de los jueces. Así la coherencia en los fallos adoptados por las jueces resulta indispensable para su legitimidad, pues no puede predicarse confianza de un órgano judicial cuyas decisiones son variables injustificadamente.

Así mismo, la Corte resalta que la seguridad jurídica está estrechamente relacionada con el principio de confianza legítima derivada del principio de buena fe, estipulado en el artículo 83 de la Carta Política y que se relaciona con la garantía de coherencia en las actuaciones del estado o los particulares, de manera que no se genera un cambio de las reglas de juego que puedan llegar a sorprender a los ciudadanos. Ahora bien, la confianza legítima aplicada a la actividad judicial “no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.”²⁹

1.3.3. La obligatoriedad de la doctrina probable derivada de la función de unificación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

La función de unificación jurisprudencial ha sido considerada como un criterio esencial para la garantía de la igualdad de trato y la aplicación de la ley, así como para salvaguardar la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico, en la medida en que permite la consolidación de las diversas interpretaciones que una norma jurídica puede llegar a tener y en consecuencia fijar los criterios sobre la forma correcta de aplicación o el alcance de la misma.

En virtud del artículo 235 de la Constitución Política, se estableció como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, actuar como Tribunal de Casación, lo cual resulta esencial tanto para garantizar la protección efectiva de los derechos constitucionales a la luz de la prevalencia del derecho sustancial, en especial porque a través de ella se materializa la función de unificación jurisprudencial en la aplicación de las normas y proteger la coherencia del contenido y alcance del sistema jurídico. “En esa medida, la labor creadora de este máximo Tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del

²⁸ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El precedente judicial y sus reglas. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, 2016. p.43

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C- 836 de 2001. Óp. Cit. p. 30

ordenamiento.”³⁰ En consecuencia, las decisiones judiciales emanadas por esa corporación tienen un valor normativo y de ello se extrae la obligación de atenderla.

1.3.4 La actividad de confrontación con la realidad social que la Corte Suprema realiza a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico.

La multicitada sentencia C-836 de 2001, ha establecido como cuarto fundamento de la obligatoriedad de la doctrina probable de la Corte suprema de Justicia el “carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”³¹ Lo anterior justifica el hecho de que la doctrina probable está constituida por más de dos decisiones judiciales sobre un mismo punto del derecho, la cual tiene como objetivo “permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión.”³² Lo anterior es necesario para que los jueces cuenten con la certeza suficiente de que el derecho sí responde a las necesidades sociales y la forma más adecuada de dar respuesta a dichos requerimientos es a través de la aplicación de las reglas concretas derivadas de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo.

Es así como lo analizado anteriormente permite visibilizar el valor instrumental de la doctrina probable para la garantía de los derechos y libertades de las personas, ya que permite materializar el derecho a la igualdad de trato frente a la aplicación de la ley, que da lugar a que existan decisiones uniformes frente a casos similares, lo que resulta esencial para predicar la estabilidad del ordenamiento jurídico que dota de certeza el contenido e interpretación de los derechos al limitar las interpretaciones arbitrarias o injustas que pueden llegar a darse en el ejercicio judicial. De manera que la Corte Suprema de Justicia al ejercer su función de unificación jurisprudencial y la labor de adecuación del ordenamiento jurídico a la realidad social, contribuye significativamente al aseguramiento del orden justo.

Cabe mencionar además que estas razones constitucionales no solo son aplicables a la doctrina probable, sino que se extienden al precedente judicial, segunda vía que conduce a la vinculatoriedad de las decisiones judiciales, el cual como veremos en el acápite siguiente, comparte la labor de asegurar la justicia a partir de la garantía de mandatos superiores.

³⁰ *Ibíd.* p.32

³¹ *Ibíd.* p.24

³² *Ibíd.* p.25

1.4. LA ESTRUCTURACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE

El precedente judicial, figura que permite la extensión de las razones jurídicas que sustentan una decisión judicial para ser aplicadas en casos similares; se ha constituido en herramienta primordial para consolidar el carácter obligatorio de su contenido; por ello resulta necesario para nuestro estudio, hacer referencia en este acápite no solo a su concepto, sino a las condiciones para su aplicación, la diferencia con la doctrina probable y la jurisprudencia y las condiciones que permiten su desconocimiento por parte de los jueces.

El precedente judicial se encuentra compuesto por decisiones judiciales anteriores que deben ser atendidas en forma obligatoria por los jueces, al momento de decidir situaciones similares. “La doctrina del precedente judicial vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias”³³. Por su parte, en sentencia SU 354 de 2017, la alta Corporación Constitucional lo definió como: “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo.”³⁴

Si bien, la Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2001 no estableció diferenciación entre los conceptos de doctrina probable y precedente judicial, en pronunciamientos posteriores se ha precisado que ambas figuras son vías distintas de la vinculatoriedad de las decisiones judiciales en aras de garantizar la seguridad jurídica y la buena fe. En este sentido, en la Sentencia C-621 de 2015, se afirma que la doctrina probable establece reglas de interpretación del ordenamiento jurídico vigente que influyen directamente en la parte considerativa de las sentencias; por su parte, el precedente judicial crea criterios sobre la aplicación de las leyes en casos específicos, en otras palabras, “mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión.”³⁵

³³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis Editores S.A. segunda edición, 2006. p.109

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia SU 354 de 2017. (25 de mayo de 2017). M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2017. p. 1-67

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-621 de 2015. (30 de septiembre de 2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2015. p. 1-53

Pese a ello, López Medina considera que los términos de doctrina probable y precedente pueden ser usados indistintamente, pues no existe diferencia real entre ellos, en efecto, ha considerado que la distinción entre estos conceptos “es demasiado artificiosa porque la “doctrina probable” es simplemente la extensión del mismo régimen del precedente al derecho ordinario. (...) Tal y como están definidas hoy en día, no existe diferencia técnica apreciable en Colombia entre la “doctrina probable y el “precedente” y los jueces ordinarios pueden usar estos conceptos de manera intercambiable.”³⁶

Es importante precisar que, en otras oportunidades, como la ya mencionada sentencia C-836 de 2001 la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos han utilizado en forma indistinta los términos doctrina probable, jurisprudencia y precedente judicial y en virtud de que están cobijados con los mismos fines, contenido y límites, “la jurisprudencia en sentido amplio hace referencia a todas las sentencias que profiere, en nuestro caso, la Corte Constitucional. En suma, precedente o cualquiera de los términos similares que se han empleado para homologar su significado, son un elemento de la jurisprudencia cuyo desconocimiento en una sentencia posterior puede ocasionar la nulidad de ésta.”³⁷

No obstante, es necesario precisar la diferencia entre lo que se entiende por precedente judicial y jurisprudencia. “Los términos ‘jurisprudencia’ y ‘precedente’ son distintos, en cuanto el primero tiene naturaleza persuasiva y argumentativa, mientras que el segundo tiene carácter normativo y obligatorio”³⁸. El precedente judicial se instituye como la parte de una sentencia que establece una regla de decisión en un caso específico que pretende ser universalizada, esto es, ser aplicada a un caso sucesivo, cuando exista paridad entre los supuestos fácticos del caso inicial con el actual³⁹. Por su parte la jurisprudencia está compuesta por un conjunto de decisiones judiciales relacionadas a un mismo punto de derecho, que precisa máximas, conceptos o interpretaciones sobre las normas, las cuales establecen reglas jurídicas que se formulan “como enunciaciones generales de contenido preceptivo.”⁴⁰

³⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego López. Eslabones del Derecho, el deber de coherencia con el precedente judicial. Bogotá: Editorial Legis editores S.A. p. 108

³⁷ ARÉVALO GUERRERO, Ismael Hernando. Jurisprudencia de la interpretación al precedente. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018. p. 369.

³⁸ DEIK ACOSTA MADIEDO, Carolina. El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado. Tesis de Doctorado en Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 159

³⁹ TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia [en línea]. En: Precedente. Revista Jurídica. 2007. [citado El 6 de julio de 2020) P 86-99 Disponible en : <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>

⁴⁰ *Ibidem*. p. 88

Dicho lo anterior, vale mencionar que no todo el texto de una determinada sentencia configura precedente obligatorio, sino aquellos principios y reglas jurídicas que fundamentan la decisión; en este punto es indispensable hacer referencia a la distinción conceptual entre los componentes analíticos de los fallos judiciales: *obiter dicta* (afirmaciones dichas de paso); los *ratione decidendi* (regla de la decisión) y el *decisum* (resolución del caso).

En lo que tiene que ver con el *decisum* de un fallo judicial, concretamente vale decir que se trata de la parte resolutive de la sentencia judicial, la cual se encuentra estrechamente relacionada con la *ratione decidendi*. Así a través del *decisum* se determina la culpabilidad del acusado (en materia penal); la responsabilidad civil o estatal (materia civil y contencioso administrativa); la protección de un derecho fundamental (acción de tutela) o si se debe excluir una norma del ordenamiento jurídico (acción pública de inconstitucionalidad)⁴¹ Si bien, una vez que la sentencia quede ejecutoriada o en firme y haga tránsito a la cosa juzgada, el *decisum* obligatoria para las partes del proceso, la Corte ha precisado que la parte resolutive “no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos.”⁴²

Los *obiter dicta* de las sentencias, por su parte, se hallan constituidos por aquellos dichos de paso, en la parte considerativa de la sentencia, como aquellos enunciados principalmente con funciones hermenéuticas, compilatorias, dogmáticas o descriptivas de los ordenamientos jurídicos, pero que no es necesaria en la decisión; de manera que está configurada por consideraciones de tipo general sobre el contexto jurídico relacionado con el caso en concreto, “las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver (...) sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver.”⁴³ Se trata entonces de argumentos u opiniones del juez sobre un tema en concreto de naturaleza suplementaria o secundaria y no vinculante que busca fundamentalmente otorgar firmeza a la decisión.⁴⁴

Frente a la *obiter dictum* la Corte Constitucional ha sido enfática al mencionar que se constituye únicamente como criterio auxiliar de interpretación, es decir, que no posee fuerza vinculante, sino meramente persuasiva, “que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un *dictum* constituye entonces, en principio,

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999. Óp. Cit. p. 53.

⁴² *Ibíd.* p. 53

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Sexta de revisión. Sentencia T- 414. (1 de julio de 2014. M.P. Andrés Mutis Venegas. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2014. p. 1-29

⁴⁴ GARCÍA ESPINOSA, José Luis. El precedente jurisprudencial y su aplicabilidad en materia penal. Tesis de la Maestría en Derecho Penal. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2016. p 82.

un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces.”⁴⁵ Pese a su carácter optativo, la Corte ha mencionado que no necesariamente deben ser considerados irrelevantes, pues los mismos se constituyen en importantes fuentes teóricas en la interpretación del derecho, las cuales pueden llegar a ser aplicados por los jueces en situaciones similares.

Por último, la *ratione decidendi*, es considerada el componente más importante de un fallo judicial, pues se considera en términos generales como la razón o regla que fundamenta la decisión específica, en otras palabras, se encuentra constituida por la regla o razón que conforma el fundamento de la parte resolutive de la sentencia. De manera que la ratio decidendi se constituye a partir de las razones que le dan sentido a la decisión, sin las cuales la resolución del caso no sería comprensible o carecería de motivación jurídica, en consecuencia, se refiere a la correcta interpretación y aplicación de una específica norma sobre un caso en concreto, que determina las razones por las cuales un juez toma una decisión en un determinado sentido y no en otro diferente.

Por tal razón, la ratio decidendi conforma el precedente vinculante, el cual debe ser aplicado por las autoridades públicas en casos análogos. La razón de ello se encuentra ligada a la obligación de todo juez de fundamentar sus decisiones en principios generales o reglas universales aceptadas anteriormente y no en criterios caprichosos, acomodaticios o arbitrarios. De manera que para que el precedente judicial pueda cumplir su finalidad de garantía del orden justo y la plena vigencia de los derechos fundamentales, es esencial que la actividad judicial se oriente a partir de prescripciones argumentativas universales, “Por ende, la existencia de una ratio decidendi en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.”⁴⁶

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que la *ratio decidendi* no es determinada por el juez o el tribunal que profirió la decisión sino que los jueces posteriores serán los encargados de hacerlo, al evaluar los argumentos que sustentaron los fallos anteriores: “Sólo con base en un análisis de los hechos, pretensiones, disposiciones jurídicas relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la ratio decidendi de un caso anterior y, de esta manera, decidir sobre su aplicación ulterior.”⁴⁷

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999. Óp. Cit. p. 53.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 54

⁴⁷ BERNAL PULIDO. Carlos. El precedente en Colombia. [En línea]. En: Revista Derecho del Estado, núm. 21, diciembre, 2008. [citado el 4 de abril de 2020]. p. 81-84. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630230004>

Vinculatoriedad del precedente judicial, motivo de estudio en Casación No. 38285 del 11 de julio de 2012 de la Sala penal de la Corte Suprema, fallo en el que se analiza la Sentencia C-836 de 2001 frente a que la parte de las providencias que tiene fuerza vinculante es aquella que se relaciona con los principios y reglas jurídicas que brindan sustento o fundamento a la decisión en concreto. “Es decir, no todo el texto de las motivaciones resulta obligatorio, teniendo en cuenta la distinción conceptual entre las afirmaciones dichas de paso -obiter dicta- y los fundamentos jurídicos suficientes que son inescindibles de la decisión acerca de un punto de derecho —ratione decidendi-, puesto que sólo estos últimos son de imperioso acatamiento, en la medida en que están relacionados de manera directa y necesaria con la solución del caso, dándose las razones para resolver el punto concreto en uno u otro sentido.”⁴⁸

El mismo criterio fue replicado más adelante por la misma corporación a través de la sentencia de Casación Penal No. 47732 del 23 de noviembre de 2016, en donde se reitera que el precedente judicial constituye fundamento de legalidad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley e igualdad de trato, como que es vinculante lo que corresponde a la ratio decidendi y el decisum, siendo los obiter dictum criterios auxiliares que no tienen relación con la resolución del problema jurídico de manera que la ratio decidendi se constituye en fuente de derecho.⁴⁹

En conclusión, se ha aceptado como precedente judicial, aquellos fallos cuya ratio decidendi establece una regla determinante para la solución de casos semejantes. “De esta forma puede decirse que la ratio decidendi “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella.”⁵⁰

Cabe mencionar que la Corte Constitucional ha establecido ciertos criterios para determinar cuándo una sentencia es precedente aplicable en un caso determinado, estos son: 1. Debe existir semejanza entre los supuestos fácticos del caso anterior y el que se pretende decidir; 2. Si la consecuencia jurídica del caso anterior guarda relación con la pretensión del caso

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 38285. Óp. Cit. p. 13

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 47732. (23 de noviembre de 2016). M.P. Eyder Patiño Cabrera. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia, Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2016. p. 1-112 p. 87

⁵⁰ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-783 de 2010. (30 de septiembre de 2010). M.P. Humberto Sierra Porto. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2010. p. 1-22

actual y 3. La regla fijada por la sentencia precedente se mantiene incólume, es decir si no ha sido cambiada o modificada en algún sentido.⁵¹

A partir de lo anterior, es importante precisar que el precedente judicial como fuente de derecho, lo encontramos en el inciso 1° del artículo 230 constitucional: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, mientras que la jurisprudencia se ubica en su inciso 2°: “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. De manera que el sometimiento a la ley por parte de los operadores judiciales no debe entenderse únicamente en sentido formal, expedida por el legislativo, sino en sentido material, más amplio, en donde justamente se encuentra el precedente judicial. En suma, esta figura permite la identificación de una regla de derecho, constituida a partir de la ratio decidendi de un fallo judicial, de manera que la estructuración del precedente no requiere varios pronunciamientos, ni que los mismos sean reiterados; sino que basta una decisión que establezca una regla de derecho para ser aplicada en forma posterior a un caso análogo.

En conclusión, el precedente judicial permite la creación de reglas de derecho aplicables a casos específicos que se hallan inmersos en situaciones fácticas equivalentes. Más allá de establecer reglas de interpretación sobre el contenido de las normas jurídicas (doctrina probable), el precedente está constituido por aquellas razones jurídicas que son la motivación de la decisión judicial, de manera que el precedente está llamado a ser aplicado en forma obligatoria para aquellos casos en donde exista semejanza fáctica y de las pretensiones de un caso actual con una decisión anterior, lo cual permite concretar la igualdad de trato y la seguridad jurídica.

En este punto vale resaltar que el precedente judicial no solo resulta de la unificación jurisprudencial en las altas Cortes, sino que en temas en que ellas no se han pronunciado, los Tribunales superiores crean precedentes judiciales obligatorios para los jueces de inferior jerarquía dentro de su respectivo distrito.

1.5. LA VINCULATORIEDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO

Las decisiones judiciales adoptadas por los Tribunales Superiores de Distrito no se constituyen como entes etéreos desprovistos de protagonismo en su respectiva jurisdicción, sino que su labor ha generado grandes aportes en cuanto a la interpretación de la ley y la aplicación de la misma en casos concretos, cuando al punto las Cortes de cierre no se han pronunciado. Con este acápite pretendemos visibilizar el papel de las decisiones de los

⁵¹ *Ibíd.* p.16

Tribunales Superiores de la que se ha determinado su fuerza vinculante para operadores judiciales de inferior jerarquía de su distrito judicial.

En apartes anteriores mencionamos que la vinculatoriedad de la doctrina probable y, por ende, del precedente judicial encontraban su fundamento en principios Constitucionales como la igualdad y la seguridad jurídica derivada de la unificación jurisprudencial. En reiteradas ocasiones el alto Tribunal Constitucional ha sido enfático al precisar que la labor de unificación jurisprudencial no se circunscribe únicamente a la emanada de las altas Cortes, sino que los Tribunales también tienen la función de unificación jurisprudencial dentro de su jurisdicción, en aquellas situaciones en las que las altas Cortes no ejercen dicha función, por lo tanto, el contenido de la doctrina probable y del precedente judicial también es aplicable frente a decisiones proferidas por los Tribunales, que son de obligatorio acatamiento para los jueces de inferior jerarquía de su jurisdicción. “En este orden de ideas, en aquellas áreas en las cuales la Corte Suprema de Justicia, no ejerce, por razones legales, funciones de unificación de la jurisprudencia y la interpretación de los textos legales, tal tarea es encomendada a los tribunales superiores de distrito judicial, quienes habrán de replicar dicha función en su jurisdicción. Por lo mismo, les son aplicables las reglas sobre precedente y doctrina probable.”⁵²

La Corte ha entendido que los Tribunales como órganos jerárquicamente superiores dentro de su distrito, tienen la obligación de garantizar los presupuestos de igualdad y seguridad jurídica, de manera que la unificación de la jurisprudencia también es de su competencia; refiriéndose a esta función de los Tribunales de Distrito, la Corte Constitucional precisa: “De allí que la función de unificación jurisprudencial les es oponible en aquellas áreas en las que la Corte Suprema de Justicia, no ejerce por razones legales, esa competencia.”⁵³

A través de la Sentencia T-571 de 2007, se logra identificar que el precedente judicial no solo es obligatorio respecto del juez de inferior jerarquía, sino también respecto de sus salas de decisión, debido a dos razones fundamentales: la primera de carácter instrumental, pues el funcionamiento de los tribunales promueve el enlazamiento de cada una de las salas que lo componen, lo que genera que las decisiones sean conocidas por ellos como mecanismo para asegurar que se tomen decisiones uniformes; y la segunda de carácter sustancial, al considerar que los tribunales son el máximo ente, dentro de sus respectivo distrito, desempeña la función de unificación jurisprudencial dentro de su ámbito territorial, con el objetivo de garantizar el

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala séptima de revisión. Sentencia T-688. (8 de agosto de 2003). M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2003. p. 1-26

⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala séptima de revisión. Sentencia T-698. (22 de julio de 2004). M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2004. p. 1-30

derecho a la igualdad y la definición de los criterios jurídicos aplicables. “Teniendo en cuenta lo anterior, no se explica que dicha función (unificación) y el respeto al derecho a la igualdad pueda ser abandonada por el Tribunal. Es a éste, sin considerar que tenga diversas salas de decisión, a quien le corresponde definir las reglas jurídicas aplicables dentro de su jurisdicción.”⁵⁴

De manera que se entiende que la labor interpretativa de las decisiones judiciales emanadas de los Tribunales Superiores, goza de una preeminencia no inferior a la predicable de las altas Cortes, cuando éstas, han guardado silencio frente a algún punto de derecho; se ha establecido que, el deber de brindar plena garantía de los derechos y libertades constitucionales, también le es exigible a los Tribunales, quienes ejercen una función de unificación jurisprudencial, materializan los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y buena fe cuando las altas Cortes no se han pronunciado sobre ese aspecto jurídico; por lo tanto, sus decisiones judiciales constituyen fuente vinculante, tanto para las diferentes salas que componen esa corporación, como para los jueces de inferior jerarquía de su jurisdicción, de manera que vinculan también en forma horizontal y vertical; conceptos que serán abordados a continuación.

1.6. CLASIFICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La fuerza normativa del precedente judicial ha significado que los operadores judiciales sean órganos individuales o colegiados, encuentren limitada su autonomía de decisión tanto por las decisiones propias o por las emanadas por superiores jerárquicos, lo que permite identificar la existencia de una clasificación del precedente judicial: vertical y horizontal. Este acápite pretende describir y analizar el contenido de los dos conceptos, tomando como fuente principal los variados pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia.

Según su origen, se ha señalado que existen dos clases de precedente judicial: El primero de ellos es el *precedente vertical* que corresponde a los emanados por instancias superiores, es decir, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, en su función de unificación jurisprudencial dentro de su jurisdicción. En este caso, el precedente vertical obliga a los jueces de inferior jerarquía. “Se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala tercera de revisión. Sentencia T- 571. (27 de julio de 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2007. p. 1- 28

que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción.”⁵⁵

Por otra parte, tal como se mencionó anteriormente, en aquellos casos en los cuales los asuntos no sean decididos por las altas Corporaciones, los Tribunales superiores marcan el precedente para los jueces de inferior jerarquía de su distrito judicial. “El precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.”⁵⁶

De esta clase de precedente se puede identificar claramente la limitación de la autonomía judicial en el sentido de que los jueces inferiores se hallan sometidos a las interpretaciones que sus superiores realicen de las normas jurídicas, revalidando con ello que el precedente judicial no es una opción sino un deber.

Por otra parte, se encuentra el *precedente horizontal* que se refiere a las decisiones o sentencias judiciales que son proferidas por las autoridades que corresponden a una misma jerarquía, o el precedente judicial fijado por el mismo operador judicial. En este último caso, se habla de la obligación del operador judicial de mantener su línea de decisión, del cual se extrae el deber de congruencia y previsibilidad de las decisiones judiciales con el fin de evitar infracciones al derecho de igualdad de trato. “El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución.”⁵⁷

De la clasificación expuesta, podemos concluir que el precedente judicial constituye un límite a la autonomía judicial, pues su accionar se haya condicionado a decisiones que ha tomado anteriormente o que han decidido sus superiores jerárquicos, lo anterior entre otras razones, ha permitido ejercer un control frente a la arbitrariedad de los operadores judiciales. No obstante, la obligación de acatar el precedente judicial no es un concepto absoluto que desplaza y anula el contenido de la autonomía judicial, pues de lo contrario este principio de gran relevancia constitucional quedaría en un plano retórico, de manera que como veremos en el siguiente punto, se han desarrollado ciertas condiciones que permiten armonizar estos dos conceptos.

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia SU-113 de 2018. (8 de noviembre de 2018). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2018. p. 1-43

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia SU – 354. Óp. Cit. p. 17

⁵⁷ *Ibíd.* p. 17

1.7. EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO CONCEPTO DINÁMICO

Bastante se ha hablado de la importancia del precedente judicial dentro del Estado Social de Derecho como uno de los mecanismos para la garantía de valiosos principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la prevalencia de un orden justo y la buena fe. Sin embargo, es de importancia resaltar que el precedente Judicial no es un concepto absoluto o sacralizado, “puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso”⁵⁸ Lo que conlleva entender que el precedente judicial no es un concepto estático sino que el mismo está determinado por las nuevas realidades sociales y jurídicas que implican su variación o dinamismo. De manera que en este punto nos ocuparemos de describir aquellas situaciones que permiten que los operadores judiciales se aparten del precedente judicial.

Si bien, la Corte Constitucional ha determinado la obligación de obediencia del precedente judicial, también ha precisado que los operadores judiciales gozan de una especie de libertad frente al precedente, de manera que el juez “tiene la obligación prima facie de respetar el precedente dominante en el caso subsiguiente relevante, pero puede apartarse del mismo de una cierta manera. Sin embargo, si este gesto de ‘apartamiento’ no cumple con algunas obligaciones mínimas, la violación del precedente tiene consecuencias por ser, en últimas, una trasgresión de una fuente legítima de derecho.”⁵⁹

El desarrollo jurisprudencial sobre esta materia ha establecido que, bajo ciertos eventos determinados, los jueces pueden apartarse del precedente judicial, pues se tiene en cuenta que el derecho está sujeto a las necesidades de la sociedad, de manera que, al considerar las dinámicas del contexto social e histórico, se exige del derecho la constante evolución o actualización con el fin de atender nuevos requerimientos y situaciones. En esta medida, “una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica.”⁶⁰

Adicional a ello, no es ajena la idea de que los Tribunales de cierre o de distrito, puedan cometer equivocaciones en sus decisiones, por lo tanto, es inaceptable que las mismas se sigan perpetuando a través del tiempo. En este orden de ideas, frente a la necesidad del cambio de precedente, los jueces pueden apartarse del mismo. En tal caso, se ha exigido una carga argumentativa más cualificada, “esto es, tiene que aportar las razones que justifican el

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999. Óp. Cit. p. 49

⁵⁹ LÓPEZ MEDINA. Diego López. Óp. Cit. p. 70

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999. Óp. Cit. p. 49

apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado.”⁶¹

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que el papel del precedente judicial dentro del ordenamiento jurídico ha sido determinante, de manera que para su cambio se justifique y el mismo no se torne arbitrario, no solo es necesario considerar que la nueva interpretación es superior a la anterior, sino que se requiere que el juzgador “aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.”⁶²

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado ciertos eventos en los cuales el cambio de precedente se justifica. El primero de ellos tiene que ver con la modificación, adición o exclusión de la norma que era sustento del precedente: “Un cambio en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente.”⁶³ En este evento resulta lógico que el cambio en el precedente sea necesario, en la medida de que el juez está sometido a la legislación vigente y por lo tanto, la voluntad del legislador, “pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).”⁶⁴

El segundo evento se refiere al advenimiento de cambios de tipo social, económico o político que pueden llevar a que la interpretación de ordenamiento jurídico vigente, resulte obsoleta o insuficiente para responder a las exigencias o necesidades sociales cambiantes, en este caso, resulta indispensable la reformulación de los principios o reglas jurídicas existentes, para lo cual se requiere el cambio en el precedente judicial. Sin embargo, frente a este evento, la Corte Constitucional ha precisado que a fin de evitar los cambios arbitrarios “es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, (...) esté

⁶¹ *Ibíd.* p.47

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-400 de 1998. (10 de agosto de 1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1998. p. 1-139

⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-228 de 2002. (3 de abril de 2002). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2002. p. 1- 55

⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -836 de 2001. Óp. Cit. p. 35

razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.”⁶⁵

Así mismo, como tercera circunstancia se ha establecido que en el evento de que el juez identifique que el precedente judicial vigente va en contra de valores y principios constitucionales que devienen en injusticias, nace la necesidad de la subsanación de este error a través de su cambio, “el error en este caso sería de tipo “axiológico”. Observada desde la red coherente en el que consiste el ordenamiento jurídico, la decisión jurisprudencial se considera “incorrecta” o “injusta” desde el punto de vista material pues responde a valores predominantes en un momento histórico anterior.”⁶⁶

En consecuencia, si la Corte considera que la posición adoptada en el precedente judicial “resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”⁶⁷ se justifica el cambio en el precedente judicial con el fin de evitar que dichas correcciones o injusticias del pasado se prolonguen en el tiempo.

Por último, la Corte Constitucional ha señalado que en el evento de que se entreevea, que no existe completa claridad sobre el precedente aplicable, porque resulta contradictorio e impreciso, se torna imperiosa la precisión de los precedentes existentes. “Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión.”⁶⁸ Así, la falta de unidad en el precedente judicial que ponga en evidencia la existencia de distintos criterios interpretativos, conlleva a que los jueces puedan optar por la interpretación que satisfaga en mayor medida los derechos subjetivos y los fines estatales.

Los anteriores eventos han sido acogidos por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia de Casación penal del 1 de febrero de 2012, Fallo N° 34853, en la cual se precisa que, pese a que el acatamiento del precedente es obligatorio para las autoridades judiciales y administrativas, el mismo no es absoluto, porque “debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que en un momento dado hayan podido incurrir los altos Tribunales, pero se reitera es una fuente formal y material de derecho, de la cual deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las

⁶⁵ *Ibíd.* p.50

⁶⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 223

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -836 de 2001. Óp. Cit. p 36

⁶⁸ *Ibíd.* p 35

autoridades judiciales y administrativas.”⁶⁹ De manera que un funcionario judicial puede apartarse del precedente judicial en circunstancias como: 1. La Existencia de diferencias relevantes que conllevan a que la situación no sea del todo análoga; 2. El cambio del contexto social que hace que la decisión sea inadecuada para el caso; 3. Que el juez determine que la decisión transgrede valores y principios fundamento del ordenamiento jurídico y 4. Como que la norma que se interpreta ha sufrido una variación.

Así mismo, la Sala de Casación penal, mediante el radicado No. 39456 del 10 de abril de 2013, con ponencia del Magistrado José Luis Barceló Camacho, afirma que el precedente judicial constituye fuente de derecho, por lo tanto, resulta vinculante en el ejercicio judicial, dentro de los motivos para ello, resalta la coherencia que implica la uniformidad en las decisiones en casos similares, porque de lo contrario se vulneran garantías como el derecho a la igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, lo cual limita la discrecionalidad del juez inferior sin que ello sea incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, puntualizó la Sala Penal en el fallo en comentario, que se han desarrollado ciertas circunstancias en las cuales el juzgador puede apartarse del precedente Judicial: 1. Existencia de diferencias entre los casos; 2. Cambio social posterior; 3. La decisión es contraria a principios del ordenamiento jurídico y 4. Variación normativa.⁷⁰

De lo desarrollado en este acápite, es dable colegir a pesar de que el precedente judicial ha sido establecido como herramienta para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica que pretende evitar la generación de decisiones arbitrarias por parte de los jueces, el mismo no puede significar la anulación del principio constitucional de autonomía judicial, igualmente relevante dentro del ordenamiento jurídico. Las circunstancias que permiten a los jueces apartarse del precedente dan cuenta de que el sistema jurídico es dinámico, sujeto a cambios fuertemente influenciados por las transformaciones sociales y las nuevas necesidades y exigencias de la comunidad, de manera que no es aceptable que criterios derivados del precedente judicial y doctrina probable sean inamovibles y sujeten el alcance de los derechos a interpretaciones arcaicas y descontextualizadas, que conlleven a situaciones de injusticia.

A manera de conclusión, el anterior análisis pretendió ilustrar en términos generales la evolución en el reconocimiento y consolidación de la vinculatoriedad de las decisiones judiciales materializadas en las figuras de la doctrina probable y el precedente judicial como entes esenciales para el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano, en el marco

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 34853. (1 de febrero de 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2012. p.1-35

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013). M.P. José Luis Barceló Camacho. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.

de la garantía de fines constitucionalmente relevantes como el derecho a la igualdad, seguridad jurídica y buena fe.

Es importante para el siguiente capítulo entender en forma plena que concepciones tradicionalistas que relegan al precedente judicial a un plano auxiliar han sido superadas en la actualidad jurídica, lo que ha permitido consolidar la obligación de toda autoridad judicial de acatarlo, porque su desconocimiento arbitrario provoca grietas en la garantía de valores constitucionales, por tanto, su inaplicación genera consecuencias jurídicas adversas al operador judicial, tema que se desarrollará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

PREVARICATO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL SEGÚN LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La primera parte de este estudio, nos permitió visibilizar el importante papel del precedente judicial dentro del ordenamiento jurídico como mecanismo para la garantía de los fines constitucionales del Estado de Derecho, como son la igualdad y la seguridad jurídica, derivada de una evolución de la concepción de sometimiento a la ley que no solo implica el sentido formal de la norma sino un concepto holístico del sistema jurídico. Así, su obligatoriedad no solo se configura como un límite a la autonomía judicial, sino que su labor trasciende al impedimento de situaciones arbitrarias o injustas por parte de la labor judicial.

Con base en ello, esta segunda parte pretende abarcar las consecuencias jurídicas que conlleva la inobservancia del precedente judicial por parte de los funcionarios judiciales, que se traduce en la estructuración del punible de prevaricato. Para ello haremos referencia en primer lugar, al fundamento constitucional de esta conducta típica, sus elementos de configuración y la inclusión del desconocimiento del precedente judicial como causal del mismo a partir del estudio de la sentencia C-335 de 2008, para luego, ahondar en el criterio asumido por la Corte Suprema de Justicia en la resolución de casos de prevaricato por desconocimiento del precedente judicial.

2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN

En este primer acápite nos proponemos dar claridad frente a la estructuración del prevaricato como conducta punible dentro del ordenamiento jurídico colombiano; centrándonos en su fundamento Constitucional que puntualmente se ubica en el contenido y alcance del principio de legalidad, su configuración constitucional y jurisprudencial, en la medida en que el punible de prevaricato se estructura precisamente por vulneración de este principio Constitucional.

El artículo 413 del código penal Ley 599 del 2000, tipifica la conducta del prevaricato. Así mismo, la sentencia C-335 de 2008 al analizar la constitucionalidad de dicho artículo establece que, para la adecuada comprensión del sentido y alcance del mismo, es necesario atender el principio de legalidad, que ha sido considerado como la base de todo Estado de Derecho. En términos generales este principio exige la sujeción de toda actividad estatal al sistema jurídico de característica general, igualitario y predecible. En este entendido, se considera el principio de legalidad tanto desde una óptica positiva, al orientar las decisiones

de las autoridades y una óptica negativa,⁷¹ al establecer límites a dicha actividad en aras de prevenir la arbitrariedad. Se ha establecido que su origen descansa en la soberanía popular, que expresa su voluntad a través del poder legislativo quien los representa para la formulación de las leyes, siendo ellas la expresión de la voluntad soberana del pueblo, en suma, el principio de legalidad se constituye en “principio democrático según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley.”⁷²

La Constitución Política colombiana de 1991, al expresar la voluntad del poder soberano estatuido como Estado Social de Derecho, si bien no ha establecido el principio de legalidad en forma específica, varios de sus artículos permiten deducir su inclusión en forma inequívoca. Así, en el preámbulo de la carta política se expresa que el aseguramiento de los derechos se manifiesta “dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político social y justo”⁷³, se refleja con ello que los fines del Estado se hallan cobijados por el sistema normativo.

Lo anterior, se complementa con la declaración del Estado Social de Derecho en el artículo primero, “lo que presupone la existencia y acatamiento del principio de legalidad como necesaria adecuación de la actividad estatal al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático.”⁷⁴ Así mismo, el artículo segundo menciona el aseguramiento de la vigencia de un orden justo como uno de los fines del Estado, que se erige en “una declaración en contra de la arbitrariedad y las decisiones judiciales o administrativas que desconozcan derechos y garantías fundamentales.”⁷⁵ Además, nuestra carta política en el artículo 4 se refiere a la supremacía de la constitución y en el artículo 5 a la primacía de los derechos inalienables de la persona.

En cuanto a la dimensión negativa del principio de legalidad, vale recordar el contenido del artículo 6, que precisa que la responsabilidad de los particulares por infringir la constitución y las leyes; en el caso de los servidores públicos, responderán por la misma causa y por la

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-335. (16 de abril de 2008). M.P. Humberto Sierra Porto. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2008. p. 1-59

⁷² LÓPEZ QUIROZ, Alexander. Principio de legalidad y prevaricato. [En línea]. En: dixi 24. octubre 2016. [citado el 23 de marzo de 2020]. p. 25-47. Disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1521>

⁷³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991. (4 de julio de 1991)

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C- 335 de 2008. Óp. Cit. p. 35

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala primera de Revisión. Sentencia T-890. (20 de noviembre de 2014). M.P. María Victoria Calle. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2014. p. 1- 36

omisión o extralimitación en sus funciones. Esta norma constitucional ofrece una importante perspectiva en el tema bajo estudio, porque “establece una vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto que determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a los funcionarios actuar si no es con fundamento en la Carta Política y en la ley.”⁷⁶

Lo anterior se complementa con disposiciones como el artículo 121, que prescribe que las autoridades estatales les está prohibido ejercer funciones distintas a las atribuidas por la constitución y la ley y en especial; el artículo 123, establece que los servidores públicos ejercerán sus funciones de conformidad con la constitución, la ley y el reglamento, de donde se extrae de manera clara el principio de legalidad que rige las relaciones sociales y las actuaciones de los servidores públicos, en forma más precisa, es menester mencionar el artículo 230 ya referenciado en el primer punto de este estudio, que se relaciona con la sujeción al imperio de la ley por parte de los operadores judiciales en sus decisiones judiciales.

Por otra parte, el principio de legalidad adquiere especial relevancia en el derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 constitucional, en especial frente a la legalidad de los delitos y de las penas, facultad punitiva del Estado, que se refleja en la obligación de establecer las conductas punibles y las sanciones pertinentes, prestar plena observancia del imperio de la ley como expresión de la soberanía del pueblo.

Por otra parte, el principio de legalidad no solo se refiere a la sujeción de las leyes y la Constitución entendida como norma suprema, sino que el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo que ha dado paso a la internacionalización del ordenamiento jurídico, en especial a partir del concepto del bloque de constitucionalidad del artículo 93 superior, que estipula la prevalencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, ha significado la ampliación de las obligaciones de los servidores públicos de velar por su correcta aplicación y observancia en el ejercicio de sus funciones.

En suma, lo anterior nos permite dilucidar la base fundamental del delito de prevaricato como una trasgresión al principio de legalidad que conlleva la actuación por fuera de los límites de la ley por parte de los funcionarios públicos, y en el caso particular, de los operadores judiciales, cuando en sus pronunciamientos se adoptan decisiones que no guardan relación con las normas aplicables al caso o al material probatorio. De manera que la tipificación de esta conducta como punible, conlleva la reivindicación y reafirmación por parte del Estado del principio de legalidad como axioma fundamental que debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas, con el fin de evitar la arbitrariedad y los actos de corrupción judicial.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C- 335 de 2008. Óp. Cit. 35

En este sentido, resulta pertinente para el siguiente punto ahondar en la estructuración de este delito, que nos permita tener un mayor entendimiento y claridad sobre sus elementos, los bienes jurídicamente protegidos y el alcance de su estructuración por parte de los operadores judiciales.

2.2. ESTRUCTURACIÓN DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO

El acápite anterior brindó un panorama general sobre el fundamento constitucional del delito de prevaricato entendido como un quebrantamiento al principio de legalidad e imperio de la ley, sin embargo, en este punto resulta pertinente para el desarrollo de nuestro objeto de estudio, profundizar sobre los elementos estructurales tanto objetivos como subjetivos, ello con el fin de visibilizar quiénes son las personas que pueden incurrir en este punible, qué conductas generan su consumación y bajo qué circunstancias subjetivas se estructura, lo que nos permitirá develar los criterios a tener en cuenta en el análisis de responsabilidad en su configuración.

El título XV de la ley 599 de 2000 Código Penal colombiano, estipula los delitos contra la administración pública, particularmente, en su artículo 413 define el punible de *prevaricato por acción* en los siguientes términos: “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”⁷⁷De la redacción del mismo puede extraerse tres aspectos principales: el primero, relacionado con la existencia de un sujeto activo que ostenta la calidad de servidor público; la segunda, la acción de proferir una resolución, dictamen o concepto y el tercero, que el mismo sea *manifiestamente contrario a la ley*.

De lo anterior es posible identificar los elementos estructurales del prevaricato por acción. El primero de ellos tiene que ver con el sujeto activo calificado, debiendo el autor ostentar la calidad de servidor público; los cuales a la luz del artículo 123 de la Constitución Política, “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.”⁷⁸Anteriormente se mencionó que, dentro del sistema jurídico, los servidores públicos son los primeros llamados a observar y respetar la ley, pues a través del ejercicio de sus funciones, se materializan los derechos y garantías de los ciudadanos. De manera que

⁷⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. En: Diario Oficial. 2000, no. 44.097

⁷⁸ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991. Art. 123

“una interpretación armónica de los artículos de la Constitución política mediante los cuales se consagra el principio de legalidad en Colombia, indica que todos los servidores públicos, incluidos por supuesto los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el ilícito de prevaricato por acción.”⁷⁹

En cuanto al sujeto pasivo del prevaricato, vale decir que, al tratarse de un delito en contra de la administración pública, el mismo recae sobre el Estado, sin embargo, se ha entendido que en ciertas circunstancias puede ser un delito pluriofensivo, caso en el cual se pueden vulnerar intereses de particulares⁸⁰. Lo anterior encuentra sustento en el hecho de que, a través del principio de legalidad, se busca proteger a la comunidad de los abusos y la arbitrariedad en que las autoridades públicas puedan incurrir en el ejercicio de sus funciones y con ello, la plena garantía de los derechos fundamentales que pudieren resultar afectados de dichas actuaciones ilícitas.

Además, se requiere que el servidor público en ejercicio de sus funciones emita una resolución, concepto o dictamen, los cuales constituyen el objeto material del tipo penal de prevaricato. En cuanto al alcance del término “*resolución*”, la Corte Suprema ha precisado que la misma no solo incluye las providencias judiciales sino también administrativas, “y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función.”⁸¹ Así mismo, en lo que tiene que ver con el contenido de las expresiones “*dictámenes o conceptos*”, la Corte Constitucional ha precisado que se trata de opiniones y juicios formados sobre un tema en específico en el marco de un proceso judicial, los cuales son tenidos en cuenta por quien toma la decisión⁸².

Ahora bien, es necesario que dichas resoluciones, dictámenes y conceptos deben ser manifiestamente contrarios a la ley, lo que significa que el contenido de los mismos no guarda concordancia con los supuestos fácticos y jurídicos de un caso en específico, en consecuencia, carecen de fundamento, pues se han realizado sin mediar reflexión o argumentación alguna. Es decir que ofrecen conclusiones opuestas a lo que se ha probado o a lo que el ordenamiento jurídico ha previsto para el asunto analizado, “de tal suerte que el

⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C - 335 de 2008. Óp. Cit. p. 1-37

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. sentencia del 15 de mayo de 1985. Citado por COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C -335 de 2008. Óp. Cit. p. 26

⁸¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto de 5 de abril de 1984. Citada por COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-335 de 2008. Óp. Cit. p. 26

⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C - 335 de 2008. Óp. Cit. p. 26

reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.”⁸³

Así, se entiende que la disparidad de la decisión judicial con la ley no es producto de la incapacidad o impericia del operador judicial, sino que ostensiblemente se produce la intención deliberada de apartarse del sendero legal. En efecto, frente a este aspecto, la Corte Suprema ha sido reiterativa “en considerar que el error, la ignorancia, la negligencia o la equivocación sin voluntad intencionada de querer ejecutar un acto de corrupción impiden la consumación del prevaricato,⁸⁴” de lo que podemos colegir, que este ilícito no admite la modalidad culposa sino únicamente dolosa por parte del servidor público en proferir una decisión arbitraria.

Pese a lo anterior, la Corte Suprema ha sido clara en afirmar que las diferencias en cuanto a los criterios interpretativos asumidos sobre asuntos o puntos del derecho en los cuales debido a su complejidad o ambigüedad admiten múltiples interpretaciones o son ambiguos, donde por lo tanto, las discrepancias resultan razonables, no dan lugar a la configuración de este ilícito, “pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.”⁸⁵

Por su parte, La característica de contrariedad a la ley implica que el funcionario judicial decide apartarse de lo estipulado en la norma jurídica aplicable al caso, y en cambio, opta por una interpretación caprichosa en detrimento del ordenamiento jurídico. “En otras palabras, esa característica de palmaria ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y puntual es posible verificar que lo decidido es opuesto a la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado.”⁸⁶ Cabe resaltar que dicha contrariedad con el mandato legal debe derivarse de la voluntad malintencionada del servidor público y la misma debe ser notoria.

⁸³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación N° 23.901. (23 de febrero de 2006). Citada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013) M.P. José Luis Barceló Camacho. p. 15

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 39538 (23 de octubre de 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2018.

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación N° 23.901. (23 de febrero de 2006). Citada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal. Radicado 39456. Óp. Cit. p.

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 47310. (23 de mayo de 2018). M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2018.

Finalmente, resulta importante mencionar que la Corte Constitucional ha precisado que el alcance de la expresión “contrario a la ley” debe ser entendida en un sentido sistemático, de manera que en ella se incluya además de las norma jurídica aplicable, al ordenamiento jurídico en general, mandatos constitucionales, la ley en sentido material, actos administrativos, normas que integran el bloque de constitucionalidad o el precedente jurisprudencial constitucional⁸⁷.

A partir de lo que hemos desarrollado es posible entrever que el delito de prevaricato no solo contempla elementos objetivos como el actuar contrario a la ley por parte de un servidor judicial, sino que su análisis exige tener en cuenta las motivaciones subjetivas del mismo, que más allá de una decisión ilegal producto de la impericia o ignorancia, se centre en develar la voluntad deliberada por parte del juez de apartarse de la ley y hacer prevalecer un criterio caprichoso o acomodaticio de las disposiciones normativas, procedimentales o probatorias.

Si bien frente a las decisiones de los operadores judiciales surge el principio de autonomía judicial, éste se encuentra limitado por el principio de legalidad que orienta la labor judicial, no solo frente a la aplicación de la ley en sentido formal, sino en sentido material como el precedente judicial, tema que se desarrolla a continuación, pues a partir de la consolidación del precedente judicial como fuente de derecho, su desconocimiento se constituye en una nueva causal que configura el punible de prevaricato.

2.3. EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL COMO NUEVA CAUSAL DEL PUNIBLE DE PREVARICATO

En el primer capítulo de este estudio analizamos lo concerniente al fundamento Constitucional que otorga vinculatoriedad al precedente judicial como mecanismo idóneo para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, valga decir, la igualdad ante la ley, la igualdad de trato, así como la satisfacción de principios como la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima. De manera que el desconocimiento del mismo implica un acto de arbitrariedad judicial que pone en riesgo valores de interés general, de ahí la importancia de su obligatoriedad pues “los asociados no puede quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares”⁸⁸.

⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-335 de 2008. Óp. Cit. 32

⁸⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. [En línea]. En: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. [citado el 12 de abril de 2020]. p. 127-154. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio->

En este sentido, al ser el precedente judicial parte del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico que exige su observancia por parte de los operadores judiciales, su desconocimiento acarrea consecuencias jurídicas como la configuración del delito de prevaricato. Es por ello que, en este acápite, es pertinente analizar la forma cómo la Corte Constitucional ha desplegado un mecanismo de disciplina jurisprudencial consistente en “una amenaza sancionatoria individual a los jueces que no obedezcan el precedente adicional”⁸⁹ a través de la sentencia C-335 de 2008 y la Corte Suprema de Justicia, las cuales han entendido el desconocimiento del precedente judicial como nueva causal para la configuración del delito de prevaricato.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 335 de 2008, precisó que la creación de un sistema de precedentes permite otorgar coherencia al sistema jurídico y la vigencia de los derechos fundamentales como la uniformidad de los fallos y la seguridad jurídica; bajo esta lógica resalta que la inobservancia del precedente judicial da paso a la estructuración del punible de prevaricato, únicamente cuando se trate de una sentencia de constitucionalidad o aquellas emanadas por las altas Cortes que conlleven una infracción a principios constitucionales, legales o actos administrativos de carácter general⁹⁰.

En efecto, la Corte Constitucional menciona en esta misma sentencia que los jueces incurrir en el punible de prevaricato al aplicar una norma que haya sido declarada inexecutable en el marco de un fallo de constitucionalidad, porque implica la violación directa de la Constitución Nacional. En este entendido, se menciona que a los operadores judiciales les está prohibido hacer interpretaciones diferentes a las realizadas en el fallo de inconstitucionalidad, puesto que el mismo es vinculante en su ratio decidendi y su decisum.

Por otra parte, la Corte menciona que un funcionario judicial puede incurrir en prevaricato por acción al apartarse del precedente de las altas Cortes, no propiamente por su desconocimiento en virtud de la vinculatoriedad de la misma, sino por el hecho de que se incurre en una inobservancia o infracción de preceptos derivados de la Constitución, la norma jurídica o actos administrativos de carácter general. En suma, la Corte ha considerado que el desconocimiento del precedente de una Alta Corte genera “una infracción directa de

[Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf](#)

⁸⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego. Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. [En línea]. En: Precedente 2015 Vol. 7 / julio-diciembre. [citado el 13 de mayo de 2020]. p- 9 -42. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2202/2833>

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-335 de 2008. Óp. Cit. p. 36

preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción”⁹¹.

Esta misma posición es reiterada en la sentencia C-634 de 2011, en la cual se menciona que la inobservancia arbitraria del precedente judicial implica un desconocimiento del principio de legalidad, pues el mismo permite fijar la regla jurídica aplicable a un caso en concreto, lo que genera la responsabilidad penal por el punible de prevaricato. De esta manera se entiende que “la Corte ha reconocido que tales decisiones arbitrarias, que desconocen injustificadamente el contenido y alcance de una regla jurídica, fijada con criterio de autoridad por una alta Corte, puede configurar el delito de prevaricato, puesto que en esos casos no solo se está ante la ausencia de disciplina jurisprudencial, sino también ante una decisión que se aparte radicalmente del orden jurídico.”⁹²

Sin embargo, en dicha oportunidad la Corte reitera que el precedente judicial no es un concepto absoluto, sino que en armonía del principio de autonomía judicial se ha establecido como válido que, en determinadas circunstancias, los operadores judiciales puedan apartarse del mismo sin que ello genere consecuencias penales, en alguna de las situaciones que ya fueron estudiadas en la primera parte de este estudio.

En todo caso, se exige por parte del funcionario judicial una carga argumentativa cualificada que cumpla con los siguientes requisitos: (i). Manifestar las razones por las cuales se decide apartar del precedente vigente sobre la materia estudiada; y (ii) Demostrar de manera satisfactoria que la nueva interpretación realizada satisface en mayor medida los derechos, principios y valores constitucionales. “En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura (...). Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales.”⁹³

Los anteriores razonamiento han sido acogidos por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, fallo del 10 de abril de 2013, en el cual se evoca la importancia del respeto del precedente judicial, en la garantía de la igualdad y seguridad jurídica, como mecanismo esencial para evitar la arbitrariedad por parte de los jueces “cuando sin razones que justifiquen su actuar desconozcan la doctrina probable al interpretar el ordenamiento

⁹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia. C-539. (6 de julio de 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2011. p.1-64

⁹²COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-634. (24 de agosto de 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2011. p. 1-46

⁹³ *Ibíd.* p 34

jurídico⁹⁴”. En este sentido, al decidir un caso contra un funcionario judicial, por prevaricato precisa que en la actualidad no es sostenible la idea de negación del valor normativo del precedente judicial, sino que insiste en “que las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces.”⁹⁵

Aunado a ello, este fallo menciona la sentencia C 836 de 2001 frente a la flexibilidad de acoger el precedente judicial teniéndose posibilidad de apartarse del mismo, siempre que exista una carga argumentativa que justifique claramente el cambio de precedente, conforme a la ponderación de principios. De lo que podemos concluir que, para la Sala de Casación penal, no se incurre en prevaricato por el desconocimiento del precedente judicial, en el caso de que el juez argumente la existencia de transformación social, cambios normativos o que dicho precedente era contrario a los valores y principios constitucionales.

En igual sentido, la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema reitera el deber de acatamiento de las providencias judiciales a través de la sentencia del 23 de octubre de 2014, en el cual precisa que para que se configure la conducta ilícita de prevaricato por desconocimiento del precedente judicial, no solo se requiere la falta de argumentación para apartarse del mismo, sino también, el ánimo corrupto que se deduce de la decisión tomada “todas las decisiones respecto de las cuales quepa discusión sobre su acierto o legalidad, las diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas de ánimo corrupto, no pueden ser objeto de reproche penal.”⁹⁶

En forma reciente, el citado órgano de cierre en materia penal a través del fallo con radicado No. 53765 del 3 de abril de 2019, consideró que el prevaricato por acción se configura cuando las decisiones adoptadas, contrarían los fallos de las altas Cortes, pues los mismos constituyen fuentes formales de derecho y establecen reglas jurídicas específicas de interpretación del ordenamiento jurídico, de ahí la importancia de su acatamiento por parte de los funcionarios judiciales. Empero, en observancia al principio de autonomía judicial, es posible apartarse del precedente judicial siempre que medie una argumentación clara y lógica. “En suma, es posible la comisión del delito de prevaricato por acción, no solo por adoptar decisiones manifiestamente contrarias a la ley, sino, además, por ignorar los

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013) M.P. José Luis Barceló Camacho. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013. p. 1-52

⁹⁵ *Ibíd.* p 23

⁹⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Penal. Sentencia Radicación No. 39538 (23 de octubre de 2013). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.

precedentes de las altas Cortes, y órganos de cierre de la jurisdicción.”⁹⁷ De manera que el desconocimiento del precedente judicial de las altas Cortes se traduce en una acción abiertamente contraria a la ley; nueva causal de estructuración del punible de prevaricato.

De igual forma, el fallo del 27 de marzo de 2019 de la Sala de Casación penal reitera que el precedente jurisprudencial no es una fuente auxiliar de aplicación subsidiaria u optativa, sino que su observancia es obligatoria para todas las autoridades judiciales, más aún cuando se trata de sentencias de constitucionalidad cuyos efectos son erga omnes. En esta oportunidad la Sala reitera que se incurre en prevaricato cuando los funcionarios judiciales se apartan del precedente judicial y doctrina probable y no ofrecen motivación suficiente para ello⁹⁸.

La exposición preliminar nos permite visibilizar con suficiente claridad el papel determinante del precedente judicial como criterio de obligatorio acatamiento que encuentra su fundamento en fines constitucionales y establece reglas jurídicas específicas de interpretación del ordenamiento jurídico. Así mismo, podemos concluir que el reproche de esta infracción se basa en que la violación del precedente judicial deviene en la inobservancia de preceptos constitucionales esenciales. Sin embargo, atendiendo el deber de armonización del precedente judicial con el principio de autonomía judicial, se entiende que la objeción judicial frente al precedente vigente puede ser válida en tanto se otorgue suficiente argumentación sobre las razones para adoptar una postura diferente que satisfaga en igual o mejor medida los principios y valores constitucionales.

Este mismo criterio ha sido adoptado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de sus decisiones reivindica el valor del acatamiento del precedente judicial como criterio necesario para la consecución de fines esenciales, a través del estudio de la responsabilidad penal por el punible de prevaricato, derivado de decisiones judiciales en que se desconoció el precedente judicial, el cual desarrollaremos con detenimiento en el siguiente acápite.

⁹⁷COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 53 7658 (3 de abril de 2019). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019. 1-70

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Radicación No. 52804. (27 de marzo de 2019). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019.

2.4. EL CRITERIO ASUMIDO POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A CASOS DE PREVARICATO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

De lo expuesto anteriormente, es posible identificar la imperativa relación del punible de prevaricato con el principio de legalidad que se conjuga con los valores constitucionales de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, igualmente esenciales en el fundamento de la vinculatoriedad del precedente judicial. La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, como máximo Tribunal en dicha área, ha desarrollado en sus decisiones ciertos criterios en cuanto a la configuración del prevaricato por una nueva causal, como es el desconocimiento de precedente judicial, emanado por órganos superiores, como presupuesto de garantía del principio de legalidad, reivindicándose su obligatoriedad frente a los operadores judiciales.

Tras una amplia revisión de más de 20 pronunciamientos sobre la materia, nos centramos en siete fallos emanados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las cuales comparten similar problema jurídico relacionado con la resolución de recursos de apelación contra fallos proferidos por los Tribunales de Distrito los cuales condenaron a funcionarios judiciales por prevaricato, debido a que en sus decisiones de tutela, hábeas corpus o procesos laborales, asumieron posturas contrarias al precedente judicial de las altas Cortes o en su defecto, por Tribunales de Distrito.

El criterio de selección de las providencias parte de aquellas proferidas con posterioridad al año de 2008, en que la Corte Constitucional a través de la sentencia C-335 estableció que el desconocimiento del precedente judicial es causal del punible de prevaricato. Además, las seleccionadas fueron aquellas en que consideramos hubo mejor desarrollo metodológico, claridad, profundidad y por ende mayor aporte frente al tema que desarrollamos.

En primer lugar, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia con radicación No. 30571 del 09 de febrero de 2009, resolvió la apelación interpuesta por el ex Juez Rinaldo Cabrales, en contra del fallo que lo encontró responsable del delito de prevaricato por acción. Como antecedentes fácticos de este fallo se tiene que el 23 de agosto de 1996, ocho ex trabajadores de Foncolpuertos promovieron acción de tutela con el fin de pedir amparo al derecho fundamental a la igualdad y, en consecuencia, se ordenara el reajuste de sus pensiones de jubilación. El Juzgado 9° Penal Municipal de Cartagena cuyo titular era el Dr. Cabrales, mediante fallo del 4 de septiembre de 1996 accedió a las pretensiones formuladas a través del citado mecanismo de amparo. En forma posterior, la sentencia fue revocada por la Corte Constitucional el 10 de noviembre de 1997 en sede de revisión, con fundamento en que en el trámite de tutela no se acreditó el cumplimiento de los

presupuestos excepcionales para la procedencia de la acción sumarial, conforme a los requisitos jurisprudenciales que constituyen precedente judicial.

Debido al mencionado fallo de tutela se inició proceso penal en contra del juez Cabrales, por el que la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena el 31 de julio de 2008, lo condenó por prevaricato por acción. En esta oportunidad, el tribunal señaló que la tutela no puede ser utilizada para sustituir los medios de defensa ordinarios, además señaló que es clara la contrariedad existente entre lo decidido por el procesado en la tutela cuestionada y lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, sobre la característica de subsidiaridad de la tutela, que exige la no existencia de otros medios de defensa judicial, salvo que se invoque para evitar un perjuicio irremediable, situación que no ocurrió en el este caso, por lo tanto, la acción constitucional resultaba improcedente.

Agrega que el acusado incurrió en prevaricato porque el fallo de tutela fue ostensiblemente contrario a la ley por tres razones fundamentales: (i) Concedió el amparo a sabiendas de la improcedencia del mismo; (ii). Desconoció el carácter subsidiario de la acción sumarial frente a la carencia de otro medio de defensa judicial, lo que implicó que la tutela se haya utilizado para sustituir el medio de defensa ordinario; y (iii) El hecho de que tanto la norma (artículo 86 de la Constitución Política y Decreto 2591 de 1991) como el precedente judicial (T-022 y T-135 de 1995), han señalado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento de acreencias laborales y prestacionales.

Frente a la decisión del Tribunal de Cartagena, la defensa del Dr. Cabrales interpuso recurso de apelación en el que argumentó que el accionar del juez no fue doloso y que su decisión se fundamentó en el precedente dominante para la época, menciona la sentencia T-418 de 1996, la cual establece que el Estado debe asegurar condiciones dignas en las relaciones laborales, argumento que motivó para considerar que el derecho a la igualdad es de rango constitucional y que se materializa en la adecuada remuneración y pago oportuno de prestaciones, de conformidad con la decisión en comento, que a su juicio se tornaba en precedente jurisprudencial aplicable, que respaldaba su decisión.

En esta oportunidad la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema hace hincapié en el papel preponderante del precedente judicial tanto vertical como horizontal en la aplicación de la ley, que implica el carácter obligatorio de los fallos de las Cortes para la garantía de principios a la igualdad, seguridad jurídica y control de la actividad judicial. De manera que “debe ser tenido en cuenta en el futuro para la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consistencia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y controla la actividad judicial ya que el precedente

impone un mínimo de racionalidad, cuando se trata de resolver asuntos similares”⁹⁹. En el caso en concreto la Sala encuentra que, para la fecha de los hechos existía un fuerte precedente de la Corte Constitucional que señalaba la improcedencia de la tutela para el reconocimiento de derechos prestacionales.

De igual manera, señala que la sentencia invocada por el Juez para fundamentar su decisión no era aplicable al caso, pues su contenido fáctico y jurídico era disímil al de la tutela que se estudiaba y contrario a lo que el apelante aduce, el precedente jurisprudencial constitucional había sostenido la improcedencia de la acción de tutela en estos casos salvo de que se trate de evitar un perjuicio irremediable o que se amenace el mínimo vital del actor¹⁰⁰.

En cuanto al análisis del aspecto subjetivo del delito de prevaricato, la Sala de Casación recuerda que su configuración se da por la acción de anteponer la voluntad o capricho por parte del funcionario judicial con el fin de eludir el contenido de la norma jurídica “generando con ello un evidente distanciamiento entre el derecho aplicable y el usado en el caso concreto, lesionando el bien jurídico de la administración pública, traducido en el sometimiento del Estado al imperio de la ley en sus relaciones con los particulares”¹⁰¹.

En el mismo sentido, analiza la Sala que la configuración del dolo requiere la coexistencia del conocimiento de la ilegalidad de su decisión y la conciencia de la vulneración del bien jurídico protegido “debe coexistir el conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y la conciencia de que con ella se vulneraba injustamente el bien jurídico de la recta definición del conflicto puesto en conocimiento del servidor público, quien podía y debía pronunciarse con sujeción a la ley y a la justicia, sin que sea de su naturaleza la demostración de una especial finalidad, la que si bien puede ser relevante en la determinación de la culpabilidad, su falta de acreditación no conduce a declarar la irresponsabilidad del procesado”¹⁰².

En efecto, el fallo de tutela proferido por el Juez Cabrales desconoce tanto la ley, como el precedente judicial, entre otros, el fallo T-135 de 1995, en tanto inobservó el carácter subsidiario de la acción de tutela, sin demostrar la existencia de alguna de las excepciones para su procedencia, como la presencia de un perjuicio irremediable o la afectación al mínimo vital, porque los actores percibían una pensión que garantizaba su supervivencia, lo que conllevó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema a confirmar el fallo

⁹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 30571. (9 de febrero de 2009). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2009.

¹⁰⁰ *Ibíd.* p 10

¹⁰¹ *Ibíd.* p 10

¹⁰² *Ibíd.* p 10

condenatorio por el delito de prevaricato por acción que en primera instancia emitió el Tribunal de Cartagena.

De este pronunciamiento podemos concluir que en esta primera oportunidad la Sala de Casación Penal refleja en gran medida los criterios de la obligatoriedad del precedente derivado principalmente de la sentencia C-836 de 2001. En primer lugar, dicho órgano de cierre realiza un estudio claro, entorno a la fuerza de ley del precedente judicial, como elemento necesario para la garantía de la seguridad jurídica y consistencia de las decisiones. De otro lado, nos permite identificar la importancia de llevar a cabo un análisis del elemento subjetivo del prevaricato, pues más allá de determinar la existencia de un desconocimiento del precedente judicial vigente, la Sala hace especial hincapié en que el acusado decidió en forma temeraria apartarse del precedente frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, sin que ofreciese argumento razonable y suficiente para predicar su viabilidad.

Encontramos además que, en esta oportunidad, la Sala de Casación Penal ofrece un gran avance en torno a la consolidación de la importancia del acatamiento del precedente como aspecto fundamental en el adecuado ejercicio judicial, criterios que servirán de base para posteriores pronunciamientos. Este razonamiento se reitera en la sentencia que se analiza en forma subsiguiente, que precisamente confirma un fallo condenatorio por prevaricato, por desconocimiento del precedente judicial vertical, no solo de la Sala de Casación Laboral, sino del Consejo de Estado e incluso del Tribunal superior de Montería, quien sobre el mismo punto con antelación ya se había pronunciado.

La Sala de Casación penal en el fallo con radicado 39456 del 10 de abril de 2013, resolvió el recurso de apelación invocado por el Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel, en contra el fallo del Tribunal Superior de Montería que lo encontró responsable del delito de prevaricato por acción. Esta providencia se sustenta en los hechos derivados de la demanda ejecutiva laboral presentada por el ciudadano Jorge Delgado, el 24 de noviembre de 2003 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ayapel en la que se exigía el pago de la sanción moratoria por la no cancelación de cesantías por parte del Municipio de Ayapel; Una vez el Juez libró mandamiento de pago, el Tribunal Superior de Montería revocó la decisión y ordenó archivar el proceso, teniendo en cuenta que los documentos aportados por el actor no constituían un título ejecutivo.

A la postre, El 9 de agosto de 2007 el actor Jorge Delgado demanda una vez más a través del mismo procedimiento ejecutivo, en esta oportunidad anexó una certificación en donde constaba que el municipio no había consignado sus cesantías; el juez Castillo aun cuando se había percatado de que las pretensiones estaban prescritas, libró nuevamente mandamiento de pago el 29 de agosto de 2007.

En virtud de lo anterior se adelantó investigación en contra del Dr. Castillo por prevaricato por acción y una vez tramitado el proceso, el Tribunal Superior de Montería mediante fallo del 4 de junio de 2012, lo condenó a tres años de prisión, debido a que en primer lugar, las prestaciones estaban prescritas, y en segundo lugar el juez desconoció el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral (Radicado No.1367), que exigía que debía otorgarse la oportunidad al demandado de demostrar que su actuación no fue de mala fe y además, el precedente judicial del Consejo de Estado (sentencia del 25 de noviembre de 2010, sección segunda, subsección A) que establecía que la liquidación de cesantías se tramitan a través de un proceso ordinario no ejecutivo.

La defensa interpuso recurso de apelación con el argumento de que la conducta del juez fue atípica, en la medida que el precedente judicial citado por el Tribunal no tiene fuerza de ley, no es vinculante, de manera que no se exige probar la mala fe del demandante, sino que bastaba con la demostración objetiva de la mora. Agrega que, según el Consejo de Estado, sí era posible acudir al proceso ejecutivo, porque no había discusión acerca del contenido del derecho. Reitera que el precedente judicial no tiene el carácter de ley y por ende su desconocimiento no deviene en prevaricato.

El análisis de la Sala de Casación Penal se centra en determinar si el desconocimiento del precedente judicial conlleva a la configuración del delito de prevaricato. Reitera el criterio de esa Sala frente al precedente judicial, que constituye fuente de derecho, siendo vinculante en el ejercicio judicial, aduce que “son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo”¹⁰³.

La Sala de Casación Penal rememora el amplio desarrollo de la Corte Constitucional en materia de precedente judicial, resalta el principio de coherencia que implica la uniformidad en las decisiones en casos similares, porque de lo contrario se vulnerarían las garantías como la igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, mismas que limitan la discrecionalidad del juez, sin que ello sea incompatible con la autonomía e independencia judicial, pues el precedente judicial se considera como “fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.”¹⁰⁴ La Sala aduce que el carácter normativo del precedente judicial ha sido reiterado en varias sentencias de las altas Cortes, de manera que, a pesar de la tradición jurídica legalista del país, actualmente no es posible sostener que el precedente

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013). M.P. José Luis Barceló Camacho. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013. 1-51

¹⁰⁴ *Ibíd.* p 15

judicial “es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo.”¹⁰⁵

Aunado a ello, Deja en claro que el precedente judicial no es un concepto rígido, separado que impone criterios inamovibles, por el contrario, hace alusión a que la Corte Constitucional ha aclarado que se trata de un sistema que debe adecuarse a las nuevas realidades sociales. En tal sentido, “en determinados casos, es factible desacatar las decisiones de las altas Cortes, siempre y cuando se ponderen de manera precisa ciertos y específicos condicionamientos que no obedecen simplemente al capricho del funcionario judicial o a la mera disparidad de criterios o al obedecimiento ciego e irracional del principio de imparcialidad y autonomía judicial”¹⁰⁶. Dichas circunstancias incluyen: (i). Existencia de diferencias entre los casos; (ii). Cambio social posterior; (iii). La decisión es contraria a principios del ordenamiento jurídico; y (iv) Variación normativa.

En conclusión, la Sala encuentra que el Juez Castillo sí incurrió en el punible de prevaricato al apartarse injustificadamente del precedente judicial vigente puesto que, su decisión no argumenta las diferencias en el sustento fáctico, la existencia de transformación social, la incompatibilidad con normas o principios, o que hubo un cambio legal o constitucional. Por tal razón, en el análisis del caso la Sala de Casación Penal encontró acreditado el prevaricato, toda vez que la ilegalidad no se derivó de un error o confusión sino de la voluntad ostensible no solo de contrariar la ley y apartarse del precedente judicial, en este sentido concluye la Corte que este caso no se trata de una confusión sobre el alcance de la ley y del precedente judicial por parte del funcionario judicial, “sino ante uno decidido a desconocer el tenor literal de la norma y el precedente judicial, como finalmente lo hizo, pues en su obstinada actitud, no obstante que en un caso idéntico su superior jerárquico lo ilustró sobre el trámite que debía adoptar, se mantuvo inamovible en su terca e injustificada postura, evidentemente alejada del precedente”¹⁰⁷.

A partir de lo que hemos visto encontramos que, en esta sentencia se reivindica la fuerza normativa del precedente judicial frente a una realidad social donde persisten concepciones tradicionalistas sobre el alcance del mismo. En forma coherente con el primer pronunciamiento analizado, se concluyó la presencia del prevaricato, dado que existían reglas aplicables al caso, como las emanadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así mismo, del Tribunal Superior de Montería su superior jerárquico

¹⁰⁵ *Ibíd.* p. 23

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 19

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 29

(órgano de unificación jurisprudencial dentro de su jurisdicción) quien ya había decidido sobre el mismo punto, lo que permite evidenciar el desconocimiento del precedente vertical.

Aunado a ello, es importante mencionar que, pese a la obligatoriedad del precedente, la Sala destaca que el mismo no se convierte en camisa de fuerza que desdibuja el principio de autonomía judicial, sino que reitera la posibilidad de apartarse del precedente siempre que se otorguen fundamentos suficientemente razonados para ello. Este criterio será central en el fallo que examinaremos a continuación, porque a pesar de que la acusada en su momento argumentó estar amparada por la autonomía judicial y la libertad en la apreciación probatoria, su postura resultaba totalmente alejada de los hechos y de la realidad jurídica, lo que impidió concluir que su alejamiento del precedente estuviera justificado.

Más adelante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, nuevamente se pronuncia frente al prevaricato por desconocimiento del precedente judicial a través de la sentencia del 5 de octubre de 2016, mediante radicado No. 46020. Los antecedentes fácticos base de esta decisión se refieren al fallo de tutela emitido por la Dra. Castillo Mercado, Juez Promiscuo Municipal de Arboletes (Antioquia), en donde amparó los derechos fundamentales de un grupo de trabajadores de la desaparecida Telecom y ordenó reconocer y pagar salarios y prestaciones dejados de cancelar por despidos sin justa causa, debido a que los accionantes gozaban del fuero sindical. Esta decisión fue apelada por la entidad accionada y el Juzgado Civil del Circuito de Turbo la revocó argumentando que en el proceso se probó que antes del despido a los accionantes se les levantó dicho fuero sindical y que ya se les había cancelado las respectivas indemnizaciones.

El 18 de marzo de 2015 el Tribunal de Antioquia, condenó a la Juez Castillo al considerar que el fallo de tutela constituía prevaricato por acción, argumentó que esa decisión emitida por esa funcionaria judicial vulneró la Constitución, la ley y el precedente judicial al desconocer los principios de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela. La defensa de la Dra. Castillo interpuso apelación y argumentó que el fallo tutela emitido por su defendida, materializa el principio de autonomía judicial, además que es el resultado de un estudio razonado sobre las pruebas allegadas, que, en vista de la complejidad del tema y la disparidad de criterios jurisprudenciales de la época, no se estructura el prevaricato que se le endilgó a su defendida.

La Sala de Casación Penal al resolver el recurso de apelación, da cuenta de que parte de la censura del fallo de tutela es el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales que en forma amplia han estudiado los conceptos de perjuicio irremediable e inmediatez, como el carácter subsidiario de la acción sumarial; además de que la motivación de la decisión adoptada no fue conforme a derecho ni al precedente judicial, siendo evidente la

improcedencia de la acción residual. “La innegable contrariedad no solo tiene que ver con la ley en su acepción general, sino que también incluye el precedente judicial y el material probatorio del que disponía el juez para sustentar su decisión”.¹⁰⁸

Agrega, que la Corte Constitucional, en sus decisiones, ha sido enfática al señalar la importancia del requisito de inmediatez y la obligación de juez de valorar las justificaciones de los accionantes para la demora en invocar la protección constitucional, circunstancia que la juez no observó en su fallo. Por otra parte, frente a la subsidiariedad, el precedente constitucional ha reiterado en numerosas oportunidades que la tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar pretensiones de índole laboral, ni constituye un medio que desplaza a otros mecanismos jurisdiccionales, salvo cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable. En el fallo de tutela censurado, no existió sustento correcto, que justificara la procedencia de la misma¹⁰⁹.

De manera que, según el precedente vigente, se trata de un tema claro que no admitía interpretaciones diversas y en efecto, el fallo censurado, la Sala determinó en este caso : “que la juez conocía que ante la existencia de mecanismos ordinarios para la protección de algún derecho, era improcedente resolver la controversia en sede de tutela”¹¹⁰, pese a ello, la funcionaria judicial en forma evidente desconoció la ley y el precedente judicial que regulaba la materia y que estaban vigentes en la fecha de ocurrencia de los hechos.

La Sala concluyó que el fallo de tutela proferido por la Juez Castillo Mercado, contiene apreciaciones contrarias a la ley y al precedente judicial, y a pesar de que en su fundamentación jurídica se refirió a múltiples sentencias de la Corte Constitucional, hizo interpretaciones alejadas del verdadero sentido de las mismas. Bajo esa tesitura, la intención de desconocer el precedente judicial “se revela con la transcripción que la juez hizo de múltiples sentencias de tutela de la Corte Constitucional; no obstante, varios párrafos, después consignó frases y órdenes alejadas de ellas, o simplemente, guardó silencio ante la claridad de los fallos que quiso desconocer.”¹¹¹ Razón que llevó a la Sala de Casación penal a confirmar el fallo emitido por el Tribunal de Antioquia mediante el cual declaró a la Dra. Castillo penalmente responsable del delito de prevaricato por acción por los hechos que motivaron este estudio.

¹⁰⁸ COLOMBIA. SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 46020. (5 de octubre de 2016). M.P. Patricia Salazar Cuellar. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2016. p. 1-29.

¹⁰⁹ *Ibíd.* p. 25

¹¹⁰ *Ibíd.* p. 19

¹¹¹ *Ibíd.* p. 24

Con este pronunciamiento, podemos identificar que la Sala Penal de la Corte Suprema ha ido marcando una sólida línea de decisión sobre el desconocimiento del precedente judicial como causal para la configuración del delito de prevaricato. En forma coherente con los anteriores pronunciamientos, la Sala se refiere al precedente judicial constitucional que ha establecido que, pese a la existencia del principio de autonomía judicial, la juez condenada tenía el deber de fundamentar en forma suficiente su postura en especial, el acaecimiento de alguno de las hipótesis que permiten apartarse de dicho precedente. Este mismo planteamiento fue central en la siguiente sentencia que pasaremos a estudiar, la cual precisa que no hace parte de la autonomía judicial, aquellas interpretaciones caprichosas y acomodaticias, totalmente contrarias al ordenamiento jurídico.

En forma ulterior, la Sentencia del 25 de enero de 2017, radicado No.47586, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por Arnedys José Payares Pérez, Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué (Bolívar), frente al fallo del Tribunal de Cartagena, que lo condenó por prevaricato por acción, por haber emitido dos fallos de tutela, el 6 de octubre y 11 de diciembre de 2006 ordenando a Cajanal, el reconocimiento y pago de la pensión de gracia a favor de los accionantes, quienes eran docentes del orden nacional. El representante legal de Cajanal instauró denuncia penal en contra del funcionario judicial al considerar que los fallos son contrarios a la Constitución, la ley y el precedente judicial.

El Tribunal de Cartagena Mediante fallo del 7 de octubre de 2015, condenó al funcionario judicial por prevaricato por acción, en razón de que el juez no tenía competencia territorial para conocer la tutela, pues los accionantes no residían en su jurisdicción; sumado a que tampoco cumplían con los requisitos para reclamar prestaciones sociales a través de la acción sumarial, toda vez que no se demostró ni la amenaza ni la ocurrencia de un perjuicio irremediable, adicional a ello, el precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, es claro al establecer que el reconocimiento de la pensión gracia no era aplicable para docentes de orden nacional.

El defensor del Juez payares en su escrito de apelación alega que la actuación de su defendido al emitir los fallos cuestionados fue conforme a derecho, puesto que realizó un estudio de fondo y una interpretación del conjunto normativo que regulaba la pensión de gracia, lo que condujo a concluir, que el derecho a esta pensión también aplicaba para docentes del orden nacional, criterio que aplica el Congreso de la República en la exposición de motivos de la ley 113 de 1914; por ende concluye que no puede afirmarse que se trató de fallos caprichosos, equivocados o contrarios a la ley.

La Sala de Casación Penal en su estudio concluyó que, los accionantes no tenían domicilio en el municipio de Magangué y que sus actividades de docencia no fueron prestadas en dicha

jurisdicción, por lo que el juez carecía de competencia para conocer de dichas acciones. Además, el precedente jurisprudencial en forma reiterada ha hecho hincapié, en el carácter subsidiario de la acción de tutela, resaltando que no es el mecanismo idóneo para resolver controversias relacionadas con derechos pensionales, excepcionalmente, en casos en los que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, situación que no se probó debidamente en el proceso, desconocido con ello dicho parámetro constitucional¹¹².

De manera que la Sala de Casación Penal, reitera que es deber de todos los funcionarios judiciales, atender no solo las normas que regulan lo concerniente a la procedencia de la acción de tutela, sino al precedente judicial que también es de obligatorio cumplimiento, de manera que la labor judicial se halla sometida a las reglas del mismo, “resultándoles obligatorio no solo conocer las normas que reglamentan la acción de amparo, sino también el amplísimo precedente jurisprudencial que desde la creación del mecanismo especial, ha sido proferido por la Corte Constitucional.”¹¹³

En relación con la procedencia de la pensión de gracia, la Sala señaló que sentencias constitucionales y normativas han sido claros en definir que esa prestación exige que el docente no haya recibido otra pensión o recompensa de orden nacional, situación que no fue verificada en los fallos de tutela, desconociendo con ello el precedente sobre el tema. Concluyó que la interpretación realizada en los fallos resulta contraria a la ley y el precedente judicial de las altas Cortes.

De lo analizado anteriormente, podemos inferir que la Sala de Casación Penal realiza un análisis minucioso sobre el desarrollo jurisprudencial de tres materias: la competencia territorial, el carácter subsidiario de la acción de tutela y la procedencia de la pensión de gracia, aspectos que fueron desconocidos por parte del acusado. Consideramos de gran relevancia el análisis realizado frente al elemento subjetivo del prevaricato, donde esa Sala hace hincapié en que el juez tenía pleno conocimiento sobre el precedente de vieja data que regulaba dichas materias, porque las mismas fueron citadas por el acusado en su decisión, solo que les otorgó un contenido y un alcance acomodaticio, optando por un criterio caprichoso que implicó que la decisión adoptada resultara contraria al ordenamiento jurídico, consolidando con ello, la vinculatoriedad del precedente judicial, razones suficientes para confirmar la condena por Prevaricato por acción en contra del juez Payares.

¹¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 47586. (25 de enero de 2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2017. p. 1-53.

¹¹³ *Ibíd.* p. 32

Respecto a la obligatoriedad del precedente, vale recordar que el mismo no solo se refiere al emanado por las altas Cortes, sino que sus reglas aplican también para el producido por los Tribunales, tal como se verá en el caso que examinamos a continuación.

En la sentencia del 1 de agosto de 2018, radicado No. 48908, la Sala de Casación penal estudia la apelación interpuesta por el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, Francisco Mena, frente a la sentencia que lo condenó por prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo. Los hechos constitutivos del ilícito tienen lugar en el marco del diligenciamiento de procesos ejecutivos laborales en contra del Departamento y de la Asamblea Departamental del Chocó; donde el Sr Juez, Mena decretó y materializó las medidas cautelares sobre los recursos públicos del Departamento, siendo la Asamblea la titular de la deuda. Cabe mencionar que, con anterioridad, el Tribunal de Chocó mediante proveído estableció que, en virtud de la autonomía administrativa de la Asamblea, sus bienes debían ser perseguidos y no los del Departamento.

Por lo anterior se inicia proceso penal en contra de este funcionario Judicial, que finaliza con el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó del 14 de julio de 2016, esa corporación señaló que se configuró el punible por prevaricato no solo por la inobservancia de la norma aplicable, sino por el desconocimiento de la decisión del Tribunal que puntualizó que las medidas cautelares debían decretarse en contra de la Asamblea Departamental, quien a pesar de no ostentar personería jurídica gozaba de autonomía presupuestal y no del Departamento.

El Sr. Juez Mena interpone recurso de apelación a través de su defensor, en donde cuestiona el fallo condenatorio; alega que la postura del Tribunal Superior de Quibdó, no es fuente de derecho aplicable, porque no configura precedente judicial en vista de que dicha corporación no es un órgano de cierre, en consecuencia, su inobservancia no configura el delito de prevaricato; afirma que existe una disparidad de criterios jurídicos con el Tribunal de Quibdó y que su decisión se basó en fuerte soporte jurídico, en virtud del principio de autonomía judicial.

Dentro de las consideraciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema hace alusión a que efectivamente la Asamblea Departamental era la deudora y la Vinculación al Departamento se presentó porque la primera no ostentaba personería jurídica, situación conocida por el condenado y aun así ordenó los embargos en contra del Departamento. Esta postura ya había sido acogida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó en auto del 24 de julio de 2006.

Específicamente, señala la Corte Suprema de Justicia que los Tribunales al fungir como cúspide judicial dentro de cada distrito, asumen la tarea de unificación jurisprudencial dentro de su jurisdicción, así lo ha establecido la Corte Constitucional en pronunciamientos como T-688 de 2003 y T- 571 de 2001, por lo tanto, les son aplicables las reglas del precedente judicial pues se busca con ello garantizar un mínimo de seguridad jurídica y, en consecuencia, los operadores judiciales inferiores tienen el deber de acatarlo. De manera que frente al argumento de que el precedente del tribunal no era vinculante, la Sala de Casación Penal puntualiza: “para responder el reclamo de los impugnantes que con vehemencia critican que no eran las providencias del Tribunal Superior de Quibdó «precedentes» a tener en cuenta por el encausado, baste con recordar que «los Tribunales son la cúspide judicial dentro de sus respectivos distritos judiciales. Por lo mismo, dentro de dicho ámbito territorial, cumplen la función de unificación jurisprudencial».”¹¹⁴

De manera que las decisiones adoptadas por el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, Francisco Mena, no solo resultaron contrarias a la ley, sino al precedente judicial imperante en el Tribunal, lo que conllevó a que prevaleciera, su capricho sobre el ordenamiento jurídico aplicable, por ello, la Sala de Casación Penal confirmó la Sentencia condenatoria por prevaricato en su contra.

De lo analizado anteriormente, podemos resaltar la pertinencia de la argumentación en torno al fundamento del carácter vinculante del precedente judicial, en donde se enfatiza que no solamente la ley guía la actividad judicial, sino también la forma como ella se aplica a través del precedente judicial. Se refleja un criterio claro frente a la configuración del prevaricato por el desconocimiento del precedente judicial emanado no solo de las altas Cortes, sino de los Tribunales de Distrito, porque este operador judicial Juez primero laboral del Circuito, se apartó del precedente judicial fijado por el Tribunal del Quibdó quien era su superior jerárquico.

Vale mencionar que tal como fue objeto de estudio en la primera parte de este trabajo, las reglas de precedente judicial son aplicables a los Tribunales de Distrito dentro de su jurisdicción, pues ellos también tienen la función de unificación jurisprudencial y de fijación de criterios de interpretación cuando al punto no lo han hecho las Cortes de Cierre, con el fin de salvaguardar principios como el de coherencia y seguridad jurídica, de manera que el punible de prevaricato puede configurarse por el desconocimiento del precedente emanado por los Tribunal de Distrito.

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicación 48908. (1 de agosto de 2018). M.P: Eyder Patiño Cabrera. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2018. p. 1-46

Adicional a ello, la Sala consecuente con el precedente constitucional reitera que la actividad interpretativa de los jueces de instancia, se encuentra limitada por el precedente del superior, por lo que resuelve el caso concreto confirmando la condena en contra del Sr. Francisco Mena, por desconocimiento del precedente judicial. En la sentencia que analizaremos a continuación, este razonamiento es central, pues se reitera que a pesar de que los jueces aleguen a su favor la discrecionalidad judicial, la misma no puede devenir en argumentos arbitrarios e irrespetuosos de los parámetros normativos y del precedente jurisprudencial que regulan la materia.

Otro caso en el que se reitera la idea de la obligatoriedad del precedente como límite a la autonomía judicial, es el fallo de fecha 27 de marzo de 2019 radicado No. 52804, la Sala de Casación Penal resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo del 21 de marzo de 2018 proferido por el Tribunal de Cartagena mediante el cual condenó al Juez Promiscuo Municipal de Córdoba, Libardo De Ávila Chamorro, por el delito de prevaricato agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Lo anterior por cuanto, el 11 de diciembre de 2013, el señor Juez, profirió dos decisiones de hábeas corpus, concediendo la libertad de Oscar Almanza y Tatiana Vides, privados de la libertad en Santa Marta (Magdalena), presuntos responsables de concierto para delinquir agravado por conformación de grupos armados ilegales “*Los Urabeños*”, homicidio en persona protegida, entre otros; así como la libertad de Manuel Antonio Salas Troya, detenido en La Picota de Bogotá, en virtud de la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica por narcotráfico. El Sr Juez, estimó para los dos primeros, probada la prolongación ilícita de la privación de la libertad porque se encontraban vencidos los términos para dar inicio a la audiencia de juicio oral y frente a Manuel Salas, aseguró que el proceso cursó irregularmente, por falta de atención del Juez de control de garantías, además de que este detenido estaba sometido a una privación de la libertad indefinida.

Producto de dicha decisión, se da inicio al proceso penal en contra del Sr. Juez De Ávila por la comisión del delito de prevaricato por acción agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, emitiéndose sentencia condenatoria el 21 de marzo de 2018 por el Tribunal de Cartagena, el cual precisó que las decisiones de habeas corpus fueron manifiestamente contrarias a la ley, en la medida en que este operador judicial no era competente para conocer de dichas acciones constitucionales porque atendiendo el alcance fijado por la Corte Constitucional en Sentencia C-187 de 2006 y el artículo 3° numeral 1° de la Ley 1095 de 2006, la competencia territorial para resolver estas acciones radica, en los jueces del lugar en donde los procesados se encuentren privados de la libertad, y los accionantes estaban detenidos en las ciudades de Santa Marta y Bogotá, el Tribunal consideró que sentencias

como la traída a colación eran de «obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y particulares», tras citar precedentes alusivos a los efectos “erga omnes” y vinculantes del precedente constitucional.

Agregó además que el señor Juez desconoció la “naturaleza subsidiaria” de la acción de habeas corpus, en razón de que se deben agotar los recursos ordinarios dentro de los procesos que están en curso, se debió pedir la libertad frente a los dos primeros accionantes, por vencimiento de términos ante el Juez ordinario quien era el competente dentro de su proceso para resolver las peticiones de libertad y no el Juez de habeas corpus, además el Sr Juez investigado, desconoció el principio de Cosa Juzgada en razón de que seis días antes de emitir la decisión cuestionada, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla negó idéntica solicitud de habeas corpus, presentada por los mismos accionantes por improcedente.

Este fallo de primer instancia fue impugnado, argumentando que la decisión proferida por el Sr. Juez De Ávila es el resultado de un criterio debidamente fundamentado, precisó que las simples diferencias de interpretación respecto a un punto del derecho no pueden dar lugar a la configuración del punible de prevaricato, afirmó que, si bien es cierto, existe sustento legal y de precedente jurisprudencial sobre la competencia territorial, el artículo 30 de la Constitución Política consagra que el habeas corpus puede invocarse ante cualquier juez.

Ante la clara falta de competencia territorial del funcionario condenado, vale destacar que existe un precedente judicial de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-187 de 2006, la cual exige frente al elemento territorial, que las solicitudes de libertad deben remitirse a la autoridad judicial del lugar donde el procesado se encuentre privado de la libertad, quien es el competente para resolverlas.

Dicho precedente judicial, es un parámetro de interpretación oponible a todas las autoridades, de carácter vinculante, de manera que la Sala concluyó que: “contrario a los alegatos del abogado defensor, no constituye un criterio auxiliar sino un parámetro obligatorio de interpretación, oponible a todas las autoridades. Se recuerda que el precedente jurisprudencial constitucional tiene carácter vinculante y cuenta con efectos erga omnes.”¹¹⁵ En el caso en concreto, el funcionario investigado asumió el conocimiento de las acciones de hábeas corpus de los procesados que se encontraban privadas de la libertad fuera de su jurisdicción y sin precisar motivación o razón alguna, se apartó del precedente constitucional que debió atender como lo exige la sentencia C-187 de 2006.

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 52804. (27 de marzo de 2019) M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019. p. 1-54

Concluyó la Sala de Casación Penal que el obrar del señor Juez constituye un acción caprichosa y arbitraria porque sin ofrecer una argumentación suficiente, decide desconocer las normas y el precedente judicial “que regulaban la materia, para arrogarse el conocimiento de dos asuntos que no le correspondía tramitar ni resolver.”¹¹⁶ Además, analizó que la falta absoluta de motivación frente a ese presupuesto procesal, descarta que el enjuiciado haya actuado en ejercicio de su discrecionalidad judicial, omitió explicar las razones por las cuales consideró apropiado apartarse del criterio fijado en la mencionada Sentencia C-187 de 2006 por lo cual, la Sala de Casación Penal confirma la sentencia condenatoria de fecha 21 de marzo de 2018 en contra del Sr. Juez Libardo de Ávila Chamorro.

De la exposición anterior, podemos resaltar la tendencia general de la Sala Penal de la Corte suprema al analizar en casos de prevaricato dos elementos principales: el primero, relacionado con el acaecimiento del desconocimiento del precedente judicial y el segundo con la carencia de argumentación para apartarse del precedente judicial. En este caso, la Sala Penal trae en mención varios pronunciamientos de la Corte Constitucional que fijaban el alcance de la acción de habeas corpus tanto en su competencia territorial como en los requisitos de procedencia, mismos que fueron desatendidos por el Sr Juez De Ávila.

Lo anterior nos permite visibilizar el criterio de la Sala de Casación Penal, al considerar que el desconocimiento del precedente judicial sin que se aduzcan razones pertinentes para ello, configura el punible de prevaricato, criterio reiterado en la siguiente sentencia analizada, en donde se demuestra la responsabilidad penal del funcionario judicial por apartamiento del precedente jurisprudencial en materia de procedibilidad de la acción de tutela frente al reconocimiento de prestaciones laborales; aunque es de importancia resaltar que en este caso particular y frente a la inmediatez para iniciar la acción sumarial, el Sr Juez atiende la posición de su superior jerárquico Tribunal Ad –hoc, de Montería y sin embargo la Sala Penal de Casación, descarta ese precedente y lo califica de posición “inter-partes”.

Finalmente, importante traer el fallo del 3 de abril de 2019, radicado No 53765 en esta ocasión, la Sala de Casación Penal estudia el recurso de apelación interpuesto por la defensa del juez Álvaro Chica, frente al fallo del 10 de agosto de 2018 del Tribunal de Montería, quien lo condenó por los punibles de peculado por apropiación y prevaricato por acción.

Los hechos que motivaron la condena del Sr. Juez Chica se fundamentan en el fallo de tutela del 12 de Noviembre 2009 emanado por el despacho a su cargo, Juzgado Primero promiscuo Municipal de Lorica, en el que tuteló a favor de 41 ex trabajadores de la extinta Telecom los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana e igualdad y en consecuencia, ordenó su inclusión dentro del Plan de Pensión Anticipada (PPA), liquidación de pensión y

¹¹⁶ Ibíd. p. 19

cancelación de las mesadas desde la fecha de desvinculación de los trabajadores, en consecuencia el pago de \$542.251.213.61 a favor de los accionantes; resaltando que la acción de tutela fue interpuesta seis años después de la ocurrencia de los hechos que presuntamente vulneraban los derechos fundamentales de los demandantes. El fallo fue confirmado por el Juzgado Penal del Circuito de Loricá. Mediante sentencia SU 377 del 12 de junio de 2014 la Corte Constitucional por vía de Revisión, ordenó suspender lo dispuesto por las dos instancias; declaró la improcedencia de esta acción sumarial entre otras razones jurídicas por incumplimiento del requisito de inmediatez.

Por estos hechos, se adelantó investigación penal en contra del Juez Chica por prevaricato por acción en concurso heterogéneo con peculado por apropiación a favor de terceros. Mediante sentencia del 10 de agosto de 2018 del Tribunal de Montería, fue declarado responsable penalmente, imponiéndole 112 meses de prisión. El Tribunal argumentó que la tutela fue concedida sin demostrarse el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiarios del Plan de Pensión Anticipada por parte de los ex trabajadores, aun cuando la defensa de Telecom, informó del incumplimiento de los accionantes frente a este requisito. Además, se evidenció la inobservancia del presupuesto de inmediatez para poder iniciar la acción sumarial, como requisito de procedencia, desconociendo precedentes jurisprudenciales que obligaban a justificar las razones de la mora para la procedencia de estas acciones sumariales y mencionó además que la tutela no es escenario propicio para el reconocimiento de pensiones.

Frente al fallo condenatorio de primera instancia, el Sr. Juez Chica por medio de su defensor, apeló aduciendo que las actuaciones no fueron ilegales sino fruto de una interpretación razonada de principios legales y constitucionales, de manera que la decisión de otorgar el beneficio de acceso al Plan de Pensiones Anticipadas fue fundada en el artículo 53 Constitucional de favorabilidad laboral y frente al principio de inmediatez, aduce que el Tribunal no tuvo en cuenta que en el caso existió un hecho nuevo, como fue la próxima extinción del patrimonio autónomo de Telecom, lo que imposibilitaba el acceso de los accionantes a procesos ordinarios, luego el fallo cuestionado pretendió dar protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los accionantes.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema no acogió los argumentos esgrimidos por el apelante, a su juicio, se estructuró el desconocimiento del principio de inmediatez que orienta las acciones de tutela y fundamenta su posición en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, frente a que todo juzgador debe valorar individualmente las

condiciones o razones por las cuales los accionantes interpusieron la acción sumarial después de varios años, aspecto incumplido por el juez Chica.¹¹⁷

La Sala considera que la actuación del Juez se encuadra dentro del punible de prevaricato, pues los estándares del precedente judicial aplicable al caso “eran claros, diáfanos y no ofrecían duda alguna; de manera caprichosa se apartó de su contenido y alcance, dándole una interpretación acomodada a las circunstancias que se le presentaban en la demanda.”¹¹⁸

Lo anterior se refleja en el hecho de que se reitera la acción sumarial fue interpuesta seis años después de la ocurrencia de los hechos que presuntamente vulneraron los derechos fundamentales reclamados. Si bien, no existe un término de inmediatez específico, es imperioso que el juez constitucional verifique las circunstancias que rodeaba el hecho de la mora de los demandantes, la sentencia SU-961 de 1999 determinó al respecto que la razonabilidad del plazo para la interposición de la tutela es una finalidad de esta acción, así que debe ponderarse las circunstancias con el propósito de no afectar derechos de terceros.

Pese a que los argumentos del juez tanto en su fallo de tutela como en el recurso de apelación se fundamentan en la justificación que trae la sentencia T-331 de 2007, frente a que la mora en la interposición de la tutela se justifica por el acaecimiento de un hecho nuevo, que según el señor juez investigado fue el advenimiento de la extinción del patrimonio autónomo de Telecom, además de la existencia de varios fallos de juzgados que precisaron que el negar el derecho a la pensión constituía una decisión judicial arbitraria e ilegal. Sin embargo, la Sala reitera que estos razonamientos provienen de una interpretación acomodada por parte del juez, porque el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al concepto de “hecho nuevo” define que es aquél completamente novedoso y sorpresivo, que influyó en forma drástica en las circunstancias del hecho y que efectivamente justifique la mora, condición que considera la Corte no se satisfizo en el caso en estudio ya que la desaparición de Telecom no era un hecho nuevo, porque el mismo ya era conocido por los accionantes.

En esta oportunidad, la Sala concluye que la sentencia de tutela proferida por el Juez Chica, fue resultado de una interpretación y aplicación acomodada de los criterios del precedente judicial, que conllevaron a llegar a conclusiones opuestas al verdadero sentido de las mismas, pues “contrastado el precedente constitucional citado por el acusado con los argumentos de la demanda de tutela, acogidos por el juez, es claro que no guardan ninguna relación ni

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 53 765. (3 de abril de 2019). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019. p. 1-70

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 38

correspondencia y por el contrario, lo que aprecia la Sala es que el acusado, caprichosamente, llenó de contenido los conceptos a los que aludió la Corte Constitucional.”¹¹⁹

De manera que fue posible determinar claramente la configuración del punible de prevaricato, pues la sentencia de tutela se opone abiertamente a los fallos de la Corte Constitucional, la cual ha creado reglas jurídicas específicas sobre el contenido y alcance de la interpretación del ordenamiento jurídico, que están dotadas de fuerza vinculante. En este sentido, el Juez Chica a pesar de que en su decisión hizo referencia a los precedentes judiciales aplicables, les otorgó un alcance equivocado, lo que deviene en la ilegalidad del fallo de tutela. “En suma, al apartarse groseramente de los precedentes jurisprudenciales, citados por el mismo acusado en su decisión, para darles un alcance acomodado a los hechos que se le presentaban y, dar por acreditado el cumplimiento del requisito de inmediatez de la acción de tutela promovida dentro del radicado 2009-00084, encuentra la Sala que la sentencia de tutela de 12 de noviembre de 2009 proferida por Álvaro Alfonso Chica Yáñez sin duda fue manifiestamente contraria a la ley.”¹²⁰

Así las cosas, afirma la Corte Suprema se logra constatar que a pesar de que el Sr. Juez contaba con evidencias suficientes que denotaban el incumplimiento del requisito de inmediatez, aunado a la falta de los requisitos para acceder al Plan de Pensión Anticipada, como que la tutela no era el escenario propicio para el reconocimiento de pensiones, optó por una aplicación injustificada y amañada del precedente para favorecer los intereses de los accionantes. Razón por la que la Sala de Casación Penal, confirma el fallo del Tribunal de Montería que condenó al Juez Chica por el concurso heterogéneo entre los punibles de peculado por apropiación y prevaricato por acción.

A partir de lo expuesto, podemos resaltar que si bien en este caso, la Corte sigue una línea uniforme y toma varios elementos de juicio para confirmar el fallo condenatorio como el precedente judicial sobre la subsidiaridad de la acción sumarial, no siendo escenario para el reconocimiento de pensiones, prestaciones laborales ni sociales; consideramos que frente al requisito de la inmediatez de la acción de tutela el superior jerárquico de esa época, Tribunal ad-hoc de Montería, había considerado el acaecimiento del hecho nuevo consistente en la liquidación sobreviniente del patrimonio autónomo de Telecom, situación que conllevó a acceder a las pretensiones de los tutelantes, dicha decisión constituía un precedente judicial aplicable al caso, el cual fue acogido por el juez Chica. La Sala de Casación Penal, frente a este punto analiza que el mismo no puede considerarse “hecho novedoso” para descartar la vulneración al principio de inmediatez, porque el pronunciamiento del Tribunal de Montería

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 33

¹²⁰ *Ibíd.* p. 42

tiene efectos “inter partes”, hace parte del ejercicio interpretativo del operador judicial que no es vinculante.

Frente a ello, es necesario que recordemos que en pronunciamientos anteriores la Sala afirmó categóricamente que con base en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, los Tribunales de Distrito, actúan como órganos de unificación jurisprudencial y sus pronunciamientos también se les aplica las mismas reglas del precedente judicial (recuérdese Rad 48908 en el que al Juez primero Laboral del Circuito de Quibdó con suficiente argumentación se apartó del criterio del Tribunal de Quibdó y entre otras razones, por no atender el precedente judicial de su superior jerárquico fue condenado por prevaricato). De manera que es dable concluir que el acusado en este caso, al tener como referencia dicho pronunciamiento del Tribunal de su Distrito, estaba acatando un precedente sobre la materia.

Si bien esta situación no fue el único motivo que llevó a la Sala de Casación a concluir que la actuación del Juez Chica fue prevaricadora, es importante reflexionar sobre el alcance que la Sala otorga a las argumentaciones del acusado, en vista de que, respecto al tema de la inmediatez de la tutela, el juez condenado acogió el criterio asumido por el precedente judicial de su superior jerárquico, el Tribunal Ad –hoc, de manera que esta circunstancia no debió ser cuestionada por la Sala de Casación Penal. Sin embargo, si es cuestionable por parte del funcionario judicial la inobservancia del requisito de subsidiariedad al reconocer prestaciones laborales y pensionales sin haber realizado un análisis sobre la existencia de un perjuicio irremediable o una vulneración al mínimo vital.

CONCLUSIONES

A través del desarrollo de los objetivos formulados en este trabajo de investigación, pretendimos presentar una perspectiva general sobre el criterio asumido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación al precedente judicial y la configuración del punible de prevaricato por su desconocimiento. A partir del análisis de temas como la fuerza vinculante de las decisiones a través de la doctrina probable y precedente judicial, así como el fundamento y estructuración del prevaricato, es posible, identificar las conclusiones que exponemos a continuación:

1. Pese a que el desarrollo histórico del sistema normativo colombiano ha sido permeado por una fuerte influencia de los sistemas formalistas que concibieron a la ley como el pilar fundamental del derecho que somete la labor judicial, del estudio realizado fue posible evidenciar que las decisiones judiciales desde sus inicios han reclamado un lugar de mayor importancia en el sistema de fuentes, circunstancia que fue reforzada en la nueva era constitucional, en especial a partir del activismo de la Corte Constitucional. Así, el desarrollo de los conceptos de doctrina probable y precedente judicial permitió que se constituyeran en vías por las cuales las decisiones judiciales adquieren un matiz de obligatoriedad al constituir un medio para el cumplimiento de fines constitucionales.

Por una parte, fue posible entrever que la doctrina probable al constituirse a partir de una serie de decisiones uniformes sobre un punto del derecho, crea reglas de interpretación de normas vigentes, impone su obligatoriedad respecto de los operadores judiciales, reivindicando la función de la Corte Suprema de Justicia como órgano encargado de develar el alcance del derecho en la garantía de derechos fundamentales a través de la unificación jurisprudencial, función que encarna el cumplimiento de valores constitucionalmente relevantes tales como: (i) el derecho de igualdad ante la ley e igualdad de trato dirigida hacia la eliminación de privilegios legales, pues exige de los operadores judiciales otorgar una misma consecuencia jurídica ante situaciones similares; (ii) Los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que permite hacer frente a las situaciones de inseguridad e inestabilidad jurídica que impide tener certeza sobre el contenido de los derechos; (iii) Unificación jurisprudencial como atribución constitucional de la Corte Suprema de Justicia; y (iv) La necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad social del país respondiendo con ello a las necesidades y reclamos sociales coyunturales.

2. Los anteriores fines de igualdad de trato y seguridad jurídica se ven concretados en igual medida a través de la figura del precedente judicial, el cual a diferencia de la doctrina probable que establece reglas generales de interpretación, éste se entiende como aquellas decisiones que contemplan una regla de decisión determinante en un caso en concreto,

manifestado a través de la ratio decidendi y el decisum que fundamentan el fallo, el cual debe ser aplicado obligatoriamente por las autoridades judiciales frente a casos que contemplen sustento fáctico y problema jurídico semejantes. En todo caso, los operadores judiciales se encuentran subsumidos no solo al precedente fijado por sí mismos en decisiones anteriores (auto-precedente), como por el precedente horizontal, sino también por las decisiones judiciales emanadas por autoridades de superior jerarquía en virtud de la función de unificación jurisprudencial (precedente vertical) y en este sentido, al ser los Tribunales Superiores de Distrito, órganos de unificación dentro de su respectiva jurisdicción, les son aplicables de igual manera las reglas de precedente y doctrina probable.

No obstante, el precedente judicial no pretende ser un concepto absoluto que relegue el principio de autonomía judicial a un plano retórico, sino que en aras de la armonización entre estos dos supuestos, se tiene que el concepto de precedente judicial no es inamovible, porque no se dirige a establecer criterios inmóviles sino que su contenido está condicionado por los cambios sociales y normativos propios del devenir jurídico, con el fin de adaptarse a las nuevas exigencias y necesidades sociales, es por ello, que se han desarrollado circunstancias en las cuales es dable apartarse del precedente judicial, siempre que el operador judicial cuente con un fuerte sustento argumentativo que asegure que el cambio de criterios favorece en mejor medida los fines constitucionales.

3.- La inclusión del precedente judicial como parte del sistema de fuentes adquiere mayor relevancia cuando hablamos del principio de legalidad como expresión de la voluntad soberana del pueblo que exige la adecuación de la actividad judicial al derecho, preceptos constitucionales y principios democráticos. De manera que la trasgresión de este principio acarrea como consecuencia la configuración del punible de prevaricato, con el fin de reivindicar la legalidad como axioma fundamental que permite hacer frente a la arbitrariedad y los actos de corrupción judicial. En este sentido, la conducta de prevaricato va más allá de una actuación ilegal, conlleva la voluntad deliberada del funcionario judicial de ejecutar un acto arbitrario y acomodaticio.

Es así como la evolución en el contenido de legalidad, ha conllevado a superar concepciones tradicionalistas que ubican las decisiones judiciales en un plano orientativo no obligatorio por parte de los jueces, de manera que, al ser parte del orden jurídico, el desconocimiento del precedente Judicial emanado de las altas Cortes conlleva a la estructuración del prevaricato, pues se incurre en inobservancia de preceptos constitucionales y la norma misma. Sin embargo, en el marco de la armonización con el principio de autonomía judicial se permite al Juez apartarse, siempre que se justifique razonadamente las razones de ello y que la nueva decisión garantice valores y principios constitucionales.

4.- Al analizar el criterio desarrollado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2009 hasta 2019, fue posible identificar una línea de decisión uniforme en relación al papel que cumple el precedente judicial dentro del ordenamiento jurídico y la consecuencia derivada de su desconocimiento que da paso a la configuración del delito de prevaricato, el cual se concreta en tres supuestos fundamentales. El primero de ellos se relaciona con la reafirmación del precedente judicial como fuente vinculante, pues todas las sentencias analizadas son congruentes al afirmar que la realidad jurídica actual ha permitido superar concepciones legalistas rígidas que consideran a las decisiones judiciales como criterio auxiliar, por el contrario, dada la sujeción de las mismas a principios de coherencia, seguridad jurídica e igualdad, el precedente judicial se equipara a la ley como fuente del derecho que limita la actividad judicial y debe ser tenido en cuenta en lo subsiguiente en la resolución de casos semejantes.

El segundo supuesto, tiene que ver con el análisis riguroso del elemento subjetivo del prevaricato, la totalidad de los fallos estudiados hicieron hincapié en que para la configuración de este ilícito es indispensable el actuar deliberado y doloso del funcionario judicial. En los casos que fueron analizados, aspectos como la amplia experiencia y conocimiento en las materias por parte de los operadores judiciales, fueron cruciales para determinar que más allá de la impericia o imprudencia del mismo, existió la voluntad de anteponer un criterio arbitrario o corrupto. Como tercer supuesto, podemos mencionar que las providencias examinadas son coherentes al considerar que, pese a la obligatoriedad del precedente judicial, es necesario que el mismo responda y se adecue a las nuevas realidades sociales, de manera que existen casos en los que es posible separarse de él, siempre que se aduzcan fundamentos suficientemente razonados. Por ello, la Sala encontró necesario analizar en cada caso si los funcionarios judiciales habían argumentado en forma adecuada su posición, circunstancia que, a juicio de la Corte, en la totalidad de los casos estudiados no sucedió.

5.- La Corte Suprema de Justicia concluye que las reglas del precedente judicial les son aplicables en igual medida a las decisiones emanadas por los Tribunales, al considerar que también cumplen con la función de unificación jurisprudencial dentro de su Distrito, siempre que, sobre esos asuntos de derecho, no existan pronunciamientos de las Cortes de Cierre. De manera que, la Sala de Casación Penal encontró configurado el delito de prevaricato por desconocimiento del precedente judicial adoptado por Tribunales de Distrito, lo que nos permite entrever que esta Corte de cierre, ha desarrollado un criterio bastante sólido que otorga un papel preponderante a las decisiones judiciales, lo que permite concluir que la teoría de la vinculatoriedad del precedente judicial y doctrina probable ha logrado a través del tiempo consolidarse dentro de la realidad jurídica colombiana, ampliando su alcance, porque no solo se refiere al precedente emanado por los órganos situados en la cúspide de

los sistemas judiciales sino también a los Tribunales de Distrito Judicial como entes que garantizan en igual medida los derechos fundamentales, la seguridad jurídica, coherencia del sistema y la materialización de la igualdad material.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ARÉVALO GUERRERO, Ismael Hernando. Jurisprudencia de la interpretación al precedente. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018. 528p.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 417p.
- . El precedente en Colombia. [En línea]. En: Revista Derecho del Estado, núm. 21, diciembre, 2008. [citado el 4 de abril de 2020]. p. 81-84. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630230004>
- DEIK ACOSTA MADIEDO, Carolina. El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado. Tesis de Doctorado en Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 572 p.
- GARCÍA ESPINOSA, José Luis. El precedente jurisprudencial y su aplicabilidad en materia penal. Tesis de la Maestría en Derecho Penal. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2016. 173p.
- LÓPEZ, MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis Editores S.A. segunda edición, 2006. 306p.
- . Eslabones del Derecho, el deber de coherencia con el precedente judicial. Bogotá: Editorial Legis editores S.A. 227p.
- . Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. [En línea]. En: Precedente 2015 Vol. 7 / julio-diciembre. [citado el 13 de mayo de 2020]. P. 9 -42. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2202/2833>
- LÓPEZ QUIROZ, Alexander. Principio de legalidad y prevaricato. [En línea]. En: dixi 24. octubre 2016. [citado el 23 de marzo de 2020]. p. 25-47. Disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1521>
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El precedente judicial y sus reglas. Bogotá: Ediciones doctrina y ley, 2016. 207 p.
- SANTOFIMIO GAMBOA. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. [En línea]. En: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. [citado el 12 de abril de 2020]. p. 127-154. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La->

[fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf](#)

TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia [en línea]. En: Precedente. Revista Jurídica. 2007. [citado el 6 de julio de 2020]. P. 86-99. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>

LEYES

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. (4 de julio de 1991). p. 1- 108

----- . Ley 105. (24 de noviembre de 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. En: Diario Oficial. 1890. No. 8.296. p 1-61

----- . Ley 153. (15 de agosto de 1887). Por la cual se adiciona y se reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. En: Diario Oficial. 1887. No. 7151. 28. p. 1-6

----- . Ley 169. (31 de diciembre de 1986). Sobre reformas judiciales. En: Diario Oficial. 1986. No. 0235. P. 1-11

----- . Ley 270. (15 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En: Diario Oficial. 1996. No. 42.745. p. 1-71

----- . Ley 599. (25 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. En: Diario Oficial. 2000. No. 44.097. p. 1-317

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2067. (4 de septiembre de 1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. En: Diario Oficial. 1991. No. 40.012. p. 1-9

SENTENCIAS

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-783 de 2010. (30 de septiembre de 2010). M.P. Humberto Sierra Porto. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2010, p. 1-22

----- . Sala plena. Sentencia C- 083. (1 de marzo de 1995). M.P. Carlos Gaviria Díaz. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1995. p. 1-24

----- . Sala Plena. Sentencia C- 113. (25 de marzo de 1993). M.P. Jorge Arango Mejía. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. p. 1-17

- , Sala Plena. Sentencia C- 131 de 1993. (1 de abril de 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. p. 1-22
- , Sala Plena. Sentencia C-037. (5 de febrero de 1996) M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1996. p. 1-566
- , Sala Plena. Sentencia C-104. (11 de marzo de 1993). M.P. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. p. 1- 17
- , Sala Plena. Sentencia C-228. (3 de abril de 2002). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2002. p. 1-55
- , Sala Plena. Sentencia C-284. (13 de mayo de 2015). M.P. Jorge Iván Palacio. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2015. p. 1- 69
- , Sala Plena. Sentencia C-335. (16 de abril de 2008). M.P. Humberto Sierra Porto. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2008. p. 1-59
- , Sala plena. Sentencia C-400. (10 de agosto de 1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1998. p. 1- 139
- , Sala Plena. Sentencia C-621. (30 de septiembre de 2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2015. p. 1-57
- , Sala Plena. Sentencia C-634. (24 de agosto de 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2011. p. 1- 46
- , Sala Plena. Sentencia SU - 047. (29 de enero de 1999). M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 1999. p. 1 - 215
- , Sala Plena. Sentencia SU - 354. (25 de mayo de 2017). M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2017. p. 1 - 67
- , Sala Plena. Sentencia. C-539. (6 de julio de 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2011. p. 1 – 64
- , Sala primera de Revisión. Sentencia T-890. (20 de noviembre de 2014). M.P. María Victoria Calle. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2014. p. 1 – 36
- , Sala séptima de revisión. Sentencia T-698. (22 de julio de 2004). M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2004. p. 1-30

- , Sala séptima de revisión. Sentencia T-688. (8 de agosto de 2003). M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2003. p. 1- 26
- , Sala Sexta de revisión. Sentencia T- 414. (1 de julio de 2014. M.P. Andrés Mutis Venegas. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2014. p. 1 - 29
- , Sala tercera de revisión. Sentencia T- 571. (27 de julio de 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional. 2007. p. 1-27
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Radicado No. 52804. (27 de marzo de 2019). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019. p. 1-54
- , Sala de Casación Penal. Radicado No. 53 7658. (3 de abril de 2019). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019. 1-70
- , Sala De Casación Penal. Radicado No. 39456. (10 de abril de 2013). M.P. José Luis Barceló Camacho. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013. p. 1-52
- , Sala de Casación Penal. Radicado No. 30571. (9 de febrero de 2009). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2009.
- , Sala de Casación Penal. Radicación No. 39538 (23 de octubre de 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2018.
- , Sala de Casación Penal, Radicado No. 38285. (11 de julio de 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2012. p. 1-36
- , Sala de Casación Penal. Radicación No. 47310. (23 de mayo de 2018). M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2018.
- , Sala de Casación Penal. Radicado No. 47586. (25 de enero de 2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2017. p. 1-53.
- , Sala de Casación Penal. Radicado No. 34853. (1 de febrero de 2012). M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2012. p.1-35

- , Sala de Casación Penal. Radicado No.47732. (23 de noviembre de 2016). M.P. Eyder Patiño Cabrera. En: Relatoría de la Corte Suprema de Justicia, Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2016. p. 1-112 p. 87.
- , Sala de Casación Penal. Radicado No. 23.901. (23 de febrero de 2006). Citada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013) M.P. José Luis Barceló Camacho. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.
- , Sala de Casación Penal. Radicado N° 23.901. (23 de febrero de 2006). Citada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013) M.P. José Luis Barceló Camacho. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.
- , Sala de Casación Penal. Radicado No. 39538 (23 de octubre de 2013). M.P. Eugenio Fernández Carlier. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.
- , Sala Penal. Auto de 5 de abril de 1984. Citada por COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C-335. (16 de abril de 2008) M.P. Humberto Sierra Porto.
- , Sala de Casación Penal. Radicación 48908. (1 de agosto de 2018). M.P: Eyder Patiño Cabrera. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2018. p. 1-46
- , Sala de Casación Penal. (15 de mayo de 1985). Citado por COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C -335. (16 de abril de 2008) M.P. Humberto Sierra Porto.
- , Sala Penal. Sentencia de septiembre 26 de 1916, tomo XXV, p. 461. Citado por COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-836. (9 de agosto de 1991). M.P. Rodrigo Escobar Gil
- , Sala de Casación Penal. Radicado No. 46020. (5 de octubre de 2016). M.P. Patricia Salazar Cuellar. En Relatoría de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2016. p. 1-29.