

La prevaricación por desconocimiento del precedente judicial en Colombia

Paola Rengifo Caicedo

Universidad Santo Tomás

Maestría en Derecho Penal

Director

Juan Francisco Mendoza Perdomo

2022

La prevaricación por desconocimiento del precedente judicial en Colombia

Paola Rengifo Caicedo

Tesis Magistral

Director

Juan Francisco Mendoza Perdomo

Universidad Santo Tomás

Bogotá - Colombia

2022

Contenido

Contenido	3
Introducción	4
Capítulo 1. Del Delito de Prevaricato por Acción.....	9
1.1. Estructura de la conducta punible de prevaricato por acción en Colombia.....	9
1.2. Constitucionalidad del delito de prevaricato por acción	13
1.2.1. Constitucionalidad del delito de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente judicial.....	15
1.3. Tratamiento de la Prevaricación Judicial en el Derecho Comparado.....	18
1.3.1. La prevaricación judicial en Argentina	20
1.3.2. La prevaricación judicial en España.....	22
1.3.3. La prevaricación judicial en los Estados Unidos de América.....	25
1.3.4. La prevaricación judicial en Puerto Rico	28
Capítulo 2. La Doctrina Probable y el Precedente Judicial en Colombia	31
2.1. De la doctrina probable	31
2.1.1. La constitucionalidad de la doctrina probable	34
2.2. Del precedente judicial.....	40
2.2.1. Fuerza vinculante de los fallos emitidos en control de constitucionalidad de las leyes. 43	
2.2.2. Fuerza vinculante de los fallos emitidos en la revisión de tutelas.....	48
2.2.3. Fuerza vinculante de las decisiones emitidas por altos tribunales.....	52
Capítulo 3. La Independencia Judicial	60
3.1. Evolución del principio de independencia judicial	60
3.2. Instrumentos internacionales sobre la independencia judicial	70
3.3. La independencia judicial en Colombia	74
4. La independencia judicial en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia	85
Conclusiones	115
Bibliografía	129

Introducción

El artículo 230 superior prevé que los funcionarios judiciales al adoptar sus decisiones se encuentran sujetos únicamente a la legalidad, asimismo, señala que la jurisprudencia es uno de los criterios auxiliares a utilizar en tal actividad (Constitución Política de Colombia, 1991). El precepto en cita se encuentra inescindiblemente ligado al principio de independencia judicial, ya que establece la sujeción de los operadores jurídicos únicamente a la *ley* como fuente primaria de derecho, garantizando su autonomía en la emisión de providencias.

En los países pertenecientes al sistema jurídico del *civil law*, entre ellos Colombia, la fórmula del sometimiento a la legalidad persigue el reconocimiento de aquella como fuente principal del derecho y, la garantía de que los jueces no sean objeto de injerencias indebidas a la hora de adoptar decisiones por parte de otros miembros de la judicatura, integrantes de las demás ramas del poder público o de otros sectores de la sociedad (partes procesales, gremios, medios de comunicación, entre otros).

Sin embargo, son numerosos los pronunciamientos del tribunal constitucional que han matizado el contenido del referido artículo 230 (Constitución Política de Colombia, 1991), en lo atinente a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial; esta postura de la Corte incide directamente en la labor del juez, pues este último, además de aplicar la ley en sus decisiones, debe atender el precedente sentado por los altos tribunales (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), so pena, de incurrir en el delito de prevaricato por acción, cuyo tipo penal dispone: “*Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de...*” (Código Penal colombiano Ley 599, 2000). Lo anterior,

debe precisarse, en los casos determinados en la sentencia C-335 de 2008 (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

La norma en cita indica expresamente que la determinación adoptada por el servidor público debe ser manifiestamente contraria a la *ley*; empero, de acuerdo con los criterios establecidos por la Corte en la referida sentencia, así como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el vocablo *ley* abarca tanto la norma jurídica aplicable (constitucional y legal) como el precedente sentado por las altas corporaciones judiciales.

Así las cosas, subyace de esta situación la necesidad de determinar si *¿la conducta delictiva de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente jurisprudencial afecta el principio de independencia judicial?*

Primeramente, la respuesta sería negativa, por cuanto las sentencias del tribunal constitucional constituyen precedente de obligatorio cumplimiento, ello en virtud de la función que le fue conferida a la Corporación en el artículo 241, inciso 1° superior (Constitución Política de Colombia, 1991); asimismo, porque se ha extendido tal fuerza vinculante a las providencias que profieren las demás altas corporaciones; esto, en atención a criterios atinentes a la garantía del derecho al trato igualitario y a una mayor seguridad jurídica, así como también, a la coherencia del sistema jurídico (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Sin embargo, no debe desconocerse que la obligación en cabeza de los jueces de atender y aplicar las decisiones proferidas por los tribunales de cierre en asuntos similares, so pena de cometer el delito previsto en el artículo 413 del Código Sustantivo Penal, en los casos determinados en la sentencia C-335 de 2008, no sólo puede impactar en el desarrollo de la jurisprudencia, la cual debe evolucionar con el progreso de las sociedades, sino también, en la independencia de los operadores jurídicos al momento de adoptar decisiones.

Obsérvese, como de acuerdo con lo establecido por el tribunal constitucional, los servidores públicos que se aparten del precedente fijado por los órganos judiciales de cierre, en los eventos en los que se presente una simple subsunción¹, pueden incurrir en la conducta punible de prevaricato por acción por violación directa de la Constitución o la ley (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Igualmente, pueden estar inmersos en la citada conducta, en el evento de recurrir a la excepción de inconstitucionalidad frente a una norma que fue declarada exequible; igualmente, les está prohibido ajustar una interpretación diferente a una disposición que ha sido sometida al control de la Corte habiendo sido declarada su constitucionalidad condicionada, siendo vinculantes la parte resolutive y la *ratio decidendi* del fallo correspondiente² (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Conforme a lo anterior, a los jueces de la república en las situaciones antes referidas, no les es dable aplicar las reglas establecidas por la alta corporación para apartarse del precedente judicial, las cuales consisten en argumentar claramente y de manera razonada los fundamentos jurídicos que justifican su determinación y que, en palabras de la Corte, constituyen garantía de la autonomía e independencia de la judicatura (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

En este orden de ideas, como punto de partida de la presente investigación se tendrá que la posibilidad de incurrir en la conducta delictiva de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte de los funcionarios de la judicatura

1 Consiste en *subsumir* una situación fáctica a lo establecido en una norma (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

2 De igual manera, el tribunal constitucional aclaró que los miembros de la administración pública tampoco pueden apartarse de lo dispuesto en las sentencias de constitucionalidad (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

es susceptible al menos, de afectar el principio de independencia judicial en su connotación individual, entendida ésta como la que atañe al juez en específico como funcionario independiente incluso de otros miembros del poder judicial, quien debe resolver los conflictos puestos bajo su conocimiento aplicando el *Derecho* libre de todo incentivo o apremio.

Con base en lo expuesto, en el primer capítulo se identificarán los elementos constitutivos de la conducta delictiva de prevaricato por acción en Colombia, que incluye el desconocimiento del precedente judicial; igualmente, el tratamiento que ha recibido en países de derecho continental (Argentina y España) y derecho anglosajón (USA y Puerto Rico), para efectos de realizar el respectivo parangón.

En el segundo capítulo se desarrollarán los conceptos de doctrina probable y precedente jurisprudencial estableciendo sus diferencias, pues desde ya, debe indicarse, no resultan equiparables. En lo que atañe al precedente judicial, se traerán a colación las sentencias del tribunal constitucional sobre la obligatoriedad de sus fallos (incluso los de tutela), del mismo modo, en las que se ha hecho referencia a la fuerza vinculante de las providencias de las demás altas corporaciones.

En el tercer capítulo se pretende definir el principio de independencia judicial y sus connotaciones individual e institucional, centrándose en la primera, orientada a asegurar que el proceso de decisión de los operadores jurídicos se encuentre libre de injerencias y presiones de otros actores (otros jueces, miembros de las otras ramas del poder público, grupos económicos, grupos sociales, medios de comunicación y las partes que integran la controversia que se dirime) con la finalidad de que la argumentación de las sentencias corresponda únicamente al derecho aplicable al asunto a tratar.

En el cuarto capítulo, se reseñarán las providencias (sentencias y autos interlocutorios) de la Sala de Casación Penal, sobre la conducta punible de prevaricato por acción, en las cuales se han desarrollado los temas del precedente y su fuerza vinculante y, la posibilidad de apartarse de aquel bajo unos determinados presupuestos, en atención al principio de independencia judicial, en el cual también se profundizará.

En el último capítulo, se contestará la pregunta de investigación antes referida, comprobando o falseando la hipótesis investigativa planteada.

Finalmente, debe anotarse, que este trabajo se desarrolló bajo el enfoque cualitativo, persiguiendo la descripción y la comprensión de la prevaricación judicial por desconocimiento del precedente jurisprudencial en Colombia, así como también, del principio de independencia judicial y su posible afectación por cuenta de la referida conducta punible. Lo anterior, a partir de las normas jurídicas aplicables, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado.

Capítulo 1. Del Delito de Prevaricato por Acción

1.1. Estructura de la conducta punible de prevaricato por acción en Colombia

La referida conducta delictiva se encuentra descrita en el artículo 413 del Código Sustantivo Penal colombiano, que a la letra dice: *“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de...”* (Código Penal, Ley 599, 2000).

De acuerdo con la literalidad de la citada disposición, para que la conducta se estructure se debe estar ante un sujeto activo calificado (servidor público), quien al emitir una resolución, dictamen o concepto, debe contrariar ostensiblemente la ley.

Con respecto al primer punto, debe indicarse, que el artículo 123 constitucional establece quiénes son servidores públicos (Constitución Política de Colombia, 1991), preceptuando además, que éstos deberán ejercer sus funciones de conformidad con lo previsto en la Carta Política, la ley y el reglamento; el Código Penal en su artículo 20 realiza la misma determinación (Código Penal, Ley 599, 2000).

En lo que atañe al segundo aspecto, se tiene que el verbo rector del tipo antes transcrito corresponde a **proferir** y abarca la emisión tanto de decisiones judiciales como de actos administrativos (López Quiroz, 2016, pág. 43). Resulta importante anotar, que la Corte Suprema de Justicia manifestó que para la comisión de la conducta delictiva no se requiere que el acto contentivo de la contrariedad con la ley se ejecute (Sanguino Madariaga, 2013, pág. 435), pues es suficiente con que se produzca e ingrese al tráfico jurídico publicándose, comunicándose o notificándose, por cuanto, es desde ese momento, que la administración se ve afectada en su imagen y fin esencial de la consecución de un orden justo (Corte Suprema de Justicia. Rad. 50600, 2018).

Pese a la referida posición de la Corte, autores de la doctrina nacional plantean que basta con que el acto se haya proferido, aunque no se hubiese publicitado, esto quiere decir que “*el delito se consume cuándo la resolución o el dictamen se firman, o en otros términos, cuando se perfeccionan desde el punto de vista formal*” (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2001, pág. 424), postura que merece reconsiderarse, en el entendido que, el acto cobra vida jurídica y produce efectos o perjuicios, cuando es conocido por los sujetos procesales (resolución) o se incorpora al proceso (dictamen o concepto) (Peña Ossa, 1995, pág. 237).

Sobre la acepción de *resolución* se debe señalar, que no solamente se refiere al pronunciamiento emitido por un operador judicial sino también al proferido por un funcionario de la administración, el cual no necesariamente debe revestir las características de un acto interlocutorio o de un fallo, por cuanto lo relevante, es que en éste el sujeto activo calificado ejerciendo sus funciones decida un asunto (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Ahora, los vocablos *dictamen o concepto*, corresponden a opiniones rendidas dentro del trámite de un procedimiento que se lleve ante la administración o la judicatura, las cuales deben ser objeto de análisis por el encargado de adoptar una decisión; a modo de ejemplo, se enuncia el dictamen pericial emitido por un médico forense, el cual tiene la vocación de ser incorporado en un juicio penal (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

En atención al tercer aspecto, relativo a que el pronunciamiento debe contrariar ostensiblemente la legalidad, la Sala de Casación Penal, ha señalado que la disparidad entre el acto emitido y la ley debe ser manifiesta, al punto de “*violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma*” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 19303, 2016). Se penaliza entonces, la arbitrariedad del agente calificado que emite un pronunciamiento carente de

sustento jurídico, esto es, ajeno a la aplicación de los preceptos legales claros y precisos que regulan la materia (Corte Suprema de Justicia. Rad. 43413, 2014).

Asimismo, la Sala ha expresado que no puede considerarse manifiestamente ilegal una decisión que resulte del estudio acucioso de las normas jurídicas aplicables, siempre que, de aquellas subsista la posibilidad de “*interpretaciones discordantes*” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 53445 Segunda Instancia, 2019). Sobre este último planteamiento, no sobra advertir, que la Corte refirió que la aludida conducta punible no se estructura con la simple diferencia de criterios frente a un asunto jurídico, en atención a que existen puntos de derecho complejos y/o ambiguos que admiten opiniones o interpretaciones diversas y, anotó también, que en el tráfico jurídico normalmente se presentan discrepancias en temas que en apariencia no poseen dificultades para su resolución (Corte Suprema de Justicia. Rad. 23901, 2006).

Por otra parte, ha de indicarse, que el bien jurídico protegido transgredido con el citado comportamiento delictivo corresponde a la administración pública -título XV del Código Penal-, empero, también tiene la virtualidad de vulnerar bienes jurídicos de particulares, los directamente afectados en sus intereses con el acto emitido (Cancino, 2011, pág. 104).

Se entiende por administración pública la actividad que cumplen los encargados del funcionamiento del Estado para la consecución de sus finalidades, entre ellas, mantener un orden justo; la cual se encuentra jerarquizada en todos sus órganos (Ferreira, 1995, págs. 3-4). La conducta prevaricadora implica entonces, la infracción a la organización normativa³

3 Artículo 121 “...Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (Constitución Política de Colombia, 1991)

que impone a todos los agentes estatales el apego a la ley al ejercer sus funciones (Pabón Parra, 1997, pág. 15).

Ahora bien, este tipo penal exige el dolo en el actuar del agente, esto conforme al mandato del Código Sustantivo Penal, que en su artículo 21 señala: *“la culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”* (Código Penal, Ley 599, 2000), modalidades que no fueron previstas por el legislador colombiano al tipificar la referida conducta punible. En consecuencia, el sujeto activo calificado del prevaricato por acción debe obrar con conocimiento y voluntad de emitir un pronunciamiento contrario al ordenamiento jurídico, propósito advertible por ser evidente y grosero de acuerdo al problema jurídico a solucionar (Corte Suprema de Justicia. Rad. 53445 , 2019).

Del mismo modo, también se ejecuta la conducta delictiva, cuando el sujeto activo calificado se sustrae del deber de motivar sus pronunciamientos o los emite careciendo de un sustento fáctico, es decir, sin atender los medios de convicción allegados de manera oportuna desconociendo gravemente en su valoración los presupuestos de la sana crítica, procederes que permiten advertir la arbitrariedad o capricho del servidor público que emite el acto, fruto de su intencionalidad de transgredir el ordenamiento legal (Corte Suprema de Justicia. Rad. 37532, 2012).

También ha de anotarse, que el referido artículo 413 prescribe un tipo de mera conducta, pues es suficiente la actuación del sujeto que ejecuta el verbo rector, ello con independencia de las consecuencias que produzca, pues no exige un resultado determinado, deviniendo entonces, incompatible el dolo eventual, pues en aquel el infractor conoce y entiende la eventual ejecución del delito y la acepta, incluyendo en tal aceptación el resultado del mismo, conformándose con él (Corte Suprema de Justicia. Rad. 15296, 2002).

No puede dejarse de lado, que la Sala de Casación Penal, en la fallo del 23 de octubre de 2014, emitido dentro del radicado 39.538, en punto de la ejecución del referido delito por parte de jueces y magistrados, indicó lo siguiente: “*el error, la ignorancia, la negligencia o la equivocación sin voluntad intencionada de querer ejecutar un acto de corrupción impiden la consumación del prevaricato*” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Los conceptos de *actos de corrupción y finalidad corrupta* del agente (funcionario judicial) se han desarrollado por la citada Corporación en el último septenio; en el capítulo cuarto de la presente tesis se reseñarán las providencias de la Corte Suprema en las cuales se han abordado tales aspectos, que como se verá, se encuentran inescindiblemente relacionados con el principio de independencia judicial y los atributos de intangibilidad e inviolabilidad de las decisiones de la judicatura, los cuales derivan de aquel.

1.2. Constitucionalidad del delito de prevaricato por acción

En punto de la constitucionalidad del artículo 413 (Código Penal, Ley 599, 2000), demandado en atención a que, en criterio del actor, contenía un tipo penal en blanco⁴, violatorio del principio de legalidad previsto en la Carta Política (artículos 28 y 29), se tiene que en la sentencia C-917 de 2001, se declaró su exequibilidad, fundamentada en los postulados que a continuación se relacionan:

Inicialmente, la Corte indicó que la base constitucional de las conductas delictivas cometidas en contra de la administración pública (entre ellas la de prevaricato por acción) corresponde al artículo 209 superior, el cual prescribe que la función administrativa se

⁴ Según el demandante el prevaricato por acción corresponde a un tipo penal en blanco, criterio no acogido por el tribunal constitucional.

encuentra al servicio de la comunidad, debiéndose desarrollar “*con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*” (Corte Constitucional. Sentencia C-917, 2001).

Luego señaló, que un tipo penal en blanco no es *per se inconstitucional*, pues si bien la regla general consiste en que el tipo penal debe presentar la descripción completa del comportamiento que se sanciona, ello no es óbice para que excepcionalmente, teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta punible, deba efectuarse un reenvío normativo, el cual debe ser claro e inequívoco (Corte Constitucional. Sentencia C-917, 2001). El alto tribunal explicó que el reenvío normativo requiere de las citadas características para efectos de que el procesado no se vea afectado con una arbitrariedad del operador judicial, derivada de la descripción ambigua de la conducta elevada a delito (Corte Constitucional. Sentencia C-917, 2001).

Asimismo, adujo que el reenvío normativo debe permitir al intérprete establecer de manera inequívoca el alcance del comportamiento sancionado y la pena respectiva. La Corte recordó que en la sentencia C-739 de 2000, se expuso que la existencia del tipo penal en blanco es válida constitucionalmente, si es susceptible de complementarse de manera clara e inequívoca con normas jurídicas que permitan la integración normativa (Corte Constitucional. Sentencia C-917, 2001).

La alta corporación puntualizó, que las normas en blanco contienen descripciones incompletas de la conducta a sancionar o no prevén la pena a imponer, empero pueden ser complementadas por otros preceptos a los cuales remiten. Al referirse concretamente al tipo penal de prevaricato por acción, anotó que la conducta objeto de sanción se encuentra *descrita inequívocamente*, requiriendo que se haya proferido por el sujeto activo calificado (servidor público) una resolución, dictamen o concepto que ostensiblemente contraríen la

legalidad, de lo cual se colige, que la ley es su referente necesario para efectos de establecer, en cada caso que se presente, si la actuación del servidor público se ajustó o no a ésta, y si en el evento de haberse concretado una violación a la ley, fue manifiesta (Corte Constitucional. Sentencia C-917, 2001).

Finalmente, el máximo tribunal concluyó, que el núcleo de la conducta descrita en el citado artículo 413, es susceptible de ser conocido por sus destinatarios y por los operadores jurídicos que se encargan de su aplicación, así como también, las penas a imponer por incurrir en ella, observándose entonces, el cumplimiento del principio de legalidad, que reclama que no pueden existir delitos ni penas sin que la ley los determine (Corte Constitucional. Sentencia C-917, 2001).

1.2.1. Constitucionalidad del delito de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente jurisprudencial

En la sentencia C-335 de 2008, se resolvió la demandada instaurada en contra del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, en atención a que en criterio de los actores la referida norma omitía los supuestos de desconocimiento de: (i) las normas que componen el bloque de constitucionalidad; (ii) las disposiciones contenidas en la Carta Política y, (iii) la jurisprudencia emanada de los altos tribunales (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Cabe destacar, que la Corte Constitucional al momento de plantear el problema jurídico a resolver, indicó que los accionantes partían del supuesto de que el referido artículo no permitía aplicar la sanción penal a los servidores públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas que desconocieran tales preceptos y decisiones de la judicatura (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Posteriormente, consideró oportuno puntualizar que el artículo 230 superior que establece el sometimiento a la ley por parte de los jueces, hace referencia a las fuentes de derecho aplicables para la resolución de un asunto, tales como la Constitución, la ley o el acto administrativo general y, señaló que los servidores públicos que profieran una resolución, dictamen o concepto que los contraríe de manera ostensible, estarían incurso en la conducta delictiva de prevaricato por acción (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Asimismo, la Corte Constitucional determinó que el referido delito no se estructura al presentarse una simple disconformidad entre una providencia, dictamen o concepto y la jurisprudencia emanada de las altas cortes; empero sí se concurre en ella, cuando tal disconformidad se presenta con una sentencia de control de constitucionalidad o con jurisprudencia de los altos tribunales que acarree la infracción directa de normas superiores, de la ley o de un acto administrativo de carácter general. La Corte apuntó que no le es dable a un juez aplicar una norma que fue declarada inexecutable, puesto que, estaría incurriendo en la conducta prevaricadora por estructurarse una violación directa de la Constitución en su artículo 243, y explicó que en el evento de tratarse de una declaratoria de exequibilidad, el operador judicial no podría recurrir a la excepción de constitucionalidad⁵(Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

5 “la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. “Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte, hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto” (Corte Constitucional. Sentencia C-122, 2011).

Continuó su ilustración, sosteniendo que en el evento de una declaratoria de constitucionalidad condicionada⁶, los jueces no pueden realizar una interpretación distinta a la efectuada por el tribunal constitucional, pues se encuentran vinculados tanto a la *ratio decidendi* como al *decisum*⁷, so pena de cometer la referida conducta delictiva (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Del mismo modo, aclaró que los jueces incurrirán en prevaricato por acción, cuando se aparten de la jurisprudencia de los altos tribunales y se presente una *simple subsunción*, es decir, en los eventos en los cuales una norma ofrece un sentido unívoco aplicable al caso que se analiza, por cuanto, se estaría violando directamente la Constitución y la ley. Agregó que, en estos eventos, la labor de la jurisprudencia se desvanece, pues la obligatoriedad termina predicándose de la ley. El tribunal constitucional señaló que para efectos de determinar si nos encontramos ante una *simple subsunción*, se debe examinar si el apartamiento del juez de una subregla constitucional consolidada es manifiesto, análisis que se facilita teniendo como referentes los fallos de reiteración, en los que se ha establecido un *sentido claro y unívoco a la “ley”*; en este tipo de decisiones, la Corte confirma la vigencia de una subregla constitucional, además, tienen como características, ser numerosas y constituir interpretaciones constantes de la Carta Política, las leyes o de un acto administrativo general (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

6 la constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente” (Corte Constitucional, Sentencia C-492, 2000)

7 La *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” ... “El *decisum* es la resolución concreta del caso” (Corte Constitucional. Sentencia SU-047, 1999).

Explicó también, que no sólo la Corte Constitucional puede emitir fallos de reiteración, pues también los demás altos tribunales lo hacen al emitir providencias de unificación en las cuales se establece una interpretación en determinado sentido de una disposición legal o de un acto administrativo de carácter general. Para la Corporación, no se estructura el prevaricato por acción cuando se está frente a una norma que admita distintas interpretaciones, pues en aquellos eventos, los mecanismos dirigidos a controlar jurídicamente las actuaciones de los operadores jurídicos de instancia, en el sentido de atender el precedente sentado por los altos tribunales, como por ejemplo, el recurso de casación, se tornan aptos para asegurar la vinculatoriedad de su jurisprudencia (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

La Corporación judicial recalcó finalmente, que en el caso de hallarse ante una norma (superior o no) que admita distintas interpretaciones, tampoco se podría predicar que se estuviera procediendo de forma “*manifestamente contraria a la ley*”, pues la actuación del servidor público o la decisión no resultarían ser palmariamente irrazonables o arbitrarias; es más, en virtud al carácter abierto que sobre su interpretación pueden brindar algunas normas, salas de los máximos tribunales han establecido interpretaciones distintas, por lo que no se estaría ante una jurisprudencia uniforme o consolidada sobre el asunto (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

1.3. Tratamiento de la prevaricación judicial en el derecho comparado

A continuación, se presentará al tratamiento jurídico que recibe la prevaricación judicial en algunos países que hacen parte de la tradición jurídica occidental, la cual integran el derecho continental (*civil law*) y el anglosajón (*common law*) (Berman, 1996, pág. 131 y ss). Lo anterior, para efectos de realizar el respectivo cotejo entre su regulación en el

ordenamiento jurídico interno y el derecho comparado, no sin antes, anotar algunas precisiones con respecto a los referidos sistemas jurídicos y la función jurisdiccional.

Primeramente, se tiene que el derecho continental o *civil law* presenta las siguientes particularidades en lo que atañe a la función de los operadores judiciales: (i) aquella se reduce a la aplicación de la ley; (ii) la obligación de fallar en derecho se cumple obedeciendo las normas constitucionales y legales y, (iii) la jurisprudencia cobra importancia cuando ilustra normas positivas que ofrecen ambigüedades con respecto a su interpretación y, en razón de ello, tradicionalmente se ha considerado como fuente del derecho de carácter auxiliar (López Medina, El derecho de los jueces, 2006, pág. 3).

En contraste en el derecho anglosajón o *common law* el precedente de los altos tribunales es vinculante para ellos mismos, así como también, para los de inferior jerarquía y por tanto, la jurisprudencia tiene como función ser creadora de derecho. Cabe señalar, que los operadores judiciales se encuentran obligados a respetar el precedente y que, en el evento de apartarse de aquel, deben alegar la existencia de particularidades que diferencien el asunto objeto de estudio con el tratado en el caso anterior, esta facultad se conoce como *distinguishing* y es una de las vías de actualización del sistema de derecho *common law* (González Martín, 2006, pág. 385).

Debe añadirse, que ante la ausencia de reglas jurisprudenciales los jueces pueden acudir a la ley emitida por el parlamento y a la *razón* que, en consideración de René David, es una fuente inagotable que permite superar las lagunas de derecho y orientar la evolución del *common law*, ello a través de “soluciones razonables” que se deben armonizar con las normas jurídicas preexistentes (René & Jauffret-Spinosi, 2010, págs. 300-303).

Otra anotación sobre la función judicial en el derecho anglosajón es la atinente a que en la actualidad en los Estados Unidos de América la aplicación de precedente es menos

rigurosa que en Inglaterra (Morineau Idarte, 1998, pág. 87), pues la ley escrita cobra importancia habiendo tendencia a la codificación; se destacan entonces, los *Restatement Of The Law*, compilaciones realizadas por el *American Law Institute* (Instituto del Derecho Americano), creado en 1923 por eminentes personalidades del Derecho, que corresponden a publicaciones que presentan los criterios vigentes en una determinada materia jurídica extractados de la jurisprudencia, efectuando un análisis académico de los mismos, aquellos son objeto de citación por los jueces en sus decisiones, incluso cuando deciden apartarse de éstos y tienen vocación evolutiva, por lo que han sido revisados (González Martín, 2006, pág. 394).

1.3.1. La prevaricación judicial en Argentina

En Argentina existe un tipo penal exclusivamente para la prevaricación judicial; en un primer término, la sanción establecida es de multa e inhabilitación a perpetuidad para el operador judicial que dicte decisiones contrarias a la ley invocada por él mismo o por las partes, e igual sanción se aplicará, en el evento de que fundamente su providencia en situaciones fácticas o resoluciones falsas (Código Penal de la Nación de Argentina. Artículo 269).

En segundo término, se tiene que se impondrá pena restrictiva de la libertad (de 3 a 15 años) si la providencia proferida en las referidas condiciones se trata de una sentencia condenatoria en materia penal, sanción más gravosa, por cuanto, la decisión comporta la imposición de una condena que conlleva, en todo caso, la pérdida o restricción de derechos fundamentales.

También del párrafo tercero del artículo 269 de la ley penal del país austral, se extrae, que se sancionará con multa a los amigables componedores y árbitros que incurran en

la citada conducta, quienes, no sobra advertir, tienen la facultad de resolver un conflicto puesto bajo su conocimiento por los integrantes de un litigio y en los casos previstos legalmente.

Corolario de lo expuesto, se tiene que en la nación argentina existe un tipo penal que establece al juez, al árbitro y al amigable componedor como sujetos activos calificados de la conducta delictiva de prevaricato, en contraste con la normatividad colombiana, en la cual el autor de ésta debe ser servidor público, calidad que incluye a otros funcionarios (véase el Código Sustantivo Penal - artículo 20).

De otra parte, se penaliza la emisión de providencias que contraríen la ley objeto de invocación por el juez o por las partes en conflicto, *“...lo punible es, por tanto, la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquella”* (Creus, 1999, pág. 317), requisito que no es exigido en la legislación penal colombiana. En otras palabras, en Argentina se ha entendido que si no se invoca la ley (por el juez o por las partes) no hay prevaricación, pese a que la determinación adoptada contraría el derecho que se debía aplicar (Corte Suprema de la Nación Argentina, Casación Penal, Sala I, Vaccari, Horacio y otro, 1994).

Asimismo, se sanciona el proferimiento de decisiones que se sustenten en situaciones fácticas falsas y en resoluciones del mismo tenor; el *prevaricato de hecho* se configura cuando se dicta una decisión cuyo fundamento reposa en la invocación de acontecimientos y resoluciones inexistentes (Núñez, 1992, pág. 149). Sobre este último aspecto, vale aclarar que *“citar resoluciones falsas”*, no se refiere a citas jurisprudenciales sino a decisiones anteriores adoptadas por una autoridad pública (judicial o no), emitidas en el caso o en diferente pleito, que carezcan de la significación que se les atribuye o simplemente no se hayan proferido (Soler, 1996, pág. 274).

Cabe resaltar, que el delito se consume con la firma de la resolución o con su pronunciamiento verbal, si fuese adoptada en el trámite de una audiencia y que no se requiere que la providencia haya cobrado ejecutoria ni producido un resultado lesivo (Corte Suprema de la Nación Argentina, Casación Penal, Sala IV, Diamante Gustavo, 2001).

Por último, se tiene que el bien jurídico protegido es la administración pública (conductas contra la administración pública, título XI del C.P.N.A.) y que sólo se prevé la modalidad dolosa (Creus, 1999, pág. 318), tal y como ocurre en nuestro país.

1.3.2. La prevaricación judicial en España.

El Código Penal Español en su artículo 446, señala:

“El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve.

3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas” (Ley orgánica 10, 1995).

Ahora bien, el artículo 447 de la referida legislación penal, preceptúa:

“El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictará sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años” (Ley orgánica 10, 1995).

De la lectura de los artículos transcritos se extrae que en España se tipificó de manera específica la conducta prevaricadora en que pueden incurrir los operadores judiciales (jueces y magistrados), previéndose las modalidades dolosa y culposa, en contraste con lo que ocurre en Colombia y Argentina, países en los que únicamente se estableció la primera de aquellas.

Es así como el legislador español sancionó con pena de prisión la emisión dolosa de una sentencia condenatoria “injusta” adoptada en una actuación judicial por comportamiento punible menos grave o grave y, amplió el lapso de la pena de prisión e impuso multa, en el evento de que aquella decisión se hubiese ejecutado. Cabe señalar, que en los dos casos se dispuso la imposición de inhabilitación absoluta.

Asimismo, si se trata de una sentencia condenatoria “injusta” proferida dolosamente en un proceso adelantado por delito leve se impondrá multa e inhabilitación para ejercer empleos o cargos públicos; con multa superior e inhabilitación para desempeñar empleos o cargos públicos con mayor duración, se penalizó la emisión de “*otra sentencia o resolución injusta*” por parte de un juez o magistrado en la referida modalidad.

De conformidad con lo planteado por el Tribunal Supremo Español, la prevaricación judicial dolosa se compone por dos elementos, a saber: (i) el proferimiento de una resolución injusta (de naturaleza objetiva) y, (ii) el saber que se está emitiendo una decisión injusta (de naturaleza subjetiva), requisito que se encuentra establecido con la expresión “*a sabiendas*” (Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 2338, 2001)

Sobre la noción de *resolución injusta* la misma Corporación en la sentencia N°. 101 del 27 de febrero de 2012, indicó que es aquella contentiva de una contradicción al derecho de tal magnitud, que no pueda fundamentarse en un argumento jurídico razonable (Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 101, 2012). Se utiliza entonces, el concepto de lo *jurídicamente aceptable*, de manera que si la determinación adoptada por el juez se enmarca en éste no habría prevaricación; empero, en los casos más dudosos, en los que la libertad de decisión del juzgador es mayor y lo “jurídicamente aceptable” no ofrece certezas, se deben tener en cuenta otras variables para determinar si incurrió o no en prevaricación, éstas son: (i) si excedió el contenido de la autorización normativa; (ii) si fundamentó su decisión en

consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico y, (iii) si se apartó de los métodos de interpretación aceptados en este último (Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 102, 2009).

En cuanto a la expresión “*a sabiendas*”, ésta apunta a la necesidad de que concurra el dolo directo, por cuanto precisa que el sujeto agente actúe con la conciencia y el propósito de infringir la legalidad, con independencia del móvil o resultado que persiga (Ángel Hurtado, 2017, pág. 612); el Tribunal Supremo Español planteó similar postura en la sentencia N°. 2338, emitida el 11 de diciembre de 2001 (citada con anterioridad) en la cual se indicó lo siguiente:

“En relación al elemento subjetivo concretado en la expresión "a sabiendas" que emplea el tipo penal es evidente que desde la condición del recurrente de experimentado Magistrado (...) y como tal conocedor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal con independencia de los móviles concretos los que no forman parte del tipo penal” (Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 2338, 2001).

En lo que concierne a la modalidad culposa de la conducta punible de prevaricación judicial, el legislador español impuso la pena de inhabilitación para ejercer empleos o cargos públicos por un lapso de dos (2) a seis (6) años. En el Código Penal español (artículo 447), se penaliza la imprudencia o ignorancia inexcusable del juez o magistrado al dictar sentencia o resolución “*manifiestamente injusta*”.

Sobre las acepciones de *imprudencia* o *ignorancia inexcusable*, se tiene que la *imprudencia* se refiere a la desatención o falta de cuidado graves por parte del funcionario judicial, mientras que la *ignorancia inexcusable*, se trata de la falta de conocimiento del sujeto agente imputable a éste, la cual es causante de la decisión jurisdiccional manifiestamente injusta (Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 333, 2006).

Acerca de la expresión “*resolución manifiestamente injusta*”, para el reconocido tratadista Muñoz Conde, la injusticia manifiesta corresponde a la evidente o palmaria para terceros (Múñoz Conde, 2004, pág. 925), incluso legos en derecho; sin embargo, hay quienes abogan para que se entienda como la patente para profesionales con igual nivel de conocimiento que el juez o el magistrado, ello en consideración a la especial cualificación en derecho de estos últimos (García Arán, La prevaricación judicial, 1990, págs. 137-138).

Finalmente, se debe señalar que el bien jurídico tutelado en España es la administración de justicia, debido a su disposición en el código sustantivo penal, esto es en el Título XX intitulado “*Delitos contra la Administración de Justicia*”; la tutela penal en el país ibérico tiene como finalidad el normal funcionamiento de la actividad judicial, garantizando la corrección y la fidelidad de los jueces a la ley, así como también, el amparo a la integridad y al prestigio de la justicia (García Arán, La prevaricación judicial en el derecho español, 1992, pág. 216).

1.3.3. La prevaricación judicial en los Estados Unidos de América

En EE.UU. los jueces gozan de una completa independencia para tomar sus decisiones (El sistema federal judicial en los Estados Unidos, 1997, pág. 44), se considera que un juez debe emitir sus providencias sin temor a una sanción, razón por la cual, la protección general contra los errores en que pueda incurrir es el recurso de apelación (Sharman J. M., 1996, pág. 9).

Sin embargo, cualquier persona puede presentar una denuncia ante el Secretario del Tribunal de Apelación dentro del circuito de competencia del juez, en caso de considerar que su comportamiento configura una mala conducta; el presidente del referido tribunal está facultado para desestimar la denuncia si los hechos contentivos de aquella no son violatorios

del Código Modelo de Conducta Judicial, la queja carece de fundamento o se relaciona con los méritos de una decisión adoptada por el funcionario, esta última sujeta al control judicial (apelación) y no al disciplinario (El sistema federal judicial en los Estados Unidos, 1997, pág. 44).

El Código Modelo de Conducta Judicial adoptado por 48 de los 50 estados que componen la unión americana, regula el comportamiento de los funcionarios judiciales tanto en el ejercicio de su cargo como fuera de él, por cuanto, se requiere que los funcionarios judiciales actúen en todo momento de manera correcta, promoviendo así, la confianza del público. La referida codificación se compone de estándares generales y reglas específicas que tienen como finalidad que los jueces efectúen las tareas de su cargo con diligencia e imparcialidad, asimismo, eviten la incorrección e incluso la apariencia de aquella (Sharman J. M., 1966, págs. 8-9).

Es preciso señalar, que el canon número uno del Código Modelo de Conducta Judicial, establece que un juez independiente resulta indispensable para la materialidad de la justicia; asimismo, que las cortes supremas de los estados, han declarado unánimemente que el proceso disciplinario no debe ser utilizado como un sustituto del recurso de apelación (Sharman J. M., 1966, págs. 9-11).

En consonancia con lo anterior, los jueces en USA gozan de inmunidad en sus actos oficiales, es decir, no pueden ser demandados civilmente para que reparen los daños ocasionados con sus determinaciones. La Corte Suprema ha declarado el principio de inmunidad judicial absoluta en varias de sus decisiones (Mireles Vs. Waco, 1991)⁸, el cual

⁸ A long line of this Court's precedents acknowledges that, generally, a judge is immune from a suit for money damages. See, e.g., *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988); *Cleavinger v. Saxner*, 474 U.S. 193 (1985); *Dennis v. Sparks*, 449 U.S. 24 (1980); *Supreme Court of Virginia v. Consumers Union of United States, Inc.*, 446 U.S.

protege a los jueces y magistrados contra demandas civiles que se originen en actos relacionados con su función jurisdiccional, sin embargo, sí pueden ser investigados y juzgados penalmente por su comportamiento corrupto, por ejemplo por el delito de cohecho (*Bribery*), pues ningún funcionario público es inmune a ser procesado en una causa criminal y no existe un fuero especial para juzgarlos (Kastenmeier & Remington, 1988, pág. 763).

Otras conductas punibles en que puede incurrir un juez o magistrado de conformidad con la legislación penal estadounidense son las siguientes:

- *Deprivation of rights under color of law:*

El título XVIII del Código de los Estados Unidos (United States Code), que contiene la legislación punitiva federal, regula los delitos y el procedimiento penal. En su capítulo XIII sobre derechos civiles (*Civil Rights*), sección 242, se sanciona a quien abusando de su cargo público viole los derechos o inmunidades que protegen la Constitución y las leyes americanas; sin embargo, debe resaltarse, que este delito puede ser cometido por cualquier funcionario, es decir, no se limita al comportamiento en que puede incurrir un juez (Cornell Law School, s.f.).

- *Influencing or injuring officer or juror generally:*

El capítulo LXXIII del referido título XVIII del Código de los Estados Unidos (sección 1503), sanciona a quien *corruptamente* o por amenazas violentas o por carta o comunicación intimidante, influya, obstruya, impida o intente influir, impedir u obstruir la

719 (1980); *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478 (1978); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *Pierson* [502 U.S. 9, 10] v. *Ray*, 386 U.S. 547 (1967).

debida administración de justicia (Cornell Law School, s.f.), delito en que puede incurrir cualquier persona, incluyendo a un juez o magistrado⁹.

Se tiene entonces, que ninguna de las conductas punibles enunciadas apunta a castigar a un juez prevaricador en los términos de las codificaciones antes reseñadas (colombiana, argentina y española); ello se explica, por cuanto, en la unión americana se ha entendido que el juez o magistrado debe emitir sus decisiones de manera libre e independiente, sin temor a una sanción de carácter punitivo y que sólo situaciones que incluyan trato desigual hacia los ciudadanos o actos de corrupción pueden ser objeto de persecución penal.

1.3.4. La prevaricación judicial en Puerto Rico

El Estado libre y Asociado de Puerto Rico, tiene un sistema jurídico de tradición española (*civil law*) que ha recibido gran influencia del derecho anglosajón o “*common law*”, y en él tampoco se tipificó la conducta de prevaricación judicial, aunque no sobra indicar que, en el Código Penal de 2012 (artículo 259), se halla prevista la conducta punible de soborno en la que puede incurrir un funcionario o empleado público (incluido un juez o magistrado) al ejercer su función (Código Penal de Puerto Rico, artículo 259, 2012).

Con el tipo penal de *soborno* se castiga en Puerto Rico, a todo funcionario o empleado público, jurado, testigo, árbitro o a cualquier persona autorizada en la ley para la toma de decisiones o para oír o resolver algún asunto o controversia, que *solicite o reciba* directamente o por interpuesta persona para sí o para un tercero, dinero o cualquier beneficio

⁹ El Juez del tercer circuito de Florida Samuel S. Smith, fue condenado por las conductas de cohecho (*Bribery*) y *Influencing or injuring officer or juror generally* (sección 1503) por aceptar dinero para proteger a través de sus decisiones a personas que adelantaban actividades ilícitas (Noonan & Winston, 1993, págs. 328-330).

por realizar, omitir o retardar una actuación regular propia de sus funciones o por efectuar una que contraría el cumplimiento de sus deberes.

También se penaliza a los mismos sujetos agentes que soliciten o reciban en las condiciones antes trascritas, suma dineraria o beneficio de cualquier índole, para influir en sus actos, decisiones, votos o dictámenes. Asimismo, se castiga a aquellos que *acepten una proposición* con las finalidades descritas en los párrafos anteriores.

Conforme a lo anterior, en el país insular centro americano, se penalizan los actos corruptos de empleados y funcionarios públicos o de cualquier persona autorizada legalmente para adoptar decisiones en algún asunto o litigio¹⁰. Actuaciones corruptas que incluyen la solicitud u obtención de dadivas para realizar, pretermittir o retrasar una actuación propia del cargo; para efectuar una contrariando el cumplimiento de sus funciones o para influir en sus decisiones, castigándose también, la aceptación de proposiciones en los sentidos antes indicados.

Finalmente, debe señalarse, que en Puerto Rico también se castiga al jurado o persona sorteada citada como tal o a todo juez, arbitro o persona autorizada por ley para oír o resolver una controversia que *prometa o acuerde* pronunciar un veredicto o decisión a favor o en contra de una de las partes (Código Penal de Puerto Rico, artículo 291, 2012), sancionándose el acto de prometer o acordar la emisión de una providencia en un sentido y no en otro, sin que se exija en el tipo penal la obtención de dinero o beneficio diferente por parte del sujeto

10 “Se entiende por acto de corrupción una desviación conductual de lo prescrito en las normas sociales y legales; también el abuso o distorsión en la interpretación legal para efectos de su aplicación, el cual encierra una actuación premeditada y antiética que afecta dimensiones personales e institucionales” (García San Inocencio, 2015, págs. 19-20)

agente, ni el proferimiento efectivo del pronunciamiento, castigándose entonces, la vulneración al derecho fundamental a tener un juzgador imparcial.

Capítulo 2. La Doctrina Probable y el Precedente Judicial en Colombia

En el primer capítulo se hizo alusión en varias ocasiones al *precedente judicial*, en el presente apartado se desarrollará a profundidad tal concepto y la evolución del mismo en el sistema jurídico de Colombia. Lo anterior, no sin antes, realizar similar ejercicio con el concepto de doctrina probable instituido en nuestra legislación desde 1896 (Ley 169, 1896) con el cual, por casi un siglo, se estableció el valor meramente indicativo de la jurisprudencia, como se explicará a continuación.

2.1. De la doctrina probable

La figura de la doctrina probable fue “seguramente tomada” del Código de Enjuiciamiento Civil de España proferido en 1881 (López Medina, El derecho de los jueces, 2006, pág. 15). Al consultar esta norma de carácter procesal, se observa que se estableció como causal de casación la infracción de la ley o de la *doctrina legal* en la parte dispositiva de la sentencia; asimismo, que se inadmitiría el recurso extraordinario si se citaban como *doctrina legal* principios que no merecieran tal denominación o las opiniones de jurisconsultos a las cuales la legislación no hubiese conferido fuerza legal¹¹.

Cabe señalar, que la doctrina legal se introdujo en el país ibérico con el Real Decreto de 1838 (4 de noviembre), que dispuso como requisito para presentar el recurso de nulidad (casación) que el recurrente debía citar la norma o *doctrina legal* infringida; empero, se omitió realizar una definición de esta última (Serrano González, 1991, pág. 174). Idéntica disposición aparece en 1855, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, continuando de esta manera sin conceptualización alguna, debiendo ser definida por el Tribunal Supremo Español, que

11 Ver artículos 1691 y 1729 del Código de Enjuiciamiento Civil Español de 1881, norma derogada por la Ley 1ª del 2000 (Código de Enjuiciamiento Civil Español, 1881).

determinó en sentencias del 13 de noviembre de 1876 y 28 de enero de 1878 que la regla fijada en dos (2) o más de sus decisiones debía considerarse como *doctrina legal* (Serrano González, 1991, pág. 174).

Ahora bien, López Medina, también indica que esta figura (la doctrina legal), tenía como finalidad el respeto de los jueces inferiores al sentido que el tribunal de casación le había otorgado a una norma de forma constante, ello sin relación a los hechos en concreto (López Medina, El derecho de los jueces, 2006, pág. 10).

Debe anotarse, que la doctrina legal se diferencia al *Stare Decisis* del *common law*, por cuanto, el último se cimienta en que los asuntos iguales (con hechos análogos) deben fallarse de igual manera, “...no cualquier caso puede servir de modelo a un caso subsiguiente, sino aquel que se asemeje en hechos y derecho al caso para el que se pretende como modelo o ejemplo” (Duxbury, 2008, págs. 1-14).

En tanto la doctrina legal, se reitera, trata del respeto de los jueces al sentido fijado para una disposición en varias decisiones de la corte de casación. Este concepto se restringe al criterio reiterado de las altas cortes, dirigido a ofrecer una interpretación objetiva de la norma aplicada (Rivero Ortega, 2002, pág. 115).

La doctrina legal fue establecida en Colombia desde 1886, mediante la Ley 61, véase:

“Artículo 39 Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de una cuestión dada que no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso...” (Ley 61, 1886).

Como puede observarse, en nuestra legislación se definió la *doctrina legal* como la interpretación que la Corte Suprema hiciese de una norma en tres (3) decisiones uniformes. Igualmente, se indicó que constituían *doctrina legal* las declaraciones que emitiera ese alto tribunal, en tres decisiones en el mismo sentido, para efectos de llenar “vacíos” legales.

El artículo 38 (numeral 1°) de la citada Ley 61, señaló como causal de nulidad para presentar el recurso de casación: “*ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de la ley sustantiva o de doctrina legal o fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra*”, fijando así la obligatoriedad de la aplicación debida de la doctrina legal por los operadores jurídicos en Colombia (Ley 61, 1886).

Posteriormente, en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, se utilizó el término doctrina legal acompañado de las palabras “*más probable*”. Según la referida disposición, ésta debía ser utilizada en casos dudosos por parte de los funcionarios judiciales y se constituía con tres (3) decisiones análogas emitidas por la corte de casación, sobre determinado punto de derecho (Ley 153, 1887).

El precepto citado en el párrafo anterior fue subrogado por la Ley 169 de 1896 (artículo 4°), en el cual se instituye la figura de la *doctrina probable* en Colombia. A continuación, se transcribe el contenido de la norma:

“**ARTÍCULO 4o.** *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*” (Ley 169, 1896).

En el artículo transcrito no sólo se indica que tres (3) decisiones uniformes emitidas por la Corte, como tribunal de casación, sobre una cuestión de derecho, instituyen *doctrina probable*, sino también, expresamente se otorga la facultad a todos los jueces para utilizarla como criterio para la emisión de sus decisiones en casos análogo¹².

De otra parte, la norma transcrita da vía libre para que se varíe la *doctrina probable* por parte de la Corte Suprema, en el evento de considerar erradas las determinaciones

12 Con la Ley 169 desaparece la obligatoriedad de la doctrina legal, pues se cambió su denominación a probable y dejó de incluirse en las causales de casación.

previamente adoptadas, permitiendo así el desarrollo evolutivo de la jurisprudencia. Vale señalar, que los tribunales ingleses también admiten excepciones al *Stare Decisis*, al presentarse modificaciones en el orden público o en la política social que supongan afectación a la cuestión que se decide (González Martín, 2006, pág. 406).

Los continuos cambios normativos, expuestos en los párrafos anteriores, se deben a que en principio el legislador colombiano buscaba establecer un sistema jurisprudencial estricto (López Medina, El derecho de los jueces, 2006, pág. 20)¹³; empero, este último debió flexibilizarse, por cuanto, la Corte consideró que debía permitirse la evolución paulatina de la interpretación de las leyes. Es así como en el informe presentado por esta Corporación al Congreso de 1894, se solicitó la supresión de la “*doctrina legal con fuerza de ley*”, para establecer *la justa y conveniente* libertad de la Corte Suprema para interpretar las leyes sin sujetarse a decisiones anteriores y teniendo como guía los principios que las leyes han determinado para la interpretación y aplicación de las mismas (Corte Suprema de Justicia, 1894, págs. 34, 35)¹⁴.

2.1.1. La constitucionalidad de la doctrina probable

El artículo 4° de la Ley 169 de 1896, sigue vigente hasta nuestros días, empero cobró relevancia luego de que la Corte Constitucional conociera de una demanda en su contra. En

13 “El objetivo era lograr con la mayor rapidez posible la consolidación de un derecho nacional que anulara las inconvenientes diferencias locales engendradas por el federalismo” (López Medina, El derecho de los jueces, 2006, pág. 20)

14 En el mismo informe la Corte señaló que la fijación de la jurisprudencia es asunto de los magistrados, quienes deben mantener la facultad de interpretación normativa por vía de doctrina y de variarla “*cuando su estudio, el mejor conocimiento de las cosas, la discusión y el adelanto de la ciencia los persuadan de que hay error en el modo como se había resuelto algún caso, sin alterar, por supuesto, la firmeza de la cosa juzgada*” (Corte Suprema de Justicia, 1894, págs. 34, 35).

la decisión adoptada por el alto tribunal, se realizó una reinterpretación del referido precepto normativo, en consonancia con la Constitución de 1991 (López Medina, El derecho de los jueces, 2006, pág. 30); habiéndose concluido que es un precepto aplicable para las corporaciones judiciales de cierre y no solamente para la corte de casación (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

Se indicó además, que la fuerza de la doctrina probable emana de la facultad constitucional conferida al tribunal de cierre encargado de instituir la y de la función que tiene aquel de unificar la jurisprudencia (Bernal Pulido, 2008, págs. 218-221).

Del mismo modo se señaló, que tal fuerza normativa también deviene del deber de los operadores judiciales de concretar la igualdad de trato y el principio de confianza legítima con respecto a las actuaciones de las autoridades (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

Añadió la Corporación, que la interpretación que el órgano de cierre ha venido construyendo sobre el alcance de una norma, que tiene un carácter decantado, pues se ha confrontado con la realidad del tráfico jurídico, también le otorga fuerza normativa a la doctrina probable; asimismo, que esta última se constituye por tres decisiones en un mismo sentido, por cuanto, corresponde a la comparación reiterada de la doctrina judicial con situaciones sociales específicas, lo que le permite formular de manera adecuada el alcance de la regla que fundamenta la resolución al problema jurídico (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

También acotó que la doctrina judicial se reputa como probable, en atención a la compleja dinámica de la sociedad, en la cual tres (3) decisiones uniformes probablemente, pueden ser insuficientes para ofrecer *certeza* a los operadores judiciales respecto al alcance y contenido de las reglas allí formuladas (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

Y puntualizó que, ese cariz de *probable* de la doctrina judicial de los órganos de cierre no debe entenderse como una facultad absoluta otorgada a los jueces para apartarse de las interpretaciones que de las normas jurídicas haya efectuado el alto tribunal, pues, es su deber constitucional atenderlas y seguirlas. Adujo, además, que un juez que desconozca arbitrariamente la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, omite cumplir con un deber de raigambre constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

La Corte también refirió, que el apartamiento de la doctrina probable debe justificarse por los jueces de manera razonada, e indicó que aquel puede presentarse por: (i) cambios en la legislación, puesto que, de no modificarse la jurisprudencia se iría en contravía de la voluntad del legislador y de los principios de soberanía popular y de colaboración armónica de los poderes públicos; (ii) cambios en las circunstancias políticas, económicas o sociales del país que conlleven a la inaplicabilidad de la interpretación realizada por el tribunal de casación al no adecuarse a la exigencias de la sociedad y, (iii) no existir claridad sobre la regla jurisprudencial aplicable por imprecisión o contradicción en las decisiones del alto tribunal o porque los fundamentos de aquella sean difíciles de extractar de sus providencias. Asimismo, el tribunal constitucional, frente a la eventualidad de que la Corte Suprema se desligue de su doctrina, advirtió que ésta puede concretarse bajo los siguientes supuestos: (i) ante cambios en la sociedad que obliguen a un reajuste de jurisprudencia; (ii) en el caso de que su jurisprudencia contravenga “*valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico*” y, frente modificaciones relevantes en el ordenamiento jurídico (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

La Corte explicó, que los principios jurídicos y las reglas del mismo tenor constituyen el componente de las providencias con fuerza normativa, lo cual significa que el texto total de la parte considerativa no resulta obligatorio. Sobre este punto anotó, que debe distinguirse

entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, indicando que esta última, está compuesta por “los fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho”, siendo entonces, obligatorios. En tanto los primeros, son “afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión”, constituyéndose en criterios auxiliares de la actividad del juez (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

Finalmente, la Corporación declaró exequible la norma analizada (artículo 4° de la Ley 169 de 1896), en el entendido, que “*la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión...*” (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

Pese a que en la parte resolutive de la sentencia C-836 de 2001, sólo se hace alusión a la doctrina probable procedente de la Corte Suprema, no sobra advertir, que en la misma decisión se indica que, del análisis general del artículo 4° de la Ley 169, se desprende su aplicabilidad por parte de todos los operadores judiciales integrantes de la administración de justicia, compuesta por las jurisdicciones constitucional, ordinaria y administrativa.

Ahora bien, el legislador colombiano incluyó las condiciones establecidas por el tribunal constitucional al declarar la exequibilidad del citado artículo 4°, en el artículo 7° del Código General del Proceso, el cual reza:

“Artículo 7°. Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos” (Código General del Proceso. Ley 1564, 2012).

Este precepto contenido en el Código General del Proceso dispone que los jueces en Colombia además de estar sujetos al imperio de la legalidad deben atender a la doctrina, la equidad y la costumbre; de otra parte, impone al operador judicial las cargas de argumentar de manera clara y razonada los fundamentos jurídicos que justifican su determinación de separarse de la doctrina probable o de modificar su criterio, plasmado en decisiones adoptadas en asuntos análogos. De conformidad con el artículo 1° del referido estatuto, éste regula los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, empero se aplica también en todos los procedimientos de cualquier jurisdicción, que no se encuentren reglados de manera expresa en otras normas (Código General del Proceso. Ley 1564, 2012).

De acuerdo con lo anterior, la referida norma prevista en el título preliminar “Disposiciones Generales” de la Ley 1564 de 2012, es de obligatoria aplicación para los jueces en nuestro país, quienes deben observar la doctrina probable ya sea para aplicarla o para apartarse de ella, pues valga anotar, es una figura que carece de regulación especial.

Es de resaltar, que en el fallo C-621 de 2015, la Corte declaró exequible el inciso 2° del referido artículo 7° de la Ley 1564 de 2012, fundamentándose en los siguientes argumentos:

Indicó inicialmente, que al realizar una comparación entre los textos del citado artículo 7° de la Ley 1564 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, se colige que tanto el contenido como el alcance de cada uno es disímil, pues el primero de los preceptos, no hace referencia a la facultad de los jueces de separarse de la jurisprudencia de las altas cortes, ni sobre la obligación de argumentar de forma razonada y clara los fundamentos jurídicos que justifiquen su decisión, razones por las cuales, no se encontraba acreditada la cosa juzgada y, por ello, debía proseguirse a su estudio. Luego afirmó que el concepto de doctrina probable bajo la égida de la Carta Política *“tiene el valor de fuente normativa de obligatorio*

cumplimiento” y, trajo a colación los argumentos esgrimidos en la citada sentencia C-836 de 2001; posteriormente indicó, que aquella instituye una regla de interpretación de las leyes que interesa los considerandos de la providencia judicial, a diferencia del precedente que “*establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos y afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión*” (Corte Constitucional. Sentencia C-621, 2015).

Sobre esta diferenciación, el tribunal constitucional le da el valor de jurisprudencia indicativa a la doctrina probable, ello pese a que inicialmente se refiere a ésta como una *f fuente normativa de obligatorio cumplimiento*, pues también indica en el acápite de conclusiones de la providencia en cita, que aquella instituye una regla de interpretación de las leyes, empero sólo impacta los considerandos de la providencia del juez.

En punto de la jurisprudencia indicativa, se tiene que aquella no tiene fuerza vinculante frente a la decisión a adoptar en un nuevo asunto, por cuanto, el concepto analizado en el caso anterior sólo tiene la vocación de ser utilizado de la misma manera (López Medina, El derecho de los jueces, 2006, págs. 109, 110); en otras palabras, la jurisprudencia indicativa se concentra en la determinación de conceptos plasmada en providencias anteriores, en lo que atañe a la doctrina probable en tres (3), sin que se tengan en cuenta criterios de analogía fáctica¹⁵.

Siguiendo con su argumentación, la Corte Constitucional sostuvo que el uso de las citadas fórmulas (doctrina probable y precedente judicial), no atenta en contra del contenido del artículo 230 de la norma superior, por el contrario, es compatible con la jerarquización

15 “...las sentencias de casación se estudian para descubrir dónde está y cuál es el principio de derecho, porque eso que se busca es la regla juris abstracta que se aplica al caso sucesivo, y no la individuación del caso concreto que ha sido objeto de decisión” (Taruffo, 2007, pág. 89).

de fuentes establecida en aquella disposición, por cuanto, la jurisprudencia instituye las maneras en que el operador jurídico debe trasladar la normatividad a los asuntos que conoce. El alto tribunal declaró entonces, la exequibilidad el artículo 7° de la Ley 1564 de 2012, al considerar que con aquel el legislador buscó implementar una fórmula jurídica decantada por su jurisprudencia, suministrando más solidez a las providencias de las corporaciones judiciales, fortaleciendo así la seguridad jurídica (Corte Constitucional. Sentencia C-621, 2015).

2.2. Del precedente judicial

El precedente judicial se consolidó en el derecho anglosajón sólo hasta el siglo XIX, pues paulatinamente se convirtió en regla que lo decidido en una causa debía aplicarse en todos los casos futuros análogos (Iturralde Sesma, 1995, pág. 24)¹⁶. Debe especificarse, que en los países del *common law* una sola decisión (*in point*), aplicable al asunto analizado, es suficiente para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla (Goodhart, 1934, pág. 41).

El principio de *stare decisis*¹⁷, establece que la decisión precedente adoptada por un tribunal es de obligatorio cumplimiento para él mismo y para los tribunales y jueces de jerarquía inferior (Morineau Idarte, 1998, págs. 23, 24).

Si bien los jueces deben seguir el precedente pueden emitir una resolución que se aleje de éste, la cual recibe el nombre de *persuasive precedent*, ello alegando circunstancias

16 “En aquella época había pocas leyes escritas. Los abogados recordaban a los jueces lo que había pasado en casos anteriores de carácter semejante. Poco a poco, se va a convertir en regla el que una vez que los jueces decidiesen una causa, en todas las causas futuras similares se impusiera un fallo igual” (Iturralde Sesma, 1995, pág. 24).

17 En español “estar a lo decidido” (Legarre, Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campo, 2005, pág. 1).

que diferencien el asunto a tratar con el previamente analizado. La anterior figura, también recibe el nombre de *distinguishing* y se constituye en una de las vías para lograr la actualización del *common law*, al igual que el cambio de postura de los tribunales de mayor jerarquía (*overruling*), que se justifica al observarse modificaciones en los conceptos de orden público o de la política social, que afecten el asunto a decidir (González Martín, 2006, págs. 385-407).

Las providencias judiciales contienen las normas legales aplicables, el *binding precedent* (el precedente vinculante si lo hay) y, el razonamiento del juez para adoptar la decisión (*ratio decidendi* en Inglaterra y *holding* en USA); asimismo, son contentivas de declaraciones o pronunciamientos de derecho que no son necesarios para la resolución del caso en concreto, los cuales, si bien pueden poseer “poder de persuasión” ante los tribunales o jueces de inferior jerarquía, no tienen el valor de *stare decisis* y son denominados *obiter dicta* (González Martín, 2006, págs. 385-393).

Valga aclarar que sólo cuando un asunto presenta hechos análogos a los del precedente la *ratio decidendi* o *holding*¹⁸ de este último, tiene carácter vinculante. En consecuencia, la regla del *stare decisis* corresponde al deber que atañe a los magistrados y jueces de adoptar una decisión en un asunto puesto bajo su consideración observando la *ratio decidendi* de las sentencias emitidas -en casos con hechos análogos-, ya sea por ellos mismos o por operadores judiciales de jerarquía superior (Legarre & Rivera, Naturaleza y Dimensiones del "Stare Decisis", 2006, pág. 122).

Conforme a lo anterior, en el derecho anglosajón el precedente es obligatorio, caso contrario a lo que ocurre en el derecho continental, en el cual la jurisprudencia tiene un valor

18 “La *ratio decidendi* de un fallo –o sus fundamentos– puede ser definida como la proposición o proposiciones de Derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos” (Whittaker, 2008, pág. 50)

apenas persuasivo y se reconoce como fuente secundaria o auxiliar del derecho. Empero, esta tradicional distinción presenta matices en la actualidad, pues hay una tendencia al acercamiento de las fuentes de ambos sistemas, esto en lo que atañe a la ley y la jurisprudencia, sobre esta última resulta acertado señalar, que en casi todas las tradiciones o sistemas jurídicos los casos análogos tienden a ser resueltos de manera similar (Cross & Harris, 1991, pág. 3).

Actualmente las decisiones judiciales tienden a alcanzar poder vinculante en el *civil law*, ello de la mano del neoconstitucionalismo, corriente que reconoce la preeminencia de la Carta Política y de las garantías fundamentales¹⁹; reconocimiento que implicó la puesta en marcha de tribunales constitucionales dedicados a la interpretación y materialización de la norma superior, así como también, la alteración del sistema de fuentes jurídicas, ya que la jurisprudencia emanada por tales corporaciones obtiene el carácter de fuente principal (Bernal Pulido, 2008, pág. 149).

Ese carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional se generalizó luego de la segunda posguerra en los sistemas jurídicos europeos; los tribunales constitucionales se concibieron como órganos activos que colaboraban con los poderes legislativo y ejecutivo en la producción de normas por vía del control de constitucionalidad y se elevaron a la cima del poder judicial, estableciéndose el sometimiento de los jueces a la jurisprudencia constitucional (Bernal Pulido, 2008, págs. 150-152)

En Colombia con la expedición de la Carta Política a principios de los años noventa, se le confió a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241); asimismo, el artículo 4º superior preceptúa: “*La Constitución es*

19 (El neoconstitucionalismo) “... *no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y del estado*” (Ávila Santamaría, 2016, pág. 38)

norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, estableciendo así, la preeminencia del texto constitucional (Constitución Política de Colombia, 1991).

Lo anterior respaldaría, inicialmente, la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, sin embargo, el artículo 230 de la Carta Política instituye el deber de los operadores judiciales de someter sus decisiones al imperio de la legalidad, otorgándole a la jurisprudencia (sin realizar distinción alguna) el valor de criterio auxiliar, negando con ello su fuerza vinculante (Constitución Política de Colombia, 1991).

Debido a lo expuesto, son numerosas las providencias de la Corte Constitucional que han matizado la interpretación de tal precepto (artículo 230 de la Constitución), en lo referente a la obligatoriedad del precedente tanto constitucional²⁰ como de las demás altas cortes. Se analizarán entonces, las decisiones más relevantes sobre la materia, con el objeto de establecer las posturas que se han adoptado y mantenido al respecto; se realizará la correspondiente exposición bajo los siguientes ejes temáticos: (i) la fuerza vinculante de los fallos emitidos en control de constitucionalidad de las leyes; (ii) la fuerza vinculante de las sentencias proferidas en la revisión de tutelas y, (iii) la fuerza vinculante de las providencias emanadas de los altos tribunales.

2.2.1. Fuerza vinculante de los fallos emitidos en control de constitucionalidad de las leyes

En el fallo C-104 de 1993, se explicó que el imperio de la legalidad, al cual se encuentran sujetos los operadores jurídicos (artículo 230 superior), está conformado no sólo por los preceptos de carácter legal, sino también por la interpretación constitucional, que

²⁰ “Resulta imperioso señalar que el reconocimiento del precedente constitucional en Colombia ha sido una obra de la propia jurisprudencia constitucional” (Bernal Pulido, 2008, pág. 155).

determina el contenido y el alcance de las normas. Conforme a ello, la Corte concluyó que, al adoptar una decisión, los jueces no sólo deben seguir los preceptos legales, sino además la interpretación que de ellos, en virtud del control de constitucionalidad, realice la Corporación (Corte Constitucional. Sentencia C-104, 1993).

Ahora bien, en la sentencia C -131 de 1993, el referido tribunal precisó que inicialmente, los considerandos de sus providencias tienen el valor que el artículo 230 constitucional le confiere a la doctrina, esto es, el de criterio meramente auxiliar; sin embargo, explicó que los fundamentos contenidos en sus sentencias, que guarden directa relación con la parte resolutive y, los que ella misma indique, tienen el carácter de obligatorios y por tanto, deben ser tenidos en cuenta por los funcionarios judiciales (Corte Constitucional. Sentencia C-131, 1993).

En decisión posterior, la Corte estableció la distinción entre dos conceptos, *obiter dicta* y *ratio decidendi*²¹, indicando que, el primer término, hace relación a las reflexiones realizadas por el operador jurídico, las cuales corresponden a opiniones incidentales en su ejercicio argumentativo; en tanto que, la *ratio decidendi* obedece a la razón en la cual se basa la determinación a adoptar. Sobre este último concepto, también señaló que solamente aquella, entendida como “*el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso*”, tiene el valor de precedente obligatorio, en tanto las opiniones complementarias (*obiter dicta*), poseen un valor pedagógico y de persuasión (Corte Constitucional. Sentencia SU-047, 1999).

Asimismo, el alto tribunal se encargó de explicar cómo identificar la *ratio decidendi* de una sentencia, señalando que para ello deben atenderse tres elementos: (i) la norma objeto

21 Las dos conceptos son extractados del *common law*, más exactamente del derecho inglés, para profundizar sobre este aspecto ver (Whittaker, 2008, pág. 49)

de estudio; (ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y, (iii) el criterio determinante de esta última²² (Corte Constitucional. Sentencia SU-047, 1999).

Continuando con el análisis jurisprudencial, tenemos que en la providencia C-252 de 2001, el alto tribunal expuso sobre al valor normativo de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico de nuestro país, haciendo alusión a las dos posturas que se han planteado al respecto, la *tradicional* y la *reformadora*. En lo que concierne a la postura *tradicional*, explicó que está encuentra sustento en una visión formalista del derecho, en la cual la ley corresponde a la fuente jurídica primaria, en tanto la jurisprudencia posee un valor supletorio, empleándose para resolver los problemas hermenéuticos de las normas, en cuanto: (i) presenten problemas de interpretación; (ii) tengan problemas de coherencia, esto es, contradigan otras disposiciones de igual jerarquía y, (iii) no ofrezcan una respuesta clara frente al caso que se estudia (Corte Constitucional. Sentencia C-252, 2001).

En lo relativo a la *corriente reformadora*, la Corte señaló que aquella considera a la jurisprudencia una fuente primaria de derecho, la cual debe ser aplicada obligatoriamente, asimismo, que esta postura encuentra asidero en la Constitución promulgada en 1991, una carta política que “*alienta la labor judicial y propende a su fortalecimiento*” (Corte Constitucional. Sentencia C-252, 2001).

Sobre este punto, no debe dejarse de lado, que la Constitución consagra una carta detallada de derechos, asimismo, que el juez debe constituirse como protector de tales

22 En atención a lo expuesto por la Corporación, el operador jurídico debe analizar las disposiciones legales y constitucionales, así como el fundamento determinante utilizado para la solución del problema jurídico con la finalidad de determinar cuál fue la *ratio decidendi* y de esta manera aplicarla al caso *sub examine*. Ver al respecto también el fallo C-039 de 2003 (Corte Constitucional. Sentencia C-039, 2003).

prerrogativas, desempeñando un papel activo al interpretar la ley de conformidad con los cánones constitucionales²³.

Retomando la argumentación plasmada en la sentencia C-252 de 2001, se tiene que la Corte agregó que, al exigir el empleo del precedente por parte de los jueces, se busca dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, permitiendo así, la fijación de derroteros claros a utilizar al momento de emitir una decisión; para la Corporación, la organización de un sistema de precedentes se hace necesaria para cumplir la función de unificación jurisprudencial (Corte Constitucional. Sentencia C-252, 2001).

Según el tribunal constitucional, el respeto al precedente al fallar de idéntica manera en asuntos análogos contribuye a la seguridad jurídica²⁴, a la concreción de la garantía de igualdad de trato y a la efectividad de la administración de justicia (Corte Constitucional. Sentencia T-502, 2002).

Ahora bien, en la sentencia C-836 del 2001, se manifestó que de la expresión “*imperio de la ley*” a la cual se hallan sujetos los operadores judiciales (artículo 230 superior), no puede colegirse que éstos sólo puedan orientarse al adoptar una decisión, por una única fuente jurídica (la ley), pues aquella interpretación excluye la norma de normas, esto es la Constitución, así como también, todas las demás fuentes del derecho que dejarían de ser obligatorias para los jueces (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

23 Los derechos se convierten en los criterios materiales últimos de validez de las restantes normas del sistema, con lo que todo comportamiento de creación y aplicación de Derecho supone de algún modo aplicación de los derechos fundamentales (Barranco Avilés, 2016, pág. 156).

24 “...la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado” (Corte Constitucional. Sentencia T-502, 2002)

En la misma decisión se detalló que el término *ley* previsto en el artículo 230 constitucional solamente puede ser interpretado en el sentido de *derecho*, y que tal precepto al señalar que “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*”, determina en qué radica la independencia de los operadores judiciales, pues de su lectura se extrae que estos últimos en sus providencias, no pueden expresar consideraciones externas al ordenamiento jurídico, es decir, no pueden dictar una sentencia según su opinión personal (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

Años después en la sentencia C-335 de 2008, la Corporación Judicial insistió en que el vocablo “ley” del citado artículo 230 constitucional, hace alusión a las diferentes fuentes jurídicas aplicables, al resolver un asunto por parte de un operador judicial (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008) razonamiento que reiteró en la sentencia C-539 de 2011, en la cual sostuvo que el sometimiento de los jueces a la legalidad debe concebirse en un sentido amplio, esto es, relativo a la aplicación de las normas constitucionales y legales, incluyéndose en todo caso la interpretación que de ellas se efectuó en la jurisprudencia (Corte Constitucional. Sentencia C-539, 2011).

Más recientemente en la sentencia C-284 de 2015, se estableció que el término “ley” contenido en el artículo 230 superior, ha sido entendido por la Corte en sentido material, al integrarlo con todas las normas emanadas de las autoridades competentes que han sido emitidas con el procedimiento regular y, con la jurisprudencia. Indicó también, que se ha reconocido por parte de la Corte, la compatibilidad del referido precepto constitucional, con el valor del precedente, el cual tiene una ubicación preponderante en el sistema de fuentes, en virtud de su importancia para garantizar la concreción de los derechos fundamentales y la vigencia del orden jurídico, existiendo, en principio, la obligación de seguirlo por todos los jueces (Corte Constitucional. Sentencia C-284, 2015).

Conforme al recuento jurisprudencial anterior, podemos concluir que: (i) la expresión *imperio de la ley* del artículo 230 superior, además de hacer referencia a la obligatoria sujeción a los preceptos legales y constitucionales, también lo hace en lo que atañe a la interpretación que de los mismos realice el tribunal constitucional; (ii) los argumentos expuestos en las providencias de constitucionalidad relacionados con la parte resolutive de las mismas (*ratio decidendi*) deben ser atendidos de manera obligatoria por los operadores jurídicos al momento de emitir una decisión; (iii) la jurisprudencia constitucional es fuente jurídica primaria en la égida de la Constitución de 1991 y, (iv) al exigirse la aplicación del precedente jurisprudencial por los funcionarios judiciales se busca dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, además de contribuir con la seguridad jurídica y la igualdad en la administración de justicia.

2.2.2. Fuerza vinculante de los fallos emitidos en la revisión de tutelas.

En la sentencia de tutela T-260 de 1995, la Corte extendió los alcances de la fuerza vinculante de su jurisprudencia a las decisiones emitidas al revisar los fallos de tutela, indicando que también originan precedentes constitucionales (Corte Constitucional. Sentencia T-260, 1995).

La Corporación adujo, que al efectuar la revisión eventual de las sentencias de tutela²⁵: (i) se logra la unificación de criterios en lo atinente a la interpretación y aplicabilidad de los preceptos superiores; (ii) se precisa el contenido de los derechos fundamentales y, (iii) se trazan pautas sobre la procedencia de la protección de estos últimos, fijando así, la doctrina

25 El artículo 241 superior confió a la Corte Constitucional el cumplimiento de varias funciones, entre ellas, revisar las decisiones judiciales adoptadas en el trámite de la acción de tutela (Constitución Política de Colombia, 1991).

constitucional que debe ser de obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos al momento de emitir sus decisiones (Corte Constitucional. Sentencia T-260, 1995).

El alto tribunal aclaró, que el objetivo principal de la revisión de las sentencias de tutela, más allá del examen y solución del caso concreto, es analizar la interpretación y la aplicación que de los preceptos superiores hacen los operadores jurídicos, así como también, delimitar el alcance de la preceptiva constitucional, indicando cómo debe entenderse y emplearse en casos similares (Corte Constitucional. Sentencia T-260, 1995).

Posteriormente, en la providencia T-175 de 1997, el tribunal constitucional, al explicar la vinculatoriedad de sus decisiones de tutela, señaló que en aquellas se encuentra la *interpretación auténtica* de la Carta Política en lo que respecta a los derechos fundamentales y a su efectividad. Agregó, que tales providencias poseen dos aspectos, uno subjetivo, que se circunscribe al caso concreto y, uno objetivo, de efectos generales, los cuales implican la fijación de la jurisprudencia, decantando criterios jurídicos y definiendo el contenido de las normas superiores (Corte Constitucional. Sentencia T-175, 1997).

Asimismo, la Corte explicó que las sentencias de tutela también pueden comportar la creación de la doctrina constitucional, que vincula a los operadores jurídicos en casos con fundamentos fácticos similares y que no se encuentren regulados expresamente en las leyes (Corte Constitucional. Sentencia T-175, 1997).

En el mismo sentido, en su fallo C- 252 de 2001, la Corporación aclaró que si bien las consecuencias jurídicas derivadas de la parte resolutive de una sentencia de revisión de tutela rigen solamente para las partes, sus fundamentos tiene valor de doctrina y trascienden el asunto objeto de estudio, puntualizando que la interpretación de índole constitucional que se efectúa en estos eventos “*determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta*

y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución” (Corte Constitucional. Sentencia C-252, 2001).

A partir de las anteriores argumentaciones se colige, que no sólo las providencias de constitucionalidad tienen vinculatoriedad, sino también los fallos de tutela, pues en aquellos se plasma la interpretación auténtica de la Carta Política, en lo que respecta a derechos fundamentales, estableciendo así jurisprudencia constitucional, que se reitera, debe ser aplicada por los jueces de la república.

Es menester entonces, traer a colación el fallo T-292 de 2006, en el cual se precisó por parte de la Corporación, que la *ratio decidendi* de los fallos de tutela resulta vinculante para todos los operadores judiciales, en aras de afirmar la unidad en lo que respecta a la interpretación constitucional en nuestro sistema jurídico, así como también, para asegurar el tratamiento igualitario a los ciudadanos por parte de las autoridades (Corte Constitucional. Sentencia T-292, 2006).

Del mismo modo, se tiene que en la sentencia C-621 de 2015, se remarcó que conforme a decisiones anteriores de la Corte, se estableció una regla atinente al valor normativo del precedente jurisprudencial, consistente en que los precedentes sobre la interpretación de las garantías fundamentales establecidos por aquella tienen un valor *preponderante*, al punto que deben ser atendidos por todos los jueces del país (incluso por los tribunales de cierre) (Corte Constitucional. Sentencia C-621, 2015).

Bajo este mismo entendido la Corte, en sentencia más reciente, SU-354 de 2017, recordó que, si bien los fallos de tutela tienen efectos *interpartes*, deben ser observados por las autoridades judiciales, no sólo en reconocimiento de la supremacía constitucional, sino también en garantía del derecho a la igualdad de los ciudadanos (Corte Constitucional. Sentencia SU-354, 2017).

Para la Corte los jueces al adoptar un fallo de tutela deben seguir los precedentes constitucionales, ello en pro de la unidad y la armonía del ordenamiento jurídico, pues al apartarse de aquellos, los operadores judiciales estarían desconociendo la supremacía de la Constitución y con ello, desarticulando el sistema que constituyen las interpretaciones constitucionales (Corte Constitucional. Sentencia SU-354, 2017).

Finalmente en sentencia T-619 de 2017, el tribunal constitucional señaló que se vulnera el precedente cuando se desconoce la *ratio decidendi* de las providencias emitidas en el trámite de revisión de los fallos de tutela, puesto que a un juez que conozca un caso en el cual se presentan presuntas violaciones a los derechos fundamentales, no le es dable inaplicar la jurisprudencia del tribunal constitucional, cuando éste sea similar en lo que respecta a los fundamentos facticos, el problema jurídico planteado y las pretensiones. Agregando, que tal inaplicación no puede concretarse por preferir seguir un precedente fijado por las demás altas cortes (Corte Constitucional. Sentencia T-619, 2017).

Asimismo, precisó que en reiteradas decisiones de la Corte se ha establecido que la violación al precedente podía asumirse en tres formas: (i) por aplicación de normas cuya inexequibilidad se ha declarado en sentencias de constitucionalidad; (ii) por decidir de forma contraria a la *ratio decidendi* de las providencias de constitucionalidad y, (iii) por contrariar el contenido fijado por la Corte Constitucional a las prerrogativas fundamentales (Corte Constitucional. Sentencia T-619, 2017).

En atención a lo anterior, el tribunal constitucional en su labor de revisar las sentencias de tutela, además de encargarse de conocer y resolver los asuntos puestos bajo su consideración, produce doctrina constitucional, en la cual se fija el alcance de los derechos de las personas y los derroteros para lograr su efectiva protección. Doctrina constitucional obligatoria para todos los jueces en Colombia, quienes al decidir acciones de tutela deben

seguir la *ratio decidendi* de las decisiones emitidas por el alto tribunal, la cual resulta vinculante, en pro de la unidad de la interpretación constitucional dentro de nuestro sistema jurídico y el trato igualitario a las personas por parte de las autoridades.

2.2.3. Fuerza vinculante de las decisiones emitidas por altos tribunales

Sobre la vinculatoriedad de las providencias emitidas por los órganos judiciales de cierre, el tribunal constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

En el fallo C-447 de 1997, la Corte indicó que toda alta corte, especialmente la Corte Constitucional, debe ser consistente en sus fallos, por cuanto, las decisiones judiciales deben tener como característica ser *razonablemente previsibles*, en atención al principio de igualdad y a la seguridad jurídica; añadió, que los operadores judiciales confían en que el superior jerárquico va a emitir una providencia en el mismo sentido, cimentando entonces sus pronunciamientos, en esa previsión (Corte Constitucional. Sentencia C-447, 1997).

En fallo ulterior de referencia C-836 de 2001, la Corte reconoció la autoridad de la Corte Suprema de Justicia para unificar la jurisprudencia; indicó, que aquella es la autoridad encargada de concretar la referida labor y de interpretar el ordenamiento jurídico, formulando principios y reglas que sirven como derroteros interpretativos (de ponderación e integración) de las normas del sistema jurídico (Corte Constitucional. Sentencia C-836, 2001).

Subsiguientemente, en la providencia C-335 de 2008, el tribunal constitucional expuso que reconocer la vinculatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), garantiza no sólo el derecho a la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, sino que además, contribuye a una mayor coherencia del sistema jurídico. Lo anterior, al fallarse casos con fundamentos fácticos similares de manera análoga; igualmente agregó, que el sometimiento de los operadores

jurídicos a los precedentes de las corporaciones judiciales redunda en alcanzar una mejor seguridad jurídica (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

En ese orden de ideas, en la decisión C-539 de 2011, el tribunal constitucional sostuvo que todas las autoridades (judiciales y administrativas) están sometidas a las normas superiores y legales, por tanto, les compete la obligación de atender el precedente jurisprudencial de las corporaciones judiciales (*jurisdicciones constitucional, ordinaria y contencioso administrativa*), además, realizó las siguientes precisiones al respecto (Corte Constitucional. Sentencia C-539, 2011):

- El sometimiento al imperio de la legalidad (artículo 230 constitucional), implica aplicar las normas superiores y legales, asimismo, la interpretación de aquellas plasmada en la jurisprudencia de los altos tribunales de las diferentes jurisdicciones. En el evento de presentarse contradicciones o imprecisiones en el precedente judicial a aplicar, el alto tribunal de manera prioritaria debe “*precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia*” (Corte Constitucional. Sentencia C-539, 2011).

- Las interpretaciones normativas que realicen los altos tribunales pueden erigir derecho viviente²⁶, cuando radiquen en: (i) interpretaciones judiciales consistentes, que pueden no necesariamente ser uniformes o idénticas; (ii) interpretaciones judiciales consolidadas, de manera que hagan referencia a reiteraciones de una misma línea jurisprudencial y, (iii) interpretaciones judiciales

26 En punto de la teoría del derecho viviente el tribunal constitucional explicó que aquella reconoce que el ámbito de aplicación de las normas jurídicas, no se establece únicamente por su literalidad, sino también por el empleo que de ellas han efectuado los jueces, aunado a la interpretación que de éstas hayan realizado las corporaciones judiciales de cierre (Corte Constitucional. Sentencia T-248, 2008).

relevantes, que precisen el alcance y los efectos normativos de la norma que analizan.

(Corte Constitucional. Sentencia C-539, 2011)

Asimismo, la Corte Constitucional en la radicación C-634 de 2011, aceptó la fuerza vinculante de las providencias proferidas por las altas corporaciones judiciales, indicando que la jurisprudencia también se constituye en fuente jurídica primaria y que tal reconocimiento se cimienta en considerar que las normas (constitucionales y legales), no tienen un sentido único, puesto que originan reglas o disposiciones dotadas de un significado concreto, ello con posterioridad al ejercicio de interpretación de las mismas. El tribunal constitucional reiteró que la interpretación que realizan las autoridades encargadas de la unificación de jurisprudencia, tiene un carácter vinculante o fuerza obligatoria, que se explica en que: (i) el derecho al expresarse en lenguaje natural, puede presentar ambigüedad o vaguedad, pues un mismo término puede tener diversos significados o es susceptible de precisarse en cada caso; (ii) en cada decisión judicial hay un proceso de interpretación que tiene como objeto fijar reglas para la resolución del problema jurídico a solucionar; (iii) el derecho es *una práctica argumentativa racional* y no la aplicación irreflexiva de normas y de las consecuencias previstas en ellas; (iv) la actividad creadora de los jueces es compatible con el principio democrático, pues el legislador no puede emitir preceptos que den solución específica a todos los conflictos que se presenten, y es por ello, que los operadores judiciales tienen la facultad de definir de manera concreta cada caso a partir de reglas que se derivan de las leyes (Corte Constitucional. Sentencia C-634, 2011).

Aunado a lo expuesto el tribunal constitucional, consideró que el juez al solucionar controversias en sede judicial puede hacer uso de diversas normas jurídicas, susceptibles de ser aplicables, por cuanto:

- El juez en observancia del principio de preeminencia de la Constitución debe dar aplicación, preferentemente, a las normas superiores en los casos que dirime, realizando un proceso de armonización entre éstas y las distintas fuentes del derecho, respetando en todo caso, el sistema de fuentes y su jerarquía (Corte Constitucional. Sentencia C-634, 2011).

- Hay preceptos que no otorgan una consecuencia jurídica determinada, tales como los principios, que constituyen mandatos de optimización, los cuales deben ser cumplidos a cabalidad (atendiendo las posibilidades), empero no brindan respuestas para casos específicos, por lo que el operador jurídico debe armonizar el contenido de éstos con las demás fuentes del derecho (Corte Constitucional. Sentencia C-634, 2011).

- Concurren diferentes reglas de igual jerarquía que brindan diversas fórmulas de decisión, o no existe ninguna regla que dé solución al caso, o se está frente a una colisión de principios o ante una pugna entre principios y reglas, situaciones problemáticas que deben ser resueltas por el juez previamente a elegir una regla de derecho que le permita resolver el problema jurídico propuesto (Corte Constitucional. Sentencia C-634, 2011).

La Corporación Judicial, también expresó que la vinculatoriedad de los precedentes de los altos tribunales se explica, no sólo en el anhelo de la existencia de coherencia y estabilidad de las reglas jurídicas, sino en el de carencia de arbitrariedad en los fallos judiciales, la cual se alcanza al reconocer el carácter unificador de las subreglas instituidas por los máximos órganos judiciales y con la exigencia de que los fallos emitidos por los operadores jurídicos contengan un discurso racional, que incorpore las distintas fuentes

jurídicas y le otorgue prevalencia a las de mayor jerarquía, siendo además, consistente con las determinaciones adoptadas por sus superiores (Corte Constitucional. Sentencia C-634, 2011).

De igual manera, en la sentencia C-461 de 2013, indicó que en los fallos C-816 de 2011 y C-588 de 2012 se consideró válida y de acuerdo con la Constitución, la vinculatoriedad de los precedentes que integran la jurisprudencia constitucional, así como también, la de los tribunales de cierre, indicando asimismo, que los operadores judiciales están en la obligación de atender los precedentes relacionados con el problema jurídico planteado para darles aplicación o para decidir en sentido diferente, justificando las razones por las cuales se apartan de los mismos (Sentencia C-461, 2013).

Cabe destacar, que en la providencia SU-917 de 2013, la Corporación remarcó la competencia de raigambre constitucional de unificación de la jurisprudencia que ostentan las altas cortes, en atención a lo previsto en los artículos 234 y 235 de la Carta Política, en lo que respecta a la Corte Suprema de Justicia y, al artículo 237 superior, en lo atinente al Consejo de Estado (Corte Constitucional. Sentencia SU-917, 2013).

Adujo, que esta competencia constitucional de unificación les otorga carácter vinculante a las interpretaciones que en sus sentencias realicen los referidos altos tribunales, razón por la cual, los jueces de menor jerarquía deben seguir el precedente fijado por éstos, teniendo la posibilidad excepcional de apartarse de aquellos, “*sometiéndose a condiciones fácticas y argumentativas exigentes*” (Corte Constitucional. Sentencia SU-917, 2013).

Igualmente, la Corte recalcó, que los altos tribunales pueden modificar su propio precedente, respondiendo a exigencias particulares del caso objeto de análisis, que hagan compatible el cambio con las disposiciones del texto constitucional, con el principio de igualdad y las garantías del debido proceso (Corte Constitucional. Sentencia SU-917, 2013).

En el año 2014 la Corte, en sentencia T-775, nuevamente indicó que en consideración al principio de legalidad (artículo 230 constitucional), las autoridades (judiciales y de la administración), están sujetas a la norma superior y a la ley, lo cual comprende también el acatamiento de la jurisprudencia emanada de los tribunales de cierre, encargados de la interpretación de las normas jurídicas al resolver situaciones similares (Corte Constitucional. Sentencia T-775, 2014).

En el fallo C-193 de 2016, se hizo referencia nuevamente a la teoría del derecho viviente, explicándose que la Corporación al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, debe consultar las dinámicas de la sociedad y la interpretación realizada por el tribunal de cierre de la respectiva jurisdicción. La Corte explicó que sus análisis de constitucionalidad no pueden basarse en interpretaciones hipotéticas o que omitan el contexto del problema jurídico planteado, sino que deben tener como referencia los resultados de los ejercicios interpretativos realizados por las altas cortes que expongan una orientación jurisprudencial establecida, correspondiéndole decidir si adopta o no tal interpretación²⁷ (Corte Constitucional. Sentencia C-193, 2016).

En 2017, en el fallo SU-354, además de indicar que el precedente corresponde a la providencia o conjunto de providencias con problemas jurídicos semejantes que deben ser considerados por los jueces al emitir una decisión, lo clasificó en dos categorías, a saber: (i) horizontal, que abarca los fallos proferidos por ellos mismos o por los operadores judiciales de igual jerarquía, el cual tiene fuerza vinculante en atención a los principios de seguridad

²⁷En sentencia T-248 de 2008, ya la Corte había indicado que como juez constitucional, al momento de fijar el alcance de un precepto legal, debía tener en cuenta, la manera en que se había aplicado en el tráfico jurídico, así como también, su contexto de creación y de aplicación, sujetándose así a la interpretación consolidada, empero conservando la facultad de apartarse de aquella cuando la observe en contravía de la norma superior (Corte Constitucional. Sentencia T-248, 2008).

jurídica, buena fe y confianza legítima, así como también, a la garantía de igualdad y, (ii) vertical, atinente a las determinaciones adoptadas por el superior jerárquico o por la corporación que se encargue de la unificación de la jurisprudencia que limitan la autonomía del funcionario judicial, quien se halla obligado a respetar el planteamiento expuesto por aquellos (Corte Constitucional. Sentencia SU-354, 2017)

Asimismo, explicó el alto tribunal que no en todos los asuntos los operadores judiciales deben seguir el precedente, pues pueden desligarse de éste, argumentando con rigurosidad y claridad las razones para proceder de tal manera; es importante resaltar, que la Corte señaló que separarse del precedente es una facultad que tienen los jueces para no aplicar la jurisprudencia de las corporaciones judiciales como expresión de su autonomía (Corte Constitucional. Sentencia SU-354, 2017).

También refirió, que la separación del precedente judicial se torna válida cuando al adoptar la decisión el operador jurídico considera el precedente a inaplicar y no simplemente lo ignora, e indicó que debe efectuarse un proceso de contra-argumentación explicativo, señalando: (i) la ausencia de identidad en los hechos que impide aplicar el precedente en el asunto objeto de análisis; (ii) el desacuerdo con las interpretaciones normativas que se hayan realizado en las sentencias o sentencia que constituyan precedente y, (iii) la discrepancia con la regla de derecho expuesta por el superior jerárquico en su(s) providencia(s) (Corte Constitucional. Sentencia SU-354, 2017)

Por último, se traerá a colación la sentencia T-022 de 2019, en la cual se reiteró que la obligatoriedad del precedente no es absoluta, por cuanto, el juez puede apartarse de aquel, haciendo referencia al precedente del cual se distancia y argumentando de manera razonada los motivos por los cuales no dará aplicación a la “*regla jurisprudencial previa*” (Corte Constitucional. Sentencia T-022, 2019).

Se tiene entonces, que el máximo tribunal constitucional, reconoce la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por los altos tribunales, en atención a su labor de unificar la jurisprudencia e interpretar las normas legales, con la cual se establecen principios generales y parámetros interpretativos, que deben ser seguidos por los operadores judiciales, ello en pro de la concreción del principio de igualdad, la coherencia del sistema jurídico y la seguridad jurídica, asimismo, para evitar la arbitrariedad en la adopción de resoluciones judiciales.

La Corte señala que la expresión *imperio de la ley* que contiene el artículo 230 superior, se encuentra conformada por las normas constitucionales, legales y la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre, órganos encargados de interpretar las normas, quienes las dotan de un significado concreto, fijando reglas para la resolución de casos; interpretación, que debe ser consistente, consolidada y relevante al precisar el alcance y los efectos normativos de la disposición objeto de análisis.

Además, la Corporación ha reconocido que la jurisprudencia de las altas cortes es fuente jurídica formal, empero, también posee un carácter obligatorio que no es absoluto, por cuanto, en atención a la autonomía e independencia judiciales, los operadores jurídicos, pueden separarse del precedente, considerándolo en su decisión para efectos de realizar un ejercicio argumentativo, señalando criterios que le permitan distanciarse de aquel, como la ausencia de identidad fáctica entre el asunto analizado y el tratado previamente, la discrepancia con las interpretaciones plasmadas en la(s) providencia(s) que constituya(n) precedente y la disconformidad con la regla jurídica fijada por el superior jerárquico.

Capítulo 3. La Independencia Judicial

3.1. Evolución del principio de independencia judicial

La independencia judicial y la separación de poderes fueron pilares del Estado Liberal de Derecho; las revoluciones francesa y americana (USA), se fundamentaron ideológicamente en los postulados que Locke y Montesquieu plasmaron al respecto (Lousada Arochena & Ron Latas, 2015, pág. 12).

El libro XI, capítulo VI intitulado “*De la Constitución de Inglaterra*” de la obra “*El Espíritu de las Leyes*” de Montesquieu, se encuentra inspirado en el capítulo XII del “*Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*”, publicado por John Locke en 1689 (Touchard, 1988, pág. 294).

En el citado capítulo XII, Locke planteó la necesaria separación de los poderes legislativo y ejecutivo, empero, sin identificar un poder judicial; sin embargo, en el capítulo IX de la misma obra, Locke alude a la función judicial que debe ejercer el Estado, incluyéndola dentro del poder legislativo, indicando que este último “*estará obligado a gobernar por fijas leyes establecidas, promulgadas y conocidas de las gentes, y no mediante decretos extemporáneos; con jueces rectos e imparciales que en las contiendas decidan por tales leyes (...)*” (Locke, 1969, pág. 97).

Ahora bien, en el referido capítulo VI (Libro XI) de su obra, Montesquieu se refiere a la división entre los poderes del Estado y justifica su separación, refiriendo que sin ésta no habría libertad, por cuanto el monarca o el senado podrían promulgar normas tiránicas, las cuales se ejecutarían del mismo modo (Barón de Montesquieu, 2018, pág. 162).

En el citado capítulo, Montesquieu argumenta que si el poder judicial no se separa del poder ejecutivo “*sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un*

agresor”; mientras que si no se separa del poder legislativo “*el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador*” (Barón de Montesquieu, 2018, pág. 162).

En punto del poder judicial, Montesquieu señaló también, que no debía confiarse a una colectividad que funcionara permanentemente sino a individuos elegidos entre el pueblo en períodos determinados, de acuerdo a lo prescrito en las leyes, para formar un tribunal que se prolongue por el tiempo requerido; aludiendo con ello, a la necesidad de alternancia en la magistratura, por cuanto, se debe temer a ésta y no a los magistrados, asimismo, a la elección de jueces extraídos del pueblo sin sujeción a una clase determinada (Barón de Montesquieu, 2018, pág. 163).

Por último, debe destacarse, que Montesquieu expuso que las decisiones emanadas de los tribunales debían contener el texto literal de la ley, y no la opinión de los jueces, pues “*se viviría en la sociedad sin saber en ella con exactitud las obligaciones que se contraen*”; igualmente, que aquellos son “*los labios que pronuncian las palabras de la ley*”, estableciendo así la sujeción de los jueces al imperio de esta última (Barón de Montesquieu, 2018, pág. 169).

Montesquieu y otros autores como Rousseau y Voltaire inspiraron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789) (Peces-Barba Martínez, Gregorio, 1989, pág. 70) en la cual se estableció el imperio de la ley y el principio de la separación de poderes; es así como en el artículo 16 del referido texto, se preceptuó que las sociedades en la cuales no se encuentre instituido este último y no se garantice el gozo de los derechos, carecen de Constitución, mientras que en su artículo 5° se señaló que: “*Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo*

que ésta no ordene” y, en los preceptos 7 y 8 del mismo, se dispuso el apego a la legalidad en los procesos penales²⁸.

De otra parte, debe indicarse, que la Constitución Americana (1787), se encuentra inspirada en pensadores como Locke, Pufendorf, Vattel, y Montesquieu (Peces-Barba Martínez, Gregorio, 1989, pág. 69), en ella se instauran los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (artículos 1, 2 y 3) empero, no una separación rígida de aquellos, sino un sistema de “*checks and balances*”, en español, de controles y contrapesos (Lousada Arochena & Ron Latas, 2015, pág. 12).

Cabe señalar, que al debatirse en la convención constituyente americana sobre el papel que debía otorgársele al poder judicial se planteó la necesidad de que aquel controlara a la legislatura ante sus posibles excesos (Gargarella, 2012, págs. 57,58). En el Federalista, documento que compiló artículos que propendían por la ratificación de la Constitución, más exactamente en su número 49, James Madison señaló que de conformidad con la nueva Carta Política, los jueces se iban a encontrar lejos del pueblo y por ello no participarían de sus simpatías. Lo anterior, por la manera en que serían nombrados, la naturaleza y duración de su cargo (Gargarella, 2012, pág. 59).

Es así como en los Estados Unidos de América la designación de los magistrados del tribunal supremo le correspondió al ejecutivo (presidente), mientras la creación de tribunales federales inferiores al poder legislativo (congreso), ello de conformidad con lo establecido en la Constitución Americana, artículo 2, sección 2 y en el artículo 3, sección 1. Es importante señalar, que este último precepto también establece que los funcionarios de los tribunales

28 En el citado artículo 7 se estableció el principio de legalidad (sustancial y procesal) en el ámbito penal; mientras que en el artículo 8 se reconoció la necesaria preexistencia de la ley penal y la legalidad de las penas (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789).

antes señalados “*continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo*”, prerrogativas que tendrían como fin garantizar la independencia judicial.

Ahora bien, en el Federalista número 78, Alexander Hamilton, describió al poder judicial como una colectividad intermedia entre el legislativo y el pueblo (constituyente) e indicó, que su función principal consistía en mantener a la legislatura dentro de los límites que le fueron impuestos en la Constitución. De igual manera Hamilton defendió la posibilidad del control judicial de las leyes, indicando que al negar validez a una norma legislativa el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad del pueblo; para el referido autor se amenazaba la autoridad suprema de este último al negársele a la judicatura su capacidad de controlar o revisar las leyes, autorizándose así de manera implícita, la promulgación de leyes contrarias a la Constitución (Gargarella, 2012, pág. 71).

Sobre este punto, debe traerse a colación, el caso “Marbury vs. Madison”, en la cual se reafirmó por parte de la judicatura de la unión americana, el derecho de los jueces a negar validez a las leyes que contrarían preceptos constitucionales (Gargarella, 2012, pág. 63). En este fallo la Corte Suprema declaró por primera vez inconstitucional una ley promulgada por el Congreso Federal, sentando así las bases del control judicial de constitucionalidad, siendo innegable su influencia en la jurisprudencia norteamericana (Garay, 2009, págs. 121-136).

No sobra advertir, sin embargo, que el control de constitucionalidad se justificó en posiciones conservadoras y elitistas, las primeras, relacionaron la imparcialidad de aquel con la reflexión aislada de un individuo o de un pequeño grupo de éstos; las segundas, con las características que debían tener tales sujetos, ser virtuosos e ilustrados, con lo cual se

garantizaría la calidad de sus decisiones. Ambas posturas partían del supuesto de que para la toma de decisiones no resultaba necesario la participación o la consulta de todos los potencialmente afectados con la adopción de aquellas (Gargarella, 2012, pág. 67).

La posición elitista fue defendida por Locke, quien en su primer tratado sobre el gobierno civil señaló que existían verdades morales cognoscibles y que no todos los hombres estaban en capacidad de acceder a éstas (Locke, 1969). Este postulado influyó notablemente en el pensamiento político inglés del siglo XVIII, asimismo, en los padres fundadores de américa del norte, quienes además de adherirse a la idea de que la toma de decisiones no requería de la consulta anterior a los posibles afectados, propugnaban por la elección de individuos ilustrados, exigiendo requisitos de edad o de determinados estudios para así garantizar los verdaderos intereses de la comunidad (Gargarella, 2012, págs. 68, 69)

Los padres fundadores estructuraron el poder judicial norteamericano con la intención de garantizar su imparcialidad a la hora de adoptar decisiones, contaron entonces, con un cuerpo de jueces reducido, aislado del debate público y conformado por sujetos especialmente ilustrados y capacitados (Gargarella, 2012, pág. 70)

Ahora bien, la transición del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, este último entendido como fórmula de reajuste del primero, postulando planteamientos de carácter social (Díaz, 1979, pág. 95), supuso la intervención estatal para la garantía de los derechos de las personas, alterando la función de la judicatura, que ahora no sólo debe encargarse de dirimir litigios sino de resolver problemáticas que no habían sido tratadas de manera satisfactoria por otras instituciones estatales (Araujo Renteria, 2015, págs. 384, 385)²⁹.

29 *“Los jueces, se han convertido a su pesar en actores importantes, ya que los ciudadanos demandan de ellos la protección de sus derechos frente a los demás órganos del poder público, lo que ha ampliado la esfera de sus decisiones judiciales”* (Araujo Renteria, 2015, págs. 384, 385).

Cabe señalar, que en la segunda posguerra, en los países de Europa Occidental, se encomendó a los tribunales constitucionales la adecuación de las leyes a la Constitución, mediante el sistema de jurisdicción constitucional concentrada, que implica efectos *erga omnes* (frente a todos) en lo que respecta a sus decisiones, las cuales influyen notablemente en los jueces ordinarios, que no sólo deben sujetarse a los presupuestos establecidos en la ley sino también deben observar los principios y valores del texto superior y la jurisprudencia constitucional para efectos de resolver un caso puesto a su consideración (Lousada Arochena & Ron Latas, 2015, págs. 33, 34).

La revisión judicial de las leyes no ha sido ajena a las críticas por su carácter conservador y elitista, explicado brevemente en párrafos anteriores, pues se ha expuesto que pese a lo indicado por Alexander Hamilton (Federalista número 78), no es cierto que la Constitución refleje la voluntad del pueblo, pues normalmente los constituyentes no representan de manera adecuada a la ciudadanía, actuando en consideración muy limitada a las reivindicaciones de las mayorías; igualmente, se ha indicado que la Constitución carece de un carácter atemporal y que por ello, podría no ajustarse a los cambios sociales derivados del paso tiempo, así como también, que los jueces al incorporar soluciones que no se hallan explícitamente en la norma superior, han asumido la tarea de reemplazar al cuerpo legislador al momento de resolver cuestiones fundamentales, por ejemplo: el aborto y la eutanasia, entre otros temas. No menos importante, resulta la consideración atinente a que el texto constitucional se torna impreciso frente a casos difíciles, exigiendo un complejo proceso interpretativo que queda en manos de la judicatura otorgándole un enorme poder de decisión (Gargarella, 2012, pág. 75).

Todas estas críticas merecen un profundo estudio, sin embargo, sólo se enuncian para presentar el complejo panorama del control constitucional de las leyes, el cual se encuentra

en manos de la magistratura. Sobre el punto, vale la pena traer a colación las palabras de Alexander Bickel, quien señala que la revisión judicial representa la facultad “*de aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial*” (Bickel, 1978, pág. 17).

Se critica entonces, que un grupo selecto de individuos tome decisiones fundamentales en nombre de la mayoría de la población, encontrándonos ante un grave problema de legitimidad (Gargarella, 2012, pág. 136); se cuestiona que la justicia tenga el derecho de pronunciar la última palabra, contradiciendo en algunos casos la voluntad de las mayorías, reflejando tensiones entre aquella y la democracia (Gargarella, 2012, pág. 139), por tales razones, se considera viable la alternativa del reenvío legislativo, mediante el cual el poder judicial tiene la posibilidad de instar al legislador para que reflexione de nuevo sobre su decisión, entablándose un dialogo institucional, garantizándose la defensa del principio mayoritario y la disminución de la rigidez del sistema institucional (Gargarella, 2012, pág. 196)

De otra parte y continuando con la exposición de los cambios surgidos con la segunda posguerra, se tiene que ésta también generó la creación de instituciones supranacionales e instrumentos del mismo tenor para la protección de los derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, entre otros, situación que supuso un cambio de paradigma, pues el *imperio de la ley* del Estado Liberal de Derecho se relativizó aún más, por cuanto, la legislación debe estar a tono con los mandatos del derecho internacional.

En los Estados constitucionales los principios superiores y los derechos humanos se convierten en criterios vinculantes para el ejercicio de todas las ramas del poder público, proporcionando un contenido sustancial al ordenamiento jurídico tanto en la creación de las leyes como en su aplicación (Grosso García, 2019, pág. 223). En el Estado constitucional los jueces adquieren protagonismo no sólo por los controles de constitucionalidad de las leyes (concentrado - en cabeza de un tribunal constitucional - y difuso - que atañe a todos los jueces-), sino también, por el conocimiento de las acciones constitucionales que permiten la demanda de la aplicación directa del texto constitucional (su catálogo de derechos); los jueces además de interpretar la Constitución actualizan el derecho adaptándolo a las necesidades de su tiempo (Grosso García, 2019, págs. 225, 226 y 237).

Los referidos cambios, atinentes a la preeminencia constitucional y a la sujeción a las normas del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los Estados, supusieron la transición a un Estado Constitucional de Derecho, que originó transformaciones en el principio de independencia judicial que, sin embargo, sigue en la línea de mantener la separación efectiva entre el poder judicial y los demás poderes del Estado, así como también, en la de garantizar a todos los ciudadanos un juicio conforme al debido proceso, alejado de injerencias externas que puedan afectar la imparcialidad del juez (Bustos Gisber, 2006, págs. 81-109).

En el Estado Constitucional de Derecho el principio de independencia judicial presenta dos connotaciones, una institucional y la otra individual, la primera, atinente a que la rama judicial no debe soportar injerencias indebidas de otras ramas del poder público y, la segunda, a que el juez al resolver los conflictos puestos bajo su conocimiento, aplicará el *Derecho* libre de toda presión o aliciente (Huertas, Medina Cuenca, & Salcedo Ortega, 2017, pág. 39).

Sobre la independencia judicial institucional, debe anotarse, que aquella entiende el poder judicial como parte del engranaje estatal, empero, independiente de los otros poderes públicos, es así como se han creado consejos autónomos de la magistratura para limitar las competencias del poder ejecutivo sobre la administración del poder judicial; asimismo, se ha establecido que el ejercicio de la actividad judicial compete únicamente a los jueces (Comisión Internacional de Juristas, 2007, págs. 21, 23).

Los principios básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que esta última será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está o no dentro de la competencia que le fue atribuida legalmente; asimismo, prevén que no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales por parte de las otras ramas del poder público (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985).

Ahora, en lo atinente a la independencia individual, se tiene que ésta concierne al juez en específico, como funcionario independiente de otros miembros del poder judicial y de las otras ramas del poder público, quienes deben respetar y cumplir sus fallos (Comisión Internacional de Juristas, 2007, pág. 22).

Los jueces deben estar libres de injerencias al decidir un asunto y sin temor a ningún tipo de represalias; según el principio No. 2 de los ya citados Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, de conformidad los hechos y el derecho aplicable, sin restricciones, presiones, alicientes, intromisiones indebidas, amenazas directas o indirectas

provenientes de cualquier sector o por cualquier motivo (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985).

En el marco del Estado Constitucional se han buscado alternativas para lograr la materialización del principio de independencia judicial en su connotación individual, por ejemplo, se han establecido restricciones tendientes a alcanzar la insularidad de los operadores judiciales frente a la comunidad, tales como, la incompatibilidad para ejercer funciones públicas o privadas, previniendo que los jueces se encuentren en situación de dependencia con respecto a sus empleadores, sin embargo, existen excepciones, tales como la docencia y la investigación jurídica; asimismo, se ha prohibido que el juez participe activamente en política, ello en procura de que no se presenten situaciones de dependencia frente a un partido político (Lousada Arochena & Ron Latas, 2015, págs. 42-54) .

En el mismo sentido se ha entendido que, los procesos de índole disciplinaria seguidos en contra de los funcionarios judiciales tienen como finalidad la mejora del servicio y no el constituirse en un mecanismo de retaliación por sus decisiones; igualmente que, la formación judicial debe ser continua y con base en los valores constitucionales, permitiéndole al operador jurídico dirimir las controversias que se le presentan a luz de aquellos (Lousada Arochena & Ron Latas, 2015, págs. 42-54).

Finalmente, cabe señalar, que se ha expuesto por algunos autores, que el poder judicial se ve afectado por una dependencia interna, esto es, frente a la propia organización judicial, por ejemplo, Roberto Bergalli ha indicado que el poder judicial que debería estar en cabeza de cada juez, se encuentra cristalizado en los tribunales de rango más elevado o en la Corte Suprema, la cual se encuentra sujeta por los gobiernos de turno que han procedido a condicionar a sus miembros (Bergalli, 1990, págs. 49-52).

Asimismo, se ha afirmado y con razón, que la disposición piramidal y vertical de la administración de justicia ha permitido un eficaz sistema de control al poder de los jueces, asegurando que se homologuen las decisiones de la judicatura y se ciñan a los criterios políticos de los altos tribunales; solamente se hace necesario un control por arriba y el propio sistema judicial realiza un control hacia abajo, pues los jueces se alinean al modelo jerarquizado que les asegura mantenerse en el ejercicio de su cargo³⁰ (Grosso García, 2019, pág. 585).

3.2. Instrumentos Internacionales sobre la independencia judicial

Como se señaló en precedencia en la segunda posguerra se crearon instrumentos y organismos internacionales para la garantía de los derechos fundamentales, dentro de ese contexto, la independencia judicial se encuentra establecida como una prerrogativa que permite la consecución de un juicio justo y, a su vez, la materialización del derecho fundamental al debido proceso.

Es así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de noviembre de 1948), en su artículo 10° establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un *tribunal independiente* e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para ser procesada en materia penal (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Del mismo modo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14 establece iguales prerrogativas y además, indica que la prensa y el público

30 Si bien el autor realiza su exposición sobre las estrategias de cooptación institucional dentro del marco de los autoritarismos electorales, se tiene que ésta también se ajusta a las circunstancias que se presentan en las democracias de América Latina. Sobre el tema véase el capítulo 9 del libro *La Justicia Frente al Gobierno* de Roberto Gargarella, intitulado “La justicia dependiente de la política. El caso argentino” (Gargarella, 2012, págs. 247-277); cabe señalar, que la exposición de este último autor trata la situación de la Argentina con posterioridad a la dictadura de la junta militar.

podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; esta última facultad tiene como finalidad evitar la indebida injerencia de los medios de comunicación en las decisiones a adoptar por la judicatura, que debe resolver con independencia y lejos del foco mediático (Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1966).

Igualmente, en el séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán en 1985, se adoptaron los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, en este instrumento internacional se establece que la independencia judicial deberá proclamarse en la constitución o en la ley de los estados miembros y deberá ser acatada por las demás instituciones estatales; asimismo, que es deber del Estado proporcionar los recursos necesarios para el desempeño de las funciones de la judicatura (ver principios 1 y 7). Cabe destacar que en el principio N° 2 del citado instrumento, se estipula que los jueces deben resolver los asuntos puestos bajo su conocimiento fundamentándose en los hechos y en el derecho aplicable, sin restricciones, influencias, intromisiones indebidas o amenazas que provengan de cualquier sector y por cualquier motivo (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985).

Ahora bien, en los principios 3 y 4, se preceptúa que la judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial, teniendo autoridad exclusiva para decidir si una cuestión (que haya sido sometida a su conocimiento) está o no dentro de su competencia; del mismo modo, que las decisiones proferidas por los operadores judiciales no serán revisadas

por las otras ramas del poder público. También en el principio 5 se plasma el derecho de todas las personas a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinaria y conforme a los procedimientos establecidos legalmente; asimismo, se prohíbe la creación de tribunales que no apliquen normas procesales debidamente erigidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985).

Los demás principios tratan sobre: (i) la libertad de expresión, creencias y asociación de los jueces; (ii) la competencia profesional para ejercer el cargo, los procesos de selección y formación; (iii) las condiciones de prestación del servicio e inamovilidad; (iv) el secreto profesional y la inmunidad y, (v) las medidas disciplinarias, la suspensión y separación del cargo (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985).

En lo que atañe al secreto profesional y a la inmunidad judicial, debe destacarse que en los principios 15 y 16 se establece que los funcionarios judiciales estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos de que se trate de audiencias públicas, y que no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos; asimismo, que sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o recurso de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales. Con relación a las medidas disciplinarias, la suspensión y separación del cargo, los principios 17 y 18 señalan que toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad y de conformidad con el

procedimiento establecido en la ley; igualmente, que los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985).

Finalmente, los principios 19 y 20 prevén que todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas para el efecto; del mismo modo, que las decisiones que se emitan en estos procedimientos estarán sujetas a una revisión independiente, empero podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares (Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1985).

Los procedimientos para la aplicación efectiva de los referidos principios se establecieron en la resolución 60 de 1989 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989.

Continuando con la exposición de instrumentos internacionales, debe traerse a colación, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, los cuales reforzaron el principio de universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos (Declaración y el Programa de Acción de Viena, 1993).

Ahora bien, sobre el tema de independencia judicial se tiene que en el numeral 27 del capítulo I de la citada declaración, se preceptuó que la administración de justicia, en particular los órganos encargados del cumplimiento de la ley y del enjuiciamiento, deben ser independientes y tienen el compromiso de aplicar las normas contenidas en los instrumentos

internacionales de derechos humanos; reconociéndose además, que son organismos decisivos para la cabal realización de los derechos humanos e indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible (Declaración y el Programa de Acción de Viena, 1993).

En lo relativo al Sistema Regional de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, celebrada en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, prevé en su artículo 8° sobre garantías judiciales, que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, *independiente* e imparcial establecido con anterioridad por la ley, tanto en asuntos penales como de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro orden (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Como puede observarse, no son pocos los instrumentos internacionales que exponen la importancia de la independencia judicial para la protección de los derechos humanos y la reconocen como una garantía fundamental para la materialización del debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

3.3. La independencia judicial en Colombia

La Carta Política en su disposición 113, indica que son ramas del poder público la ejecutiva, la legislativa y la judicial; asimismo, que los diferentes órganos estatales tienen funciones separadas, empero colaboran de manera armónica para la consecución de sus fines (Constitución Política de Colombia, 1991). En consonancia con lo anterior, el artículo 228 superior establece que la administración de justicia es función pública y que sus decisiones son independientes (Constitución Política de Colombia, 1991).

Igualmente, el artículo 5° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270, 1996), prevé que la judicatura es independiente al ejercer su función constitucional (artículo 228) y legal de administrar justicia.

El tribunal constitucional al estudiar la exequibilidad del referido artículo 5°, señaló que el principal propósito de la función judicial corresponde a impartir justicia, ya sea en la resolución de los litigios que se presenten entre particulares, o entre éstos y el Estado o en la sanción de las transgresiones a la ley penal y, que para la concreción de la referida labor la administración de justicia debía cimentarse en dos principios esenciales, la independencia y la imparcialidad de los funcionarios judiciales (Corte Constitucional. Sentencia C-037, 1996).

Asimismo, en el fallo C-285 de 2016, se indicó por parte de la Corte Constitucional que la independencia judicial es una manifestación del principio de separación de poderes, el cual exige la identificación y diferenciación de las actuaciones del Estado, así como también, la asignación de roles a cada uno de los poderes y órganos estatales, los que deben contar con las condiciones idóneas para ejercer su misión separadamente y de manera autosuficiente (Corte Constitucional. Sentencia C-285, 2016).

El alto tribunal también precisó, que para efectos de que el principio de separación de poderes se concrete, el Estado debe contar con órganos especializados encargados de la actividad jurisdiccional, la cual debe ser ejercida sin injerencias de los demás cuerpos que lo integran (Corte Constitucional. Sentencia C-285, 2016).

En ese mismo sentido, de acuerdo con los Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales de autoría de la Comisión Internacional de Juristas, es obligación del Estado organizarse de forma tal, que se asegure una verdadera separación de los poderes públicos, así como también, la existencia de una

rama judicial imparcial e independiente, condición esta última, indispensable para la recta administración de justicia (Comisión internacional de Juristas, 2005). Precisamente, sobre la justa administración de justicia y su relación inescindible con el principio de independencia judicial, el tribunal constitucional ha indicado que este último integra el debido proceso y es una condición necesaria para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia y un vehículo para la concreción de las libertades y prerrogativas individuales (Corte Constitucional. Sentencia C-285, 2016).

Ahora bien, siguiendo con el desarrollo de las normas del texto constitucional que se refieren al principio de independencia judicial, se tiene el artículo 230 de la Carta Política prevé que los jueces en sus decisiones solamente se hallan sujetos al *imperio de la ley*, precepto que contiene la fórmula establecida en el Estado Liberal de Derecho (explicada con anterioridad en este texto), la cual debió ser matizada por la Corte Constitucional, quien ha explicado que el vocablo *ley* incluye las normas constitucionales, las leyes, los actos administrativos generales y los fallos de control de constitucionalidad de las leyes (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

El artículo 5° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, citado con anterioridad, también preceptúa que ningún superior jerárquico podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un juez para imponerle los criterios o las decisiones que deba plasmar en sus providencias, estableciendo con ello, la independencia individual de los jueces frente a otros integrantes de la rama judicial del poder público (Ley 270, 1996).

Como ya se indicó, en el fallo C-037 de 1996, se declaró la constitucionalidad de este artículo y, sobre el alcance de aquel, se explicó que la independencia judicial no sólo debe predicarse con respecto a las otras ramas del poder público, sino también en lo que atañe a los superiores jerárquicos dentro de la misma judicatura, principio que se establece en el

artículo 230 superior, que dispone la sujeción de los jueces únicamente al imperio de la legalidad, termino este último, que comprende también la Carta Política (Corte Constitucional. Sentencia C-037, 1996).

Del mismo modo, la Corte afirmó que la prohibición de imponer criterios prevista en el artículo 5° de la Ley 270 de 1996, debía entenderse sin perjuicio de la vinculatoriedad de la doctrina del tribunal constitucional y su función integradora, la cual es fijada por el intérprete autorizado de la norma de normas (Corte Constitucional. Sentencia C-037, 1996).

Más recientemente en la providencia C-285 de 2016, la corporación constitucional se refirió al mismo asunto, expresando que el principio de independencia judicial en su aspecto individual, se encuentra orientado a asegurar que el proceso de decisión de los operadores jurídicos se halle libre de injerencias y presiones de otros actores (otros jueces, grupos económicos, grupos sociales, medios de comunicación y las partes que integran la controversia que se dirime), ello con la finalidad de que la argumentación del fallo sea únicamente el resultado de la aplicación del Derecho al caso (Corte Constitucional. Sentencia C-285, 2016)

La Corporación explicó que la independencia judicial en su cariz individual presenta tres particularidades, a saber: (i) tener una connotación negativa, puesto que se orienta esencialmente a impedir injerencias en la actividad de administrar justicia; (ii) predicarse de manera exclusiva de los jueces, de forma particular y no como poder judicial y, (iii) exigirse de la actividad judicial, por cuanto, son los fallos los que en principio, requieren de *neutralidad e imparcialidad*, por ser instrumentos para la realización de los derechos fundamentales (Corte Constitucional. Sentencia C-285, 2016).

Cabe señalar, que con respecto a la independencia judicial individual el Estatuto del Juez Iberoamericano (artículo 4°), establece que en el ejercicio de la jurisdicción los

funcionarios judiciales no se encuentran sujetos a sus superiores jerárquicos, ello sin perjuicio de la facultad de éstos de revisar las providencias en atención a los recursos establecidos por ley “y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos” (VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, 2001).

Como puede verse, en el citado precepto se hace alusión expresa a la independencia de los jueces frente a las autoridades judiciales superiores, indicando que, pese a aquella, estas últimas, tienen la facultad de revisar las decisiones de instancia mediante los recursos previstos legalmente; asimismo, que los jueces deben aplicar los precedentes de las altas cortes conforme a la vinculatoriedad que el ordenamiento interno les reconozca (VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, 2001).

Ahora bien, además de remitirnos a las decisiones del tribunal constitucional que fueron traídas a colación en el numeral 2.2.3 del capítulo II de esta tesis, en el cual se estudió la fuerza vinculante de las decisiones emitidas por las corporaciones judiciales de cierre y el deber de los jueces de justificar con suficiencia las razones por las cuales se apartaban del precedente judicial sentado por aquellas, a continuación se profundizará en los referidos temas, reseñando fallos de la Corte en los cuales se ha establecido la estrecha relación existente entre tal carga argumentativa y el principio de independencia judicial.

La Corte Constitucional en el año 2013, en el fallo SU-917³¹, sostuvo que la facultad constitucional de unificación de la jurisprudencia que ostentan los altos tribunales de las jurisdicciones, le confiere carácter vinculante a las interpretaciones que aquellos efectúen sobre las normas legales aplicadas a los asuntos sometidos a su conocimiento (Corte Constitucional. Sentencia SU-917, 2013).

El alto tribunal puntualizó además, que del referido carácter vinculante se desprende que: (i) los operadores judiciales de inferior jerarquía deban, en principio, respetar el precedente sentado por las corporaciones de cierre de su jurisdicción (e igualmente por la jurisprudencia constitucional); (ii) los eventos de apartarse de ese precedente sean excepcionales y se encuentren bajo condiciones fácticas y argumentativas exigentes y, (iii) en cabeza de las altas cortes se halle la posibilidad de modificar su propio precedente, la cual está sujeta a requerimientos particulares que *“hagan a ese cambio compatible con la Constitución, particularmente con el debido proceso y el principio de igualdad”* (Corte Constitucional. Sentencia SU-917, 2013).

Ulteriormente, la Corte indicó que, pese a la obligatoriedad del precedente sentado por las altas corporaciones judiciales, el juez de inferior jerarquía tiene la facultad de separarse de aquel, soportando una carga de argumentación que justifique su decisión. Especificó entonces, que una vez identificado el precedente judicial con vocación de aplicarse al caso objeto de estudio, el juez solamente puede distanciarse del mismo mediante un ejercicio contra-argumentativo que desarrolle las razones de su decisión de *apartamiento* que puede darse por: *“ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al*

31 Debe precisarse, que en los fallos de unificación y de tutela que se reseñarán en este apartado, se analizaron acciones de tutela en contra de providencias, en las cuales se demandó la protección de los derechos al debido proceso y a la igualdad por parte de los accionantes.

caso concreto; desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente o discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial” (Corte Constitucional. Sentencia C-621, 2015).

Conforme con lo expuesto, la facultad de separarse del precedente establecido por los órganos judiciales de cierre supone, en principio, la obligación de reconocimiento de aquel, así como también, la justificación expresa de las razones que fundamentan su no seguimiento en el caso que se analiza.

En el citado fallo C-621 de 2015, la Corte también indicó que el operador judicial al separarse del precedente debe realizar una argumentación debida de los razonamientos que lo persuadieron a que se apartara de éste, pues si no lo hace se generaría un defecto que viciaría su decisión, al desconocer la obligación, que en principio se tiene, de respetar el precedente sentado por las altas Cortes (Corte Constitucional. Sentencia C-621, 2015).

Sobre el particular, la Corte ha afirmado que además de cumplirse con la carga argumentativa antes señalada, los jueces que se aparten del precedente tienen la obligación de brindar una mejor solución al problema jurídico, puesto que de lo contrario se estarían vulnerando los derechos a la igualdad y al debido proceso (Corte Constitucional. Sentencia T-309, 2015).

En la referida sentencia T-309, el tribunal constitucional señaló que si bien el juez se encuentra obligado a respetar el precedente fijado por los altos tribunales, a su vez lo está a adecuarse al devenir propio del tráfico jurídico y, en consecuencia, puede apartarse del precedente si en su decisión presenta razones suficientes, a luz de la situación fáctica del caso que dirime y al ordenamiento jurídico que justifiquen su posición, demostrando que aquel no es suficiente, válido o correcto para solucionar el problema jurídico planteado (Corte Constitucional. Sentencia T-309, 2015).

En sentencia de unificación de 2017, SU-210, la Corte Constitucional reiteró que un funcionario judicial puede separarse del precedente, si cumple con los requisitos de transparencia y de suficiencia, el primero, atinente a la expresa referencia del precedente en su decisión y, el segundo, a exponer razones suficientes y válidas para apartarse de aquel y las circunstancias fácticas del asunto que estudia, las cuales justifiquen su no aplicación, exigencias éstas, que garantizan la protección a la independencia de los jueces y al derecho a la igualdad (Corte Constitucional. Sentencia SU- 210, 2010).

En la decisión de unificación la Corte también adujo que los operadores jurídicos que se aparten de la jurisprudencia de sus superiores jerárquicos, sin alegar razones fundadas para hacerlo, transgreden el derecho a la igualdad, el cual puede ampararse por medio de un fallo de tutela; igualmente señaló los requisitos para apartarse del precedente vertical, los cuales se relacionan a continuación: (i) que además de hacer alusión a éste se refieran a su esencia y razón de ser; (ii) que se indique que se separan del precedente voluntariamente y, se expliquen los argumentos que sustentan tal determinación, que pueden consistir en: a) existen nuevos elementos que hacen necesario que no se aplique la *ratio decidendi* de la decisión anterior; b) en su momento el funcionario judicial de jerarquía superior, no tuvo en cuenta algunos elementos normativos de relevancia, que alterarían la admisibilidad de la aplicación del precedente para el caso que se estudia; c) existen desarrollos dogmáticos posteriores que justifican una posición distinta; d) La Corte Interamericana de Derechos Humanos o el tribunal constitucional se pronunciaron de forma contraria a la expuesta por su superior funcional y, e) se presentaron cambios normativos que hacen incompatible la aplicación del precedente (Corte Constitucional. Sentencia SU- 210, 2010).

Corolario de lo expuesto, se tiene que sólo de manera excepcional y en atención al principio de independencia, los operadores jurídicos están facultados para desligarse del

precedente de las altas corporaciones judiciales, mediando una argumentación razonada de su apartamiento, que contenga uno o varios de los requisitos indicados en el párrafo anterior y demostrando que con ello está brindando una mejor respuesta al problema jurídico y desarrollando de mejor manera los valores, principios y derechos previstos en la Constitución.

Hasta el momento, se ha desarrollado únicamente, el tema del desligamiento del precedente, establecido por los máximos órganos judiciales, por parte de los jueces de instancia (precedente vertical), empero no se ha hecho referencia al apartamiento del precedente horizontal, el cual se presenta al interior de una alta corte, tribunal o en un juzgado de instancia.

Inicialmente, se tiene que en la sentencia T-698 de 2004, se indicó que los jueces y magistrados, pueden separarse del precedente contenido en una decisión emitida por ellos mismos o por otra sala, siempre que justifiquen suficiente y razonablemente “*el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial*”, que había sido atendida en asuntos con identidad fáctica; proceder que halla asidero en la independencia judicial (Corte Constitucional. Sentencia T-698, 2004)

La Corte estableció dos requerimientos que permiten apartarse del precedente horizontal (también del vertical), a saber: (i) hacer alusión al precedente que es rebatido y, (ii) argumentar de manera suficiente el apartamiento de éste, ello para garantizar el derecho a la igualdad de trato y conjurar la adopción de decisiones arbitrarias (Corte Constitucional. Sentencia T-698, 2004).

En el fallo T-049 de 2007, la Corte indicó que el juez o magistrado que desee apartarse del precedente judicial horizontal debe demostrar que no se está ante la misma situación fáctica analizada en la decisión anterior, y por lo tanto aquel no resulta aplicable, de igual

manera, debe cumplir con los dos requisitos expuestos en la sentencia T-698, reseñada en los párrafos inmediatamente anteriores (Corte Constitucional. Sentencia T-049, 2007).

En la citada sentencia T-049 de 2007 se indica que el precedente horizontal posee vinculatoriedad en virtud de la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, por cuanto las decisiones de la judicatura deben ser previsibles (de manera razonable); asimismo, por razones de disciplina judicial, por cuanto, el sistema de la judicatura requiere al menos, de una mínima coherencia (Corte Constitucional. Sentencia T-049, 2007).

Ahora, en la sentencia T-775 de 2014, la Corte señaló que resulta viable separarse del precedente, en eventos en los cuales, la doctrina que en su momento fue idónea para aplicar en una determinada circunstancia, no sea la adecuada para la situación social ulterior; del mismo modo, cuando se considere que el precedente contraría los derechos, principios y valores superiores (Corte Constitucional. Sentencia T-775, 2014).

Para la Corporación también resulta legítimo cambiar de precedente por modificaciones en el derecho positivo debidas a tránsitos constitucionales o legales, así como también, cuando el fallador observe que pese a las semejanzas entre el caso a resolver y el ya definido, existen diferencias importantes que impiden igualarlos (Corte Constitucional. Sentencia T-775, 2014).

Con respecto a las cargas argumentativas que debe asumir el juez al apartarse de los precedentes horizontales, el tribunal constitucional explicó que éste inicialmente debe identificar las providencias que resulten relevantes para la resolución del asunto que examina (carga de transparencia); luego le compete establecer las diferencias entre él o los casos ya fallados y el que se estudia en ese momento, esto para establecer una distinción que le permita tratar de manera contraria dos situaciones, inicialmente similares (carga de suficiencia I) y, por último, tiene la obligación de explicar los motivos por los que la nueva orientación le

permite dirimir el caso que analiza de mejor manera que si siguiera el precedente establecido (carga de suficiencia II) (Corte Constitucional. Sentencia T-775, 2014).

Finalmente, en la providencia C-621 de 2015, se resalta que en el fallo C-836 de 2001, se estableció de manera específica, que el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria tenía la posibilidad de apartarse de su precedente horizontal en los siguientes eventos: (i) si se presentan modificaciones de carácter social que obliguen al cambio de jurisprudencia; (ii) cuando sus decisiones previas sobre un punto de derecho contradicen el ordenamiento jurídico y, (iii) ante una modificación ostensible en los contenidos constitucionales o legales (Corte Constitucional. Sentencia C-621, 2015).

Conforme a lo anteriormente planteado, el magistrado o juez que decida apartarse del precedente horizontal se encuentra obligado a asumir cargas argumentativas similares a las que debe soportar un funcionario judicial de instancia al apartarse del precedente vertical. Los criterios de contra-argumentación para apartarse del precedente vertical y horizontal señalados por el tribunal constitucional se resumen en: (a) carencia de identidad entre los supuestos fácticos del precedente y los del asunto objeto de conocimiento; b) cambios normativos que hacen incompatible la aplicación del precedente; c) desacuerdo con la interpretación normativa realizada o con la regla de derecho establecida en la decisión precedente y, d) la obligación de brindar una respuesta más idónea al problema jurídico; criterios que deben ser observados, pues de lo contrario, se estarían vulnerando las garantías del debido proceso y el derecho a la igualdad, entre otros.

4. La independencia judicial en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.

Anteriormente, se expuso sobre los elementos configurativos del prevaricato por acción por desconocimiento del precedente judicial, establecidos por el tribunal constitucional en el fallo C-335 de 2008; así como también, sobre la vinculatoriedad del precedente sentado por las altas corporaciones judiciales y la posibilidad de apartarse de aquel en virtud de la independencia judicial mediante un ejercicio contra-argumentativo.

Ahora bien, en el presente capítulo se analizarán las providencias (sentencias y autos interlocutorios) de la Sala de Casación Penal, en las cuales se han abordado los referidos temas; para efectos de concretar tal objetivo, se combinaron los siguientes tesauros en el sistema de Consulta de Jurisprudencia de la citada Corporación³²:

- *“prevaricato por acción” y “precedente”;*
- *“prevaricato por acción” y “independencia judicial”;*
- *“prevaricato por acción” y “dolo” y “decisión manifiestamente contraria a la Ley”;*
- *“prevaricato” y “inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales”.*

Se hallaron entonces, un total de ciento diez (110) providencias, de las cuales sólo diecinueve (19) cumplían con el requisito de referirse al principio independencia judicial y/o a la exigencia de argumentación requerida para el apartamiento del precedente por parte de los operadores judiciales.

Inicialmente, en el fallo de segunda instancia, emitido el 6 de junio de 2012, dentro del radicado 36.373, se confirmó la condena en contra de un funcionario judicial por proferir un auto interlocutorio manifiestamente contrario a la ley- declaratorio de prescripción -, ello a

³² <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co>

pesar de existir norma jurídica que exceptuaba su decreto en casos similares al estudiado. Asimismo, la Corte para reforzar su argumentación, señaló que ya se había pronunciado al respecto de tal excepción, considerando que era absoluta (Corte Suprema de Justicia. Rad. 36373, 2012).

Igualmente, se resaltó en la providencia, que el juez (enjuiciado) con anterioridad y en dos (2) procesos distintos, había emitido providencias declarando prescrita la acción penal, pese a la excepción existente; decisiones que le fueron revocadas por el tribunal de segunda instancia, lo que demostraba su abierto y deliberado desconocimiento de las resoluciones de sus superiores jerárquicos (Corte Suprema de Justicia. Rad. 36373, 2012).

Se acotó por el alto tribunal, que el procesado tampoco expuso los argumentos que motivaron su decisión de declaratoria de prescripción, contraria a la postura que había sido expuesta por su superior jerárquico sobre el punto, la cual se apoyaba en fallos de la Sala de Casación Penal, incumpliendo entonces, con la obligación de exponer de forma clara y razonada los fundamentos de derecho que justificaban su apartamiento de aquellos, establecida en la providencia C-836 de 2001 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 36373, 2012)

Al respecto, se tiene que en la sentencia C-836 de 2001, el tribunal constitucional estableció criterios para separarse de la doctrina probable establecida por los tribunales de cierre de las jurisdicciones; sin embargo, debe anotarse, que en fallos posteriores al precitado, los cuales fueron objeto de reseña en los capítulos 2 y 3 de la presente tesis, se establecieron parámetros similares para el apartamiento del precedente fijado por las corporaciones judiciales.

Continuando con el análisis jurisprudencial, en la providencia del 10 de abril de 2013, proferida al interior de la radicación N° 39.456, se sostuvo que las decisiones de los órganos de cierre constituyen fuente formal de derecho, pues sus interpretaciones sobre normas

jurídicas poseen vinculatoriedad frente a los jueces de jerarquía inferior, sin que con esto, se desconozca la independencia judicial, por cuanto, al encontrarnos en un sistema flexible del precedente, se tiene la opción de separarse de aquel, empero no de manera injustificada, sino cumpliendo con la carga argumentativa de exponer claramente y de manera razonada los fundamentos jurídicos que soportan la decisión, establecida en el fallo C-836 de 2001 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39456, 2013).

Para la Sala, en el caso objeto de estudio se demostró la materialidad de la conducta delictiva de prevaricato por acción y la responsabilidad del procesado, por cuanto aquel, profirió una providencia interlocutoria, desconociendo deliberadamente, sin ofrecer ningún tipo de argumentación, que el tribunal de segunda instancia le había revocado una decisión similar (con identidad de hechos), habiéndole ilustrado sobre un fallo emitido por la Sala de Casación Laboral, relativo al asunto a tratar (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39456, 2013).

De lo expuesto, cabe destacar, que la Corte Suprema omitió realizar el respectivo cotejo entre la(s) norma(s) aplicable(s) y la decisión calificada de *manifiestamente contraria a la ley* y que, como en la sentencia analizada previamente, se remitió a los criterios establecidos en la providencia C-836 de 2001, para apartarse de la *doctrina probable*, concluyendo que en el caso analizado, el juez había desconocido el precedente judicial establecido por la Sala de Casación Laboral.

Igualmente, debe anotarse, que la Corte no aludió en ningún momento a los criterios señalados en la sentencia C-335 de 2008, para determinar si se estaba o no frente al delito de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente judicial; resulta oportuno recordar, que el tribunal constitucional indicó en esta última, que debía determinarse si se presentaba una disconformidad con la jurisprudencia de los tribunales de cierre que comportara una infracción *directa* a las normas del texto superior o a las demás disposiciones

legales (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008), ejercicio que en el caso reseñado se omitió, pues no se realizó el cotejo correspondiente entre estas últimas y la decisión calificada de manifiestamente ilegal.

No sobra señalar, que la Corte Constitucional en la citada providencia, explicó que se configuraba una *simple subsunción*, en los eventos en que la norma infringida ofrecía un sentido unívoco aplicable al asunto que se analizaba, configurándose una violación directa a la Carta Política y/o a la(s) ley(es) (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Posteriormente, en sentencia del 23 de octubre de 2014, emitida dentro del radicado 39.538, la Sala de Casación Penal, conoció la apelación de una condena emitida en contra de un juez por el comportamiento delictivo de prevaricato por acción; la Corte concluyó que en atención a la conducta desplegada por el acusado, exteriorizada en el fallo absolutorio que emitió, se observaba “*el total desconocimiento de lo que mostraba el proceso al realizar una valoración de la prueba caprichosa, sesgada y arbitraria para favorecer a quienes, indudablemente, eran responsables*” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

La Sala confirmó la condena de instancia, por cuanto, consideró que la valoración probatoria realizada por el funcionario judicial (procesado), en la sentencia absolutoria que profirió, no se adecuó a los parámetros de la sana crítica, pues tergiversó de manera grosera lo que demostraban las pruebas de cargo, así como, los criterios orientadores de la contratación pública (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Debe destacarse, que al inicio de su argumentación, la Sala dedicó algunas líneas para explicar los atributos de *intangibilidad* e *inviolabilidad* de las providencias judiciales, derivados del principio de independencia judicial. Adujo entonces, que la última se relaciona con la seguridad jurídica que representa la cosa juzgada, mientras que la intangibilidad, atañe a que las decisiones de la judicatura son determinantes y, en el caso de las emitidas por las

corporaciones judiciales de cierre, constituyen el último pronunciamiento de la jurisdicción (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Con respecto a la independencia judicial la Corte indicó que ésta se ha reconocido para proteger la dignidad de la justicia y para aislarla de presiones indebidas, generando el deber por parte de todas las autoridades y personas en Colombia de acatar el principio de confianza en las decisiones de la judicatura y, la inviolabilidad e intangibilidad de las mismas; pese a lo anterior, refirió que el principio de independencia judicial no era absoluto, por cuanto, admite excepciones, como los controles judiciales de observancia al precedente (recursos) y las acciones de amparo constitucional (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

El alto tribunal advirtió que la intangibilidad e inviolabilidad propias de las providencias de la judicatura no corresponden a inmunidad o impunidad, pues no amparan las sentencias proferidas con dolo, corrupción, arbitrariedad o las manifiestamente groseras, en las que se observa el ánimo de abandonar de manera deliberada el propósito de acertar en la aplicación del derecho. Sobre el punto anterior señaló, que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, exactamente en su artículo 71, permite al Estado repetir contra el funcionario en el evento de que haya obrado con culpa grave o dolo (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Adujo también, que los atributos de inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales amparan exclusivamente a las providencias proferidas al ejercer la función judicial y se vinculan con juicios, opiniones o criterios que se asuman al administrar justicia respecto de los hechos, los fundamentos jurídicos y las pruebas, empero no cubren responsabilidades distintas; indicó que aquellos atributos no constituyen inmunidad o impunidad por actos delictivos y no excluyen los controles que se ejerzan mediante los mecanismos judiciales a los que haya lugar, asimismo sostuvo, que la protección de aquellos no incluye actos

comprobados e indiscutibles de corrupción, concepto este último en el cual no profundizó (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Asimismo, señaló que la aplicación de reglas contrarias conllevaría al absurdo de convertir en delincuentes a los operadores jurídicos en el evento de que su decisión no satisfaga los intereses de una de las partes, haciéndolos presa del temor a posibles represalias. En lo que concierne a los jueces de inferior jerarquía, explicó que en virtud del deber de acatamiento del precedente judicial, tienen la carga de argumentar las razones por las cuales se apartan del criterio expuesto por los tribunales de cierre, reiterando que serían responsables penalmente si tal apartamiento se fundamenta en razones de corrupción; para la Corte una decisión contraria a la ley de manera ostensible, sólo es concurrente con la intención de adoptar una determinación en contra vía de aquella, propósito que debe ser evidente y grosero con respecto al problema jurídico identificado por el juez al momento de emitir la providencia y, explicó que en contraste, las decisiones discutibles en cuanto a su legalidad o acierto, en las que se expongan interpretaciones distintas o divergencias de criterio, carentes de *ánimo corrupto*, no serán objeto de persecución penal (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Ahora, en el año 2015 se emitió sentencia de segunda instancia dentro del radicado 46.688, revocando la decisión absolutoria del tribunal, para en su reemplazo, condenar al enjuiciado (otrora fiscal), como responsable del delito de prevaricato por acción (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

La Corte en este caso señaló, que las flagrantes irregularidades en que incurrió el fiscal (procesado) en la suscripción de un preacuerdo al que se califica de manifiestamente ilegal, configuraban la referida conducta punible, pues la violación normativa se evidenciaba fácilmente, con la lectura simple de las disposiciones que rigen los preacuerdos, sin que

fueran necesarias elucubraciones profundas o la remisión a la interpretación jurisprudencial en la materia. La Corporación también adujo, que en la conducta desplegada por el enjuiciado se observaba la manifiesta intención de apartarse de las normas que rigen los preacuerdos, habiendo elaborado un acta contentiva de uno, de manera amañada y arbitraria para presentarlo ante la judicatura (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

La anterior sentencia se torna relevante, por cuanto, el magistrado Eugenio Fernández Carlier, en su aclaración de voto, indicó que a partir del fallo del 23 de octubre de 2014, emitido dentro del radicado 39.538 (el cual fue objeto de reseña en párrafos anteriores), se introdujo un ingrediente “*subjetivo*” a la conducta punible de prevaricato por acción en el evento de que el sujeto agente sea un funcionario judicial, atinente a que sólo se configura cuando concurren supuestos fácticos distintos al proferimiento de la resolución, que demuestren la intención del operador jurídico de beneficiar indebidamente intereses, ya sean ajenos o propios (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

El magistrado al aclarar su voto, señaló que supeditar la configuración del citado comportamiento delictivo (por parte jueces y magistrados), solamente a la valoración de la ilegalidad manifiesta de la resolución que emitan afecta la independencia judicial, pues los condiciona ante la eventualidad de ser judicializados por adoptar decisiones con un criterio jurídico diverso, que puedan provocar rechazo en algunos sectores sociales (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

Advirtió, que el citado ingrediente configurativo del prevaricato por acción, relativo a demostrar la intención del funcionario judicial de beneficiar indebidamente intereses ajenos o propios, debe además, implicar la materialización de actos de corrupción, los cuales define como los dirigidos a promover, facilitar o concretar la realización de uno o más de los delitos previstos en la Convención Interamericana Contra la Corrupción - artículo 6º-, incorporada mediante

la Ley 412 de 1997 (Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana Contra la Corrupción, 1996); así como también, en los artículos 15 al 25 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada mediante la Ley 970 de 2005 (Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2003) y, el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, que indica que constituyen actos de corrupción los delitos contra la administración pública definidos en el Código Penal y el soborno transnacional (Ley 1474 , 2011) (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

El magistrado que aclaró el voto, también indicó que en Alemania, la doctrina con relación al referido delito, ha expuesto que el tipo subjetivo del mismo abarca tanto el conocimiento de que se está decidiendo un asunto judicial o de derecho, como la conciencia de que se está torciendo este último y que, por ende, se perjudica a una parte beneficiando a la otra (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

Del mismo modo, el togado refirió que la independencia judicial puede verse *seriamente coartada*, así como también, el Estado de Derecho, en el evento de aceptar el cuestionamiento de las decisiones judiciales en la esfera penal por una mera disparidad de criterios, entre quien emite la providencia y su destinatario, o entre el primero y la autoridad jurisdiccional que tenga la competencia para revisarla (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

Casi un par de años más tarde, en fallo del 16 de agosto de 2017, emitido dentro de la radicación 49.777, la Corporación al confirmar un fallo condenatorio por el comportamiento de prevaricato por acción, en contra de un juez que desconoció los artículos 10 y 37 del Decreto 2591 de 1991, que regulan la legitimidad para interponer la acción de tutela (agencia oficiosa) y el factor territorial de competencia para conocer de la misma, así como también, varias reglas contenidas en sentencias de unificación de tutela de la Corte

Constitucional, se volvió a referir a la providencia del 23 de octubre de 2014, proferida dentro del radicado 39.538 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 49777, 2017).

La Sala de Casación Penal, señaló entonces, que en la citada providencia no se indicó en forma expresa que *operara un cambio jurisprudencial* en lo que respecta a la *interpretación del tipo subjetivo* del prevaricato por acción; asimismo expresó que, de ninguna manera, se había establecido la exigencia de un elemento subjetivo especial (ánimo de corrupción) en su *ratio decidendi*, siendo por ello, un simple comentario de paso (Corte Suprema de Justicia. Rad. 49777, 2017).

La Corporación fue enfática en señalar que jurisprudencialmente, no se había establecido un requisito típico *subjetivo* adicional a los previstos en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 49777, 2017). Lo anterior, pese a que uno de los magistrados firmantes en la citada sentencia del 16 de agosto de 2017, fue Eugenio Fernández Carlier, ponente en la decisión del 23 de octubre de 2014 y autor de la aclaración de voto de la providencia de segunda instancia emitida dentro del radicado 46.688, que en párrafos anteriores fue objeto de reseña, en el cual se adujo que para efectos de la estructuración del prevaricato por acción, debía demostrarse la intención del funcionario judicial de beneficiar indebidamente intereses ajenos o propios, implicando con ello, la materialización de actos de corrupción (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015).

Ahora bien, la Corte en providencia del 28 de octubre de 2017, con radicado 45.590, al confirmar una condena por la comisión del delito de prevaricato por acción, emitida en contra de un juez, indicó que la defensa desconocía el principio de libertad probatoria, pretendiendo imponer una tarifa legal para la demostración del *dolo*, por cuanto, en su criterio, no se probó la ocurrencia de las conductas punibles de cohecho o concusión (Corte Suprema de Justicia. Rad. 45590, 2017).

Puntualizó entonces, que el hecho de que la Fiscalía haya decidido no investigar las referidas conductas delictivas en contra de la administración pública era una situación irrelevante con respecto a la configuración del citado comportamiento punible, por cuanto este último es independiente y para su existencia no se requiere de una relación de “*medio a fin*” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 45590, 2017).

Explicó asimismo, que la tesis expuesta por la Sala, atinente a la verificación de la existencia de actos de corrupción para la configuración de la citada conducta delictiva, no debe entenderse, como la exigencia de una prueba que de manera directa demuestre un interés específico del juez, pues basta que la práctica probatoria y las circunstancias objetivas relacionadas con la decisión judicial objeto de controversia permitan colegir que esta última fue ilegal y obedeció a una finalidad corrupta del funcionario judicial (Corte Suprema de Justicia. Rad. 45590, 2017).

En lo que atañe al caso que estaba bajo su consideración indicó la Corporación que no existía otra explicación válida para que un profesional con las calidades específicas del procesado (abogado, con 17 años de experiencia como funcionario judicial) “*emitiera tan mediocre fallo*” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 45590, 2017).

Posteriormente, el 5 de diciembre de 2017, dentro del radicado 41.198, el alto tribunal emitió sentencia absolutoria de única instancia a favor de una magistrada de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a quien se le habían imputado tres cargos por la conducta punible de prevaricato por acción, por cuanto, en un mismo asunto aquella, presuntamente, había proferido tres (3) proveídos manifiestamente contrarios a la legalidad (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017)

Primeramente, se le absolvió, al considerar que la funcionaria no se había apartado de las providencias de la Sala Civil – Familia de la Corte Suprema, pues las sentencias de esta

última, presentadas por la Fiscalía, eran de fecha posterior a la decisión que se calificó como manifiestamente contraria a derecho (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017).

Asimismo, al estudiar el segundo de los cargos formulados por el ente acusador, señaló la Corte, que del análisis de la decisión proferida por la magistrada se colegía que no había obedecido a un capricho ni se había adoptado con el ánimo de favorecer irregularmente a una de las partes, sino aplicando las normas de derecho pertinentes y con el propósito de acertar, ello dentro de la potestad que como togada tenía de interpretar la ley y, en atención a la jurisprudencia emitida por su superior jerárquico (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017).

Finalmente, se le absolvió a la magistrada del tercer cargo por el mismo delito, por cuanto, consideró la Corte, que la Fiscalía no logró demostrar que la providencia proferida era manifiestamente contraria a la legalidad. La Corporación adujo que la procesada no se había apartado de las normas que debía aplicar para adoptar la decisión, pues los argumentos que la soportaban eran razonablemente atendibles, con independencia de su acierto (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017).

Esta decisión se torna relevante, por cuanto, se indicó en su parte considerativa que el delito objeto de estudio, se tipifica cuando la decisión proferida por el juez o magistrado se opone *abiertamente* a los fallos de las corporaciones judiciales de cierre, los cuales constituyen fuente jurídica formal al crear reglas sobre la interpretación de la normatividad (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017).

La Corporación señaló que las decisiones de estas corporaciones tienen vinculatoriedad y, por ende, deben ser obedecidas por los funcionarios judiciales, sin que con ello se transgreda la independencia judicial, puesto que, al hallarnos en un *sistema flexible de precedente*, pueden apartarse del mismo a través de una argumentación clara y lógica, que

explique de manera suficiente las razones de tal determinación (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017).

La Corte reiteró que el delito estudiado se estructura cuando se adoptan decisiones contrarias a la ley de manera manifiesta, así como también, cuando se ignoran los precedentes de los altos tribunales (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017). Esto último, debe indicarse, no se corresponde en su totalidad con lo señalado por el tribunal constitucional en el citado fallo C-335 de 2008, en el cual, valga la pena reiterar, se estableció que sólo se estructura la referida conducta punible cuando los funcionarios judiciales se separan de la jurisprudencia de las corporaciones judiciales, en asuntos en los que se presenta una *simple subsunción*, que consiste en la plena identidad entre la norma y la regla que de ella se deriva indicada en la jurisprudencia, lo cual daría lugar a una infracción directa del precepto legal (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

De otra parte, no sobra señalar, que la Corte Constitucional ha expuesto que en efecto las decisiones de los altos tribunales tienen vinculatoriedad y que los jueces de inferior jerarquía tienen la carga de exponer en un ejercicio contra-argumentativo riguroso, las razones por las cuales se apartan del precedente, pero ello lo ha indicado en sentencias de unificación y fallos de revisión de tutela, en los cuales ha concluido, que en caso de que no se realice tal esfuerzo dialectico se estaría frente a la transgresión de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, por lo que procedería el amparo constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008)

Por último, no puede dejarse de lado, que en la decisión objeto de análisis, para efectos de absolver a la procesada de uno de los cargos de prevaricato, se usó el criterio atinente a que la providencia emitida por aquella no se había adoptado con el ánimo de favorecer irregularmente a una de las partes, indicándose que, por el contrario, se observaba

que se había proferido aplicando las normas pertinentes y con el propósito de acertar, dentro de la facultad que como magistrada tenía de interpretar la ley y, además, atendiendo la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia. Rad. 41198, 2017).

Al año siguiente (2018), específicamente el 16 de mayo, se emitió decisión de segunda instancia dentro del radicado 52.545, en la cual se confirmó la condena en contra de un funcionario judicial por la conducta delictiva de prevaricato por acción. Inicialmente, la Sala de Casación Penal, consideró que el comportamiento del procesado contravino groseramente el ordenamiento jurídico y por tanto era típico objetivamente (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018)

Asimismo, en lo que respecta a la tipicidad subjetiva, refirió que del debate probatorio se colegía que había obrado con consciencia y voluntad de proferir una providencia manifiestamente ilegal, con el propósito de favorecer al procesado penalmente, concediéndole la libertad, aun cuando éste se encontraba detenido lícitamente por orden de una autoridad judicial competente (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018).

La Corte refirió también, que pese a que no suele existir prueba directa del dolo con el que actuó el juez y de su *ánimo corrupto*, aquellos pueden inferirse de manera indiciaria, mediante el análisis conjunto de las pruebas que apunten a acreditarlos y, para el asunto objeto de estudio, refirió que el funcionario judicial plasmó en su decisión, calificada de manifiestamente ilegal, una variada cantidad de fundamentaciones violatorias del derecho a aplicar sobre la acción de habeas corpus, las cuales permiten establecer que de manera consciente y voluntaria resolvió transgredirlo (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018).

La Corte reiteró que además de acreditarse el dolo debe también constatarse la *finalidad corrupta* del sujeto activo, con prueba directa y/o como se indicó en el párrafo anterior, mediante inferencias razonables que concurran a establecerla, por cuanto, *contrario*

sensu pueden someterse a sanción penal decisiones proferidas en el marco de la discrecionalidad judicial, transversal al funcionamiento adecuado de la administración de justicia (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018).

Para la Corporación la finalidad corrupta puede verificarse, cuando la providencia ilegal de manera ostensible, se emite con el ánimo de beneficiar a uno de los interesados como consecuencia de una promesa, pago o dádiva, también en relación con un delito subyacente que determine al juez a desconocer la normatividad, asimismo, cuando el funcionario judicial arbitraria, caprichosa o injustamente decide contrariando el derecho a aplicar o conforme a valoraciones probatorias alejadas de los principios de la sana crítica, sin que en ese comportamiento deba concurrir el propósito de favorecer a un tercero (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018).

Se explica por la Corte que la noción de corrupción, además de su sentido técnico atribuido en el ámbito del derecho, tiene una connotación en el lenguaje común, en el cual se entiende como trastocar o alterar la forma de alguna cosa o podrir, depravar, echar a perder o dañar, y refiere también, que cuando el juez ejerciendo sus funciones se aparta tozudamente del ordenamiento jurídico, lo desconoce deliberadamente o lo quebranta de manera voluntaria *obra también con una finalidad corrupta*, por cuanto altera, trastoca o deprava la función jurisdiccional, que debe orientarse en pro de la realización de la justicia material y no en fines egoístas (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018).

Posteriormente, en decisión del 1º de agosto de 2018, con radicado 48.908, se confirmó sentencia condenatoria de primera instancia en contra de un funcionario judicial, indicando que se encontraba acreditado que este último en su condición juez laboral, había desconocido las previsiones del Código de Procedimiento Civil (artículo 513), los pronunciamientos de su superior jerárquico sobre la imposibilidad de decretar embargos en

contra del Departamento del Chocó y, las razones esgrimidas por el ente territorial (en contra de quien, a la postre, se decretaron medidas cautelares), así como también, su propio análisis en casos similares, todos estos argumentos más que suficientes para adoptar una decisión conforme a Derecho y diferente a la que terminó profiriendo (Corte Suprema de Justicia. Rad. 48908, 2018)

La Corporación Judicial, resaltó que el funcionario, anteriormente, sí había advertido *la impropiedad* de los embargos (ello en casos previos), empero en las decisiones que se califican como manifiestamente ilegales no plasmó ningún argumento para modificar su postura, careciendo entonces de motivación y coligiéndose, por ende, que aquellas fueron fruto del propósito de hacer prevalecer su capricho sobre *el derecho aplicable* (Corte Suprema de Justicia. Rad. 48908, 2018).

Como se observa, nuevamente la Corte confirmó una condena en un contra de un juez que desconoció la postura de su superior jerárquico incluso su propio precedente, sin efectuar el ejercicio contra-argumentativo requerido para tal efecto. La Corporación en esta decisión se refirió una vez más, a la acreditación del proceder arbitrario del operador jurídico, quien optó por una interpretación jurídica *caprichosa* para emitir las decisiones en las que decretó medidas cautelares (Corte Suprema de Justicia. Rad. 48908, 2018).

En el año 2019, se expidieron fallos de segunda instancia dentro de los radicados 52.804 y 53.765, en las fechas 20 y 27 de marzo, respectivamente. Sobre estas decisiones debe resaltarse, que la Corte confirmó las sentencias condenatorias en contra de dos (2) funcionarios judiciales, que fueron apeladas por parte de la defensa, concluyendo la evidente contrariedad entre lo resuelto por los operadores jurídicos y lo estipulado en la norma superior y la ley, así como también, lo señalado en la jurisprudencia; en el primer caso, de la Sala de Casación Penal, sobre *habeas corpus* y, en el segundo, del tribunal constitucional en

decisiones de tutela. (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52804 Segunda instancia, 2019) (Corte Suprema de Justicia. Rad. 53765, 2019)

Se consideró que la transgresión al ordenamiento jurídico por parte de los funcionarios judiciales fue palmaria y ostensible, y se señaló además, que la única explicación para que hayan procedido así era el afán de favorecer los intereses de los accionantes. Lo anterior, para tener como demostrado el “*ánimo corrupto*” de proceder en contravía del derecho para favorecer a una de las partes.

Vale la pena destacar, que la Corte en la sentencia emitida dentro del radicado 53.765, precisó que si bien, cuando se trata de jueces acusados por la conducta de prevaricato por acción, debe verificarse en la decisión calificada de manifiestamente ilegal el propósito de beneficiar a un tercero, ello no obsta, para que el evidente capricho o arbitrariedad de resolver el asunto en contravía del derecho aplicable o de lo que arroja la valoración de las pruebas, sean suficientes para la configuración del referido delito (Corte Suprema de Justicia. Rad. 53765, 2019).

En ese mismo año (2019), empero en el mes de abril, se emitió auto interlocutorio dentro del radicado 52.706, confirmando la decisión de decreto de preclusión en favor de un fiscal, quien, a su vez, en el marco de la Ley 600 de 2000, había emitido orden de captura y posteriormente, impuesto medida de aseguramiento (detención preventiva) en contra de una persona procesada por las conductas delictivas de toma de rehenes, homicidio, rebelión y perfidia (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52706 Auto Interlocutorio, 2019)

Se trae a colación, el referido auto interlocutorio, por cuanto, en aquel la alta corporación, además de concluir que por parte del fiscal (procesado) no se habían emitido decisiones manifiestamente contrarias a la ley, precisó que el hecho de que se hubiese revocado por la segunda instancia el auto mediante el cual el referido funcionario impuso

medida de aseguramiento no lo hacía ilegal (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52706 Auto Interlocutorio, 2019).

La Corte sobre este asunto señaló, que los recursos tienen como finalidad, entre otras, corregir los errores en los que se puede incurrir en los procesos judiciales, entendidos como actuaciones humanas falibles. Lo anterior, sin perjuicio de que algunos asuntos de orden jurídico admitan *diversas interpretaciones plausibles* y, estimó que, en el caso en concreto, la segunda instancia había analizado otros elementos materiales probatorios que se obtuvieron posteriormente y que permitieron realizar un examen distinto (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52706 Auto Interlocutorio, 2019).

De otra parte, en la decisión en cita, la Corte también hizo alusión al principio de independencia judicial, indicando que en el marco de la Ley 600 de 2000, los fiscales ejercen funciones judiciales y deben por ello ser independientes en las determinaciones que emitan en desarrollo de la instrucción y acusación de los autores (presuntos) de conductas punibles, y para reforzar el punto, trajo a colación el fallo C-873 de 2003, en el cual el tribunal constitucional señaló que las facultades de definición y orientación de políticas conferidas al Fiscal General de la Nación, no pueden ser invocadas para efectos de incidir en la apreciación que sobre un caso en concreto tenga uno de sus delegados o en la interpretación y/o aplicación de la ley penal que éstos realicen frente a determinada situación (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52706 Auto Interlocutorio, 2019).

Ahora bien, el 9 de octubre de 2019, se expidió sentencia de segunda instancia dentro del radicado 52.829, en la cual se revocó la condena proferida en contra de un juez laboral del circuito por el delito analizado (prevaricato por acción), para en su lugar absolverlo; si bien la Sala, consideró que la tipicidad de la conducta estaba plenamente configurada,

concluyó que no ocurría lo mismo en lo que respecta a la responsabilidad del enjuiciado (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

La Corporación indicó primeramente, que el funcionario judicial emitió tres (3) fallos de tutela manifiestamente contrarios a la ley, por cuanto, los accionantes poseían otros mecanismos idóneos de defensa judicial, a más de que, no demostraron un perjuicio irremediable que permitiera el amparo constitucional transitorio; para el alto tribunal, acceder a los intereses de los demandantes estuvo en contravía del principio de subsidiariedad que rige el amparo constitucional, el cual se ha explicado en reiterada jurisprudencia del máximo tribunal en la materia (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

La Corte también señaló, que pese a lo argumentado por la defensa, la actuación del procesado no configuró la causal de justificación contenida en el numeral tercero del artículo 32 del Código Penal, esto es, obrar en estricto cumplimiento de un deber legal, pues ningún principio o norma demanda del juez *obediencia ciega e irracional al precedente del superior* (en este caso del tribunal - sala de decisión laboral) y lo obliga a atenderlo pese a que conduzca a infringir flagrantemente la legalidad (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

Sobre el punto anterior indicó la Corte, que la principal obligación de un juez es cumplir la ley de conformidad con la norma superior (artículo 230) y, reiteró, la inexistencia de disposición alguna que obligue a atender la postura del superior jerárquico, por lo que no acogió el argumento de la defensa atinente a que en virtud del artículo 13 de la Carta Política (principio de igualdad), el juez otorgó el amparo constitucional (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

Para la Corte si bien el precedente sentado por el tribunal puede constituirse en fuente valiosa para la resolución de asuntos análogos y, el principio de igualdad se contempla como

recomendable para la resolución de casos similares, ello no implica que el juez atienda siempre y sin miramiento alguno la postura de su superior jerárquico, actitud en contravía del sometimiento al imperio de la legalidad y al principio de independencia judicial (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

Ahora, en lo que respecta a la configuración del error de tipo alegado por la defensa, la Corte señaló que si bien la decisión de fallar en favor de los accionantes las tres (3) acciones de tutela no se puede predicar como *propia de un deber legal*, pues el precedente sentado por el tribunal no resultaba obligatorio, no podía dejarse de lado, que la reiteración de la postura del *ad quem*, que resolvió en casos similares conceder la protección constitucional, incluso revocando decisiones del procesado en las cuales lo negaba, constituyó un condicionamiento para este último (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

La Corporación señaló que otros jueces en la posición del procesado hubiesen actuado de manera idéntica, modificando su postura de negar las acciones de tutela, para en su lugar, adoptar la tesis de su superior jerárquico, bajo el entendido de que de no hacerlo sus decisiones serían de nuevo revocadas y, que la postura del tribunal no era manifiestamente ilegal (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

La Sala de Casación Penal añadió, que no puede exigirse al funcionario judicial que intuya el comportamiento delictivo de su superior jerárquico, ello con independencia de que comparta o no los argumentos que fundamentan el fallo que revoca su providencia, en este caso los atinentes a conceder los amparos constitucionales y, concluyó, que no se encontraba demostrado que el procesado hubiese actuado con conciencia de que sus decisiones (en las cuales modificó su postura para ajustarse a la de su superior) eran contrarias de manera manifiesta a la legalidad (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

Conforme a lo anterior, la Corte desestimó el dolo en el actuar del funcionario judicial enjuiciado, y afirmó que si bien aquel podía superar su convencimiento de estar obrando conforme a la ley, ello de acuerdo a sus conocimientos y experiencia y, realizando el respectivo análisis de las decisiones del tribunal constitucional sobre la subsidiariedad de la acción de tutela, lo cual tornaría el error de tipo en *vencible*, ello no resultaba trascendente pues, el delito de prevaricato por acción no tiene prevista la modalidad culposa (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

En torno a este último punto, debe recordarse, que el error de tipo vencible degrada la conducta de dolosa a culposa, pero en este caso, se reitera, esta última modalidad no se encuentra prevista para el delito de prevaricato por acción, por lo que la Corporación debía, como lo hizo, revocar la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolver al procesado.

Posteriormente, el 12 de diciembre de 2019, la Corporación emitió sentencia de segunda instancia dentro del radicado 54.160, confirmando un fallo condenatorio en contra de una funcionaria judicial que, como en el caso anterior, desconoció la normatividad y la jurisprudencia del tribunal constitucional en punto de los principios de inmediatez y subsidiariedad que rigen la acción constitucional de amparo (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54160, 2019).

En este asunto consideró, que los tres (3) fallos de tutela proferidos por la jueza (procesada), en los cuales se concedió el amparo constitucional eran manifiestamente contrarios a la ley, por cuanto, no se encontraban ajustados a los referidos principios y, al estudiar el error de tipo que fue alegado por la defensa, concluyó que las decisiones adoptadas por la funcionaria judicial obedecieron a su capricho, pues los precedentes de la Corte Constitucional que citó para fundamentarlas no fueron analizados por la misma en lo atinente

a su identidad fáctica, efectos, vigencia y trascendencia (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54160, 2019).

La Corte también refirió que los argumentos de la jueza en las decisiones de tutela analizadas fueron precarios, contradictorios y descontextualizados, asimismo, fundamentados en precedentes de la Corte Constitucional que no tenían la virtualidad de ser aplicados frente a los hechos que eran objeto de análisis (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54160, 2019).

Conforme a lo anterior, la Corporación consideró que la actuación de la procesada se adelantó con conocimiento y voluntad de emitir decisiones contrarias de manera manifiesta a la legalidad, por lo que descartó la configuración de la circunstancia contenida en el artículo 32, numeral 10 del Código Penal (error de tipo), que fue alegada por la defensa (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54160, 2019).

Por otro lado, el 10 de junio de 2020, la Corte profirió fallo de segunda instancia dentro del radicado 54.023, en el cual confirmó la sentencia condenatoria por la conducta delictiva de prevaricato por acción en contra de dos (2) jueces que, en primera y segunda instancia, respectivamente, emitieron fallos de tutela amparando los derechos de la sociedad accionante (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54023, 2020).

En este caso la Corte consideró que los dos funcionarios que actuaron como jueces constitucionales desconocieron el principio de subsidiariedad de la tutela previsto en la ley y desarrollado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, pues optaron por estudiar el asunto de fondo pese a existir otros mecanismos de defensa judicial que podían utilizarse por la accionante, a más de que fundamentaron sus decisiones en circunstancias que no se acreditaron por ésta, como la presunta existencia de un perjuicio irremediable y la

transgresión a los derechos a la igualdad y al debido proceso (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54023, 2020).

Para la Corte resultó evidente que los procesados emitieron providencias contrarias a la ley de manera ostensible, con conciencia de su contrariedad con las normas jurídicas aplicables y de manera voluntaria; providencias que consideró, estuvieron orientadas a beneficiar a la sociedad accionante y a causar un detrimento grave a la entidad accionada (Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla) (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54023, 2020).

Según la Corporación, se observó en las providencias emitidas por los jueces el ánimo de éstos de favorecer los intereses de la demandante, para así causar un perjuicio al erario, lo cual descarta el error de tipo alegado, pues el comportamiento de los procesados no *estuvo precedido de una realidad equivocada* (Corte Suprema de Justicia. Rad. 54023, 2020).

Ahora, en el fallo del 1° de julio 2020, proferido dentro del radicado 56.203, se conoció la apelación de una condena emitida en contra de una juez de la república acusada de haber cometido tres (3) conductas constitutivas del delito de prevaricato por acción. Se confirmó la condena que por uno de los comportamientos se le irrogó en primera instancia a la procesada y, se revocó la que por los restantes se le había impuesto, para en su lugar, absolverla (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203, 2020).

En lo que atañe a la primera conducta, la defensa planteó que, pese a la existencia de la decisión calificada de manifiestamente ilegal, las pruebas practicadas en el juicio no eran demostrativas de que se haya proferido “*con dolo y con un fin corrupto*”, por lo que la misma sería producto de un llano error judicial o de negligencia (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203, 2020).

Frente a tal argumentación la Corte señaló que el *dolo* con el que actuó la enjuiciada se evidenciaba con el cotejo de las fuentes formales que rigen el asunto y la decisión que adoptó la funcionaria judicial, el cual permite establecer la suma contrariedad de la última con los preceptos normativos aplicables y, de contera, la actuación consciente y deliberada de la procesada en contra de la ley (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203, 2020).

Con respecto a la *finalidad corrupta* del agente, la corporación judicial, refirió que al estar acreditado el propósito de la funcionaria de emitir una decisión contraria al ordenamiento jurídico ésta concurre, y señaló que así lo había señalado la jurisprudencia, trayendo a colación la providencia del 16 de mayo de 2018, con radicación 52.545, la cual ya fue objeto de reseña en este capítulo (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203, 2020).

Ahora, en lo que atañe a la segunda conducta desplegada por la procesada, consideró el alto tribunal, que la decisión adoptada careció de la relevancia necesaria para hacerla trascendente para el derecho penal, pues con ella, simplemente se reiteró una orden. Para la Corporación, pese a que los hechos se correspondían con la descripción contenida en el tipo de prevaricato por acción, por cuanto, la funcionaria emitió un pronunciamiento sin tener la competencia para conocer del asunto, ello no implicó una afectación al bien jurídico a proteger, pues la situación fáctica careció de merecimiento de reproche punitivo, por lo que concluyó la atipicidad de la conducta juzgada y resolvió la absolución (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203, 2020).

Finalmente, en lo que respecta a la tercera conducta, la Corte señaló que al no haberse mencionado en el núcleo fáctico de la formulación de acusación, una condena por aquella sería violatoria del debido proceso y del derecho de defensa, por lo que revocó la sentencia condenatoria que se impuso en primera instancia por este cargo (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203, 2020).

En ese mismo año (2020), con fecha 5 de agosto, se emitió sentencia de segunda instancia dentro del radicado 56.663, en la cual se confirmó la condena proferida en contra de dos (2) funcionarios judiciales por el delito de prevaricato por acción; jueces que, como en el caso anterior, emitieron sentencias de tutela de primera y segunda instancia, respectivamente, accediendo a las pretensiones de los accionantes (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56663, 2020)

Sobre el caso en particular, se tiene que la Corporación también decidió modificar las penas impuestas a los procesados al encontrarse errores en su dosificación; la condena se confirmó, por cuanto, la manifiesta contrariedad con la ley de las decisiones adoptadas por los enjuiciados era evidente, pues desconocieron las reglas vigentes en materia de competencia, utilizando una precaria argumentación que no se compadecía con los hechos; asimismo, no tuvieron en cuenta que los accionantes podían hacer uso de otros mecanismos de defensa ante la judicatura y, no consideraron las reglas sobre la inmediatez de la acción constitucional y la existencia de otras decisiones judiciales que resolvieron en su momento el asunto y se encontraban ejecutoriadas (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56663, 2020).

La Corte refirió que no era cierto que la acusación se erigiera en la transgresión de algunos precedentes jurisprudenciales, pues en aquella se hizo referencia a las disposiciones normativas aplicables para resolver el asunto, contenidas en el artículo 86 superior y en el Decreto 2591 de 1991, y señaló que las ya anotadas inconsistencias en que incurrieron los jueces son indicativas de que éstos querían definir de fondo el asunto, pese a que las acciones eran improcedentes (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56663, 2020).

La Corporación adujo, además, que los procesados al emitir los fallos optaron por citar decisiones del tribunal constitucional que resultaban irrelevantes para la solución de los asuntos que estaban conociendo y omitieron el análisis de múltiples providencias de la misma

Corporación que sí tenían identidad fáctica similar y, por tanto, se constituían en precedentes (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56663, 2020).

Por último, pese a que en esta decisión no se indicó expresamente que los procesados habían obrado con el ánimo de favorecer a los accionantes, se tiene que en algunos apartes sí se señaló que al desconocer que los requisitos de inmediatez y subsidiariedad no se encontraban abastecidos, por lo que no procedían las acciones de tutela, se evidenciaba su interés por *ordenar el pago de una cifra millonaria* (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56663, 2020).

En el año 2021 con fecha 3 de marzo, se emitieron dos (2) fallos de segunda instancia en los cuales se confirmaron sentencias condenatorias proferidas por la conducta de prevaricato por acción en contra de miembros de la judicatura.

Dentro del radicado 49.197, se confirmó la condena emitida en contra de un juez civil del circuito que emitió varios autos manifiestamente ilegales dentro de un proceso ejecutivo y, se redosificó la pena impuesta al mismo, por haberse observado irregularidades en el ejercicio hecho por el *a quo*; luego de realizar el respectivo estudio de tipicidad de la conducta prevaricadora, la Sala concluyó que de la actuación adelantada por el juez (procesado) como de la desplegada por los demandados, se evidenciaba un comportamiento destinado para defraudar al demandante y favorecer los intereses de estos últimos (Corte Suprema de Justicia. Rad 49197, 2021).

Ahora, dentro del radicado 51.652 se confirmó la sentencia condenatoria en contra de un juez que concedió en tres (3) fallos de tutela el reconocimiento de pensiones de gracia. La Corte encontró configurados los elementos objetivos y normativos del tipo penal, puesto que las acciones de tutela no eran procedentes en atención al factor territorial de competencia y a los principios de inmediatez y subsidiariedad (Corte Suprema de Justicia. Rad 51652, 2021).

En lo atinente al aspecto subjetivo de la referida conducta punible, la Corporación se permitió recordar que con el solo hecho de que el funcionario judicial tenga conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta y, pese a ello, profiera una providencia manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, se está ante un *acto de corrupción* (Corte Suprema de Justicia. Rad 51652, 2021).

Sobre este punto, resaltó que el ingrediente subjetivo de la conducta punible se configura, cuando el funcionario judicial profiere providencias basadas en criterios subjetivos, argumentos caprichosos o arbitrarios que permiten establecer que su ánimo es abandonar de manera deliberada el propósito de administrar justicia y contrariar manifiestamente la legalidad (Corte Suprema de Justicia. Rad 51652, 2021).

También expuso, que la finalidad corrupta a la que se ha hecho referencia en varias decisiones de la Corporación, no se erige como un requisito adicional al elemento subjetivo del tipo penal (artículo 413 C.P.) sino que lo integra, y recordó que ya en el año 2018, en la sentencia emitida dentro del radicado 52.545, se había explicado que el juez que se aparte arbitrariamente del ordenamiento jurídico o lo desconozca de manera deliberada actúa asimismo, con finalidad corrupta, al alterar, trastocar o depravar la función jurisdiccional (Corte Suprema de Justicia. Rad 51652, 2021).

El alto tribunal también recordó, que jurisprudencialmente se ha explicado que cuando el juez se aparta de la norma o del precedente aplicables bajo el firme convencimiento de estar impartiendo justicia, de manera fundamentada y desprovisto del interés de beneficiarse o favorecer a otro, actúa bajo el principio de independencia judicial y, por ende, su determinación deberá analizarse teniendo en cuenta la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales (Corte Suprema de Justicia. Rad 51652, 2021).

Finalmente, se concluyó que en el caso analizado las pruebas practicadas en el juicio permitían establecer que el acusado había actuado *dolosamente*, pues pese a conocer las disposiciones superiores y legales que rigen la acción de tutela, emitió sus decisiones (fallos de tutela) contrariándolas, inaplicando de manera voluntaria las disposiciones sobre el factor territorial de competencia para conocer y los principios de subsidiariedad e inmediatez (Corte Suprema de Justicia. Rad 51652, 2021).

Como corolario del presente capítulo se encuentra que el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (Sala de Casación Penal), ha señalado en sus decisiones, que el precedente judicial establecido por la Corte Constitucional, así como también, por sus diferentes salas (civil, laboral y penal) tiene fuerza vinculante y debe ser observado por los funcionarios judiciales de jerarquía inferior, quienes tienen la carga de efectuar un ejercicio contra-argumentativo para apartarse de aquel.

Asimismo, debe indicarse, que la Corte incluso, llegó al punto de confirmar una sentencia condenatoria emitida en contra de un funcionario judicial por haber desconocido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral y del Tribunal Superior del Distrito que le había revocado una decisión similar a la calificada de manifiestamente ilegal.

Lo anterior, en el fallo del 10 de abril de 2013, emitido dentro de la radicación N° 39.456, en el que cabe señalar, sólo ocupó un párrafo para manifestar que el *a quo*, contrario a lo alegado por la defensa, además del desconocimiento de la jurisprudencia vigente, sí le había atribuido al procesado la no aplicación de “*los artículos 100 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral, en concordancia con el 448 del Código de Procedimiento Civil*”, esto sin realizar el respectivo análisis que permitiera establecer la contrariedad manifiesta de la providencia prevaricadora con lo que establecían tales preceptos (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39456, 2013).

Sobre lo anteriormente reseñado, no sobra indicar, que la Corte Constitucional en el fallo C-335 de 2008, en el que resolvió declarar exequible el artículo 413 del Código Penal, estableció que la disconformidad con el precedente de las corporaciones judiciales de cierre, configurativa de aquel, debe comportar una infracción *directa* de los preceptos del texto constitucional o de disposiciones de rango legal, y que por ende, debe realizarse el ejercicio de cotejar las normas aplicables en el asunto y la decisión calificada de manifiestamente ilegal (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Del recuento jurisprudencial efectuado, se tiene que en providencia de fecha 39.538 del 23 de octubre de 2014, se hizo alusión al principio de independencia judicial, para referir que éste se ha reconocido para aislar a los operadores jurídicos de presiones indebidas por parte de las autoridades y de los demás ciudadanos, quienes deben acatar el principio de confianza en las providencias proferidas por la judicatura; en su argumentación, la Corte indicó que los atributos de intangibilidad e inviolabilidad de éstas últimas, devienen del principio de independencia judicial y, corresponden, el primero, al carácter determinante de las decisiones adoptadas por la judicatura, que en el caso de las proferidas por las altas cortes, constituyen el *último pronunciamiento de la jurisdicción*, mientras el segundo, a la seguridad jurídica que representa la cosa juzgada (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Sin embargo, el alto tribunal también indicó, que la independencia judicial permitía excepciones, como los controles judiciales de observancia del precedente y las acciones de tutela. Igualmente, explicó que “*los atributos de inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales no constituyen inmunidad o impunidad por actos delictivos como actos comprobados e indiscutibles de corrupción*” (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538 Segunda Instancia, 2014).

Para la Corporación, una resolución contraria a la ley de manera manifiesta, sólo es concurrente con la intencionalidad de proferir una decisión en contra vía de ésta, propósito que debe ser evidente y grosero con respecto al problema jurídico identificado por el juez al momento de emitirla y, manifestó que, las decisiones discutibles en cuanto a su legalidad o acierto, en las que se expongan interpretaciones distintas o divergencias de criterio carentes de *ánimo corrupto*, no deben ser perseguidas penalmente (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014).

Con relación a los jueces de jerarquía inferior, explicó nuevamente, que en virtud del deber de acatamiento del precedente judicial, éstos tienen la carga de argumentar las razones por las cuales se apartan del criterio sentado por las corporaciones judiciales, reiterando además, que serían responsables penalmente si tal apartamiento se fundamenta en razones de corrupción (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538 Segunda Instancia, 2014).

Cabe señalar que, en sentencias posteriores, emitidas en los años 2015 y 2017 dentro de los radicados 46.688 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688, 2015) y 49.777 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 49777, 2017), no se tuvo en cuenta ese ánimo corrupto del funcionario judicial, pues en la primera, ni siquiera se mencionó en su parte considerativa y debió ser recordado en la aclaración de voto, mientras que, en la segunda, se negó tajantemente que se hubiese *establecido por vía jurisprudencial la exigencia de un elemento subjetivo especial* (ánimo de corrupción).

Pese a lo anterior, en el año 2017 dentro del radicado 45.590, la Corporación explicó, que de la práctica probatoria y las circunstancias objetivas relacionadas con la decisión judicial objeto de controversia se podía colegir o no la ilegalidad de esta última y si había obedecido no a una *finalidad corrupta* del juez (Corte Suprema de Justicia. Rad. 45590, 2017).

Luego en el año 2018, se profirió sentencia dentro del radicado 52.545, en la cual la Corte indicó, que la *finalidad corrupta* (ánimo corrupto) del juez o magistrado, se podía acreditar con prueba directa o a través de inferencias razonables que permitieran su establecimiento y, explicó también que ésta puede verificarse cuando la providencia manifiestamente contraría a la ley, se profiere con el ánimo de beneficiar a uno de los interesados *como producto de una promesa, dádiva o pago* o en relación con un delito subyacente que determine al operador jurídico a separarse del ordenamiento, asimismo, cuando éste caprichosa, injusta o arbitrariamente decide contrariando las normas aplicables o de acuerdo a un análisis probatorio que no se corresponda con los criterios de la sana crítica, sin que en ese comportamiento deba concurrir necesariamente, el ánimo de beneficiar a un tercero (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018).

Finalmente, debe indicarse, que con posterioridad al año 2018 se han proferido fallos confirmatorios de condenas por el delito de prevaricato por acción, al encontrarse acreditado el propósito de favorecer a una de las partes o por encontrar probada la actitud arbitraria y caprichosa del juez o magistrado, al decidir en contra del ordenamiento jurídico o en atención a una valoración probatoria manifiestamente errada. La Corte encuentra comprobada, entonces, la finalidad corrupta con la acreditación de alguna de las dos (2) circunstancias antes referidas.

Conclusiones

Corolario de lo expuesto, se tiene que en efecto, en Colombia la conducta punible de prevaricato por acción *por desconocimiento del precedente judicial* se torna violatoria del principio de independencia judicial, el cual como se explicó en extenso, se encuentra orientado a que el proceso de decisión de los jueces se halle libre de injerencias y presiones de otros actores, entre ellos, otros miembros de la judicatura (Corte Constitucional. Sentencia C-285, 2016). Lo anterior, se colige por cuanto:

1. El establecimiento del citado comportamiento como delictivo corresponde al propósito de la Corte Constitucional de introducir una cultura de respeto al precedente en la égida del Estado Constitucional de Derecho, ajena en todo caso, a nuestro ordenamiento jurídico adscrito al *civil law*, en el que prima el imperio de la ley, y en el que, por más de cien años, los operadores jurídicos usaron la jurisprudencia de manera facultativa como criterio para la emisión de decisiones en casos análogos, ello conforme al artículo 4° de la Ley 169 (Ley 169, 1896) que estableció la *doctrina probable* y, se encuentra aún vigente, habiendo sido declarado exequible de manera condicionada en el fallo C-836 de 2001, reseñado en el capítulo número dos (2) de esta investigación.

2. Tanto en países pertenecientes al *civil law* como lo son España y Argentina, así como también, en los Estados Unidos de América y en el Estado Libre y Asociado de Puerto Rico, adscritos al *common law*, no se halla tipificada la conducta punible de *prevaricato por acción por desconocimiento del precedente judicial*, muy a pesar de que en este último sistema jurídico, el precedente tiene fuerza vinculante y la jurisprudencia es fuente jurídica primaria, pues valga decir, en el marco de aquel, los funcionarios judiciales disponen de completa independencia para adoptar sus providencias al considerarse que el ideal es que las emitan libremente y sin temor, lo cual contrasta con lo que ocurre en Colombia, en donde los

jueces (también magistrados) pueden verse incurso en enjuiciamientos y posiblemente condenados por el desconocimiento o el apartamiento del precedente judicial en los casos previstos en el fallo C-335 de 2008 (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008); también, al considerarse que no hayan realizado el debido ejercicio contra-argumentativo y no ofrezcan una mejor solución al asunto examinado.

3. Pese a que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia reconocen la posibilidad de que los operadores jurídicos se aparten de la doctrina probable³³ y del precedente judicial, habiéndose señalado reglas para el efecto, se tiene que en los casos previstos en la sentencia C-335 de 2008, tal potestad no puede aplicarse. Recuérdese que en la citada decisión se indicó que se estructura el delito de prevaricato por acción *por desconocimiento del precedente judicial*, cuando: (i) el juez o magistrado aplican una norma que fue declarada inexecutable, pues con ello se estaría ante una transgresión directa de la Carta Política; (ii) el operador jurídico recurre a la excepción de constitucionalidad frente a una norma que fue declarada executable; (iii) se presenta disconformidad entre la decisión emitida por el funcionario judicial y la *ratio decidendi* de una sentencia de control de constitucionalidad; (iv) el funcionario judicial, ante una declaratoria de executibilidad condicionada, realiza una interpretación diferente a la efectuada por el tribunal constitucional y, (v) el juez o magistrado se apartan de la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre, en asuntos en los que se *presenta una simple subsunción*³⁴ (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

³³ Facultad establecida en el artículo 7° del Código General del Proceso (Código General del Proceso. Ley 1564, 2012).

³⁴ Sobre este último punto, la Corporación explicó que se está ante una *simple subsunción* cuando una disposición ofrece un sentido unívoco aplicable al asunto que analiza, evento en el cual, se estaría violando directamente la norma superior, la(s) ley(es) y/o el acto administrativo general, de acuerdo al caso. Para el tribunal constitucional, no se estructura el delito de prevaricato por acción cuando se está frente a una disposición contenida en estos últimos, que admita diferentes interpretaciones, por cuanto, los mecanismos

Los citados literales (ii) al (v) entrañan la imposibilidad de que un juez recurriendo a un ejercicio contra-argumentativo se aparte del precedente, asimismo, criminalizan su conducta en caso de hacerlo, pues como se ha indicado, en las situaciones allí contenidas se estaría ante la comisión del delito de prevaricato por acción.

La prohibición de no poder recurrir a la excepción de constitucionalidad frente a una disposición declarada exequible imposibilita que se haga uso de la facultad establecida en el artículo 4° de la Carta Política (Constitución Política de Colombia, 1991), la cual consiste en inobservar una norma legal al considerar fundadamente que contradice normas constitucionales.

Si bien, al tribunal constitucional le corresponde la guarda de la integridad y preeminencia de la Constitución, ello de conformidad con el artículo 241 superior, y sus fallos, de acuerdo con los artículos 45 y 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, producen efectos hacia el futuro, salvo en los casos en que la Corporación considere lo contrario, además, son de obligatorio cumplimiento y de carácter “erga omnes” (Ley 270, 1996); se tiene que la pérdida de la facultad de los jueces de la república de inaplicar una disposición que consideren contraría a las normas superiores o de apartarse de la *ratio decidendi* de un fallo de control de constitucionalidad (también cuando se trate de un fallo de exequibilidad condicionada), supone el estancamiento de la jurisprudencia, la imposibilidad de su actualización por parte de los funcionarios judiciales, quienes gracias a su contacto con casos concretos y con la práctica que han acumulado en cuestiones jurídicas se encuentran aptos para adecuar el derecho a las condiciones vigentes.

dirigidos a controlar jurídicamente las actuaciones de los jueces (recursos) se tornan suficientes para garantizar el carácter vinculante del precedente establecido por las altas corporaciones judiciales (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008).

Los jueces al conocer de un asunto verifican sus circunstancias fácticas y la normatividad aplicable, asimismo, deben aplicar los principios constitucionales, custodiando así los derechos individuales de los sujetos procesales, los cuales no sólo se hallan previstos en la Carta Política sino también en las disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad (convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos).

Los funcionarios de la judicatura deben observar la compatibilidad de los preceptos del derecho interno con las normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, esto en atención a lo prescrito en el artículo 93 superior (Constitución Política de Colombia, 1991). En lo concerniente al ámbito regional, deben verificar la referida compatibilidad con el articulado del Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), e inaplicar las disposiciones de derecho interno que contraríen las previsiones del citado instrumento internacional o según sea el caso, realizar una interpretación que se adecue a estas últimas³⁵.

De conformidad con lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el referido ejercicio recibe el nombre de control difuso de convencionalidad, el cual se constituye en una obligación para toda autoridad u órgano, perteneciente a un Estado suscriptor del Pacto de San José³⁶; control que debe realizarse para garantizar la protección de las prerrogativas reconocidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sobre esta obligación, así como también, sobre la facultad de separarse del precedente constitucional por parte de los funcionarios judiciales, cuando una norma contraría las

³⁵Esta obligación se fundamenta en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 2 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias: Gelman Vs. Uruguay del 24 de febrero de 2011 (Gelman Vs. Uruguay, 2011) y Cabrera García y Montiel Flores Vs. México del 24 de junio de 2020 (Cabrera García y Montiel Flores Vs. Mexico, 2020).

disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, se traerá a colación la decisión de fecha 22 de abril de 2021, adoptada por el magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, José Joaquín Urbano Martínez, dentro del radicado 11001-60-001-02-2020-00082-04; en la que actuando en función de control de garantías, resolviendo la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva que recaía en contra del procesado (investigado por el delito de peculado por apropiación y otro), se consideró que de conformidad con los artículos 7.3 y 7.5 del Pacto de San José, así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *el peligro para la comunidad* no es un fin legítimo de la medida de aseguramiento (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad 11001600010220200008204 Auto Interlocutorio Segunda Instancia, 2021).

En esta decisión se indicó que los fines legítimos reconocidos por el referido instrumento internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consisten únicamente, en asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del proceso (no obstaculizará la función judicial) ni la acción de la justicia (riesgo de elusión)³⁷ (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad 11001600010220200008204 Auto Interlocutorio Segunda Instancia, 2021).

37 La Corte Interamericana ha señalado que los Estados están en la obligación de no restringir la libertad de los procesados más allá de los límites requeridos para garantizar que no eludirán la acción de la justicia y no impedirán el desarrollo de la investigación de acuerdo con el artículo 7.3 del Pacto de San José; postura reiterada en los fallos proferidos dentro de los siguientes casos: López Álvarez Vs. Honduras del 1° de febrero de 2006 (López Álvarez Vs. Honduras, 2006); Norín Catrimán y otros Vs. Chile del 29 de mayo de 2014 (Norín Catrimán y Otros Vs. Chile, 2014); Amheim y otros Vs. Costa Rica del 25 de abril de 2018 (Amheim y otros Vs. Costa Rica, 2018); Romero Feris Vs. Argentina del 15 de octubre de 2019 (Romero Feris Vs. Argentina, 2019); Hernández Vs. Argentina del 22 de noviembre de 2019 (Hernández Vs. Argentina, 2019); Rosadio Villavicencio Vs. Perú del 14 de octubre de 2019 (Rosadio Villavicencio Vs. Perú, 2019) y, Jekins Vs. Argentina del 26 de noviembre de 2019 (Jekins Vs. Argentina, 2019).

El magistrado Urbano Martínez señaló que los jueces en función de control de garantías prefieren aplicar el régimen normativo interno y la jurisprudencia constitucional sentada en el fallo C-469 de 2016, en el cual se declararon exequibles los numerales 2 al 7 del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, que regulan el requisito de *peligro para la comunidad* para imponer una medida de aseguramiento. Declaratoria de exequibilidad que se basó en el principio constitucional de primacía del interés general y en los fines del Estado colombiano, relativos al aseguramiento de la convivencia pacífica y a la efectividad de los derechos y deberes, así como también, en las previsiones del artículo 250 de la Carta Política³⁸ (Corte Constitucional. Sentencia C-469, 2016).

Asimismo, el funcionario judicial señaló que los jueces prefieren aplicar la jurisprudencia constitucional (el fallo de exequibilidad reseñado en el párrafo anterior) para evitar los reproches de la Fiscalía y las víctimas; igualmente, frente al riesgo de verse incurso en investigaciones penales y disciplinarias por su decisión de apartarse del precedente constitucional. El magistrado también hizo alusión a la presión de los medios de comunicación y al temor a la descalificación profesional como razones para que los jueces no efectúen el respectivo control difuso de convencionalidad y, en consecuencia, inapliquen las normas atinentes al requisito del *peligro para la comunidad* para la imposición de la medida de aseguramiento, previstas en el Código de Procedimiento Penal (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad 11001600010220200008204 Auto Interlocutorio Segunda Instancia, 2021).

³⁸ La Corte Constitucional también consideró que de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede colegirse que la detención preventiva sólo pueda justificarse en la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso y evitar la obstrucción de la justicia por parte de éste y señaló, que incluir la protección de la comunidad como requisito para la imposición de la referida medida cautelar se articula con el sentido fundamental del Pacto de San José, en aplicación del principio atinente a que deben preferirse las interpretaciones del bloque de constitucionalidad que amplíen el ámbito de amparo a las garantías fundamentales (Corte Constitucional. Sentencia C-469, 2016).

En la decisión del tribunal se indica que los jueces que actúan en función de control de garantías deben dar primacía al derecho convencional y aplicar la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desechando entonces, el requisito de *peligro para la comunidad* como uno de los fines de la detención preventiva pues, no puede invocarse el derecho interno para violar las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano, parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad 11001600010220200008204 Auto Interlocutorio Segunda Instancia, 2021).

Cabe señalar, que las anteriores consideraciones no se constituyeron en la razón para acceder a la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al procesado (detención preventiva), pues para adoptar la decisión, se consideró que habían dudas acerca de la inferencia razonable de autoría, ello con base en el estudio de los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía, duda que debía resolverse a favor del acusado, cobijado por la presunción de inocencia y en aplicación del principio del *in dubio pro reo* (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad 11001600010220200008204 Auto Interlocutorio Segunda Instancia, 2021). Sin embargo, este auto interlocutorio se trajo a colación por cuanto en él, se reitera, se consideran temas como el apartamiento del precedente constitucional, específicamente del fallo de exequibilidad C-469 de 2016 (Corte Constitucional. Sentencia C-469, 2016) y, la obligación de los funcionarios judiciales del Estado colombiano de efectuar el control difuso de convencionalidad; del mismo modo, en la providencia se reconocen las motivaciones de los jueces para preferir la postura del tribunal constitucional y no adelantar el referido control, las cuales corresponden a presiones indebidas que afectan en todo caso su independencia.

No sobra anotar, que el control difuso de convencionalidad compromete la responsabilidad internacional del Estado colombiano, pues con su ejercicio adecuado por parte de los organismos y autoridades estatales se garantiza la complementariedad del mencionado sistema, que actúa únicamente, en caso de que no se haya cumplido con el deber de evitar transgresiones a los derechos humanos o de remediar las que se hayan concretado³⁹.

La imposibilidad de inaplicar una norma jurídica vía excepción de constitucionalidad cuando ya ha sido declarada exequible o de apartarse de la interpretación que el tribunal constitucional le ha proporcionado, impide consecuentemente, que las autoridades judiciales efectúen el referido control difuso de convencionalidad sobre aquella, lo cual puede conllevar a la vulneración de los derechos fundamentales previstos en la Convención Americana⁴⁰ y a frenar el respectivo desarrollo evolutivo del sistema jurídico de nuestro país hacia uno más ajustado al citado instrumento internacional.

4. Si bien la Corte Constitucional ha precisado que no se estructura el delito de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente jurisprudencial cuando se está frente a una norma que admita diferentes interpretaciones, se tiene que la Corte Suprema de Justicia, en sentencias de segunda instancia, emitidas por el delito de prevaricato por acción ha afirmado tajantemente, que las decisiones de los altos tribunales constituyen fuente formal

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias: Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia del 30 de diciembre de 2012 (Masacre Santo Domingo Vs. Colombia, 2012) y Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala del 14 de octubre de 2019 (Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, 2019).

40 Omitir la obligación de adelantar el control difuso de convencionalidad por parte de los órganos y autoridades estatales (entre ellos los jueces) también puede conllevar a la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado colombiano, ello de acuerdo con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), que establecen que sus disposiciones deben aplicarse por todas las autoridades de los Estados suscriptores; obligación de derecho internacional consistente en garantizar el respeto a los derechos reconocidos en el Pacto de San José. Igualmente, la citada obligación emerge de los principios *pacta sunt servanda* y del referente a que los Estados no pueden invocar normas internas para incumplir obligaciones de carácter internacional, previstos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la cual fue aprobada mediante la Ley 32 de 1985 (Convención de Viena sobre derecho de los tratados, 1969).

de derecho, por cuanto, sus interpretaciones sobre normas jurídicas poseen vinculatoriedad frente a los jueces de jerarquía inferior; esto sin tener en cuenta, los criterios establecidos en el fallo C-335 de 2008 (Corte Constitucional. Sentencia C-335, 2008), sobre la infracción directa a disposiciones de rango constitucional o legal, la cual debe verificarse. Cabe destacar, que dentro del radicado 39.456 de 2013, la Corporación llegó al punto de condenar a un juez por desconocer el precedente fijado por la Sala de Casación Laboral y el Tribunal Superior del Distrito, sin realizar el ejercicio de cotejar los preceptos legales contrariados y la providencia calificada de manifiestamente ilegal (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39456, 2013), situación que se explicó suficientemente en el capítulo cuarto de la presente tesis.

Del mismo modo, se tiene que pese a que la facultad de los jueces de apartarse del precedente jurisprudencial se haya reconocido por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, habiéndose señalado reglas argumentativas para su debido ejercicio, como bien lo señaló el magistrado Urbano Martínez, en la decisión que fue reseñada en el numeral inmediatamente anterior, los jueces prefieren seguir el precedente para evitar la posibilidad de verse incurso en investigaciones penales (por ejemplo, por el delito de prevaricato por acción) y disciplinarias, del mismo modo, para no ser reprochados por los sujetos procesales que se vean afectados por la decisión adoptada (en los casos penales por la Fiscalía y las víctimas) y por los medios de comunicación, temiendo además la descalificación profesional (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad 11001600010220200008204 Auto Interlocutorio Segunda Instancia, 2021). Sobre este último punto, recuérdese que los jueces en Colombia son calificados por sus superiores jerárquicos en el factor atinente a la calidad de sus decisiones (Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, 2014), igualmente, que los jueces nombrados en provisionalidad, los son por parte de los magistrados del Tribunal Superior del Distrito

Judicial respectivo (Villadiego, 2021), quienes a su vez, conocen de las impugnaciones presentadas en contra de las sentencias que los primeros emiten⁴¹.

Asimismo, conviene señalar que como se ha indicado por algunos autores existe una dependencia interna dentro del poder judicial, por ejemplo y como ya se planteó en el capítulo tercero de este trabajo, para Roberto Bergalli, el poder judicial se encuentra cristalizado en los tribunales o en la Corte Suprema, pese a que debería estar en cabeza de cada uno de los jueces de la república, planteando una problemática más, y es que a su vez, esta última se halla sujeta a los gobiernos de turno que condicionan a sus integrantes (Bergalli, 1990, pág. 49).

Igualmente no debe dejarse de lado, que en efecto la estructura piramidal y vertical de la administración de justicia ha dado paso a un eficaz sistema de control al poder de los jueces, lo cual ha permitido que se homologuen las decisiones de la judicatura y se ajusten a los criterios políticos de las altas corporaciones judiciales; requiriéndose únicamente del control por parte de los miembros de más alto rango, por cuanto, el propio sistema judicial se encarga de operar hacia abajo, puesto que, los funcionarios judiciales se alinean al modelo jerarquizado que les asegura mantenerse en el ejercicio de sus funciones (Grosso García, 2019, pág. 585).

Esta situación de dependencia interna no resulta conveniente para la evolución jurisprudencial, pues no permite en la práctica el ejercicio interpretativo y contra-argumentativo que supone el apartamiento del precedente judicial, el cual debe realizarse, en

41 En la especialidad penal el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal, se encarga de conocer de las apelaciones en contra de los fallos que profieren los jueces municipales y del circuito de acuerdo con lo previsto en el artículo 34, numeral 1 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, 2004).

todo caso, aplicando los principios constitucionales y legales, así como también, los métodos de interpretación aceptados por el ordenamiento jurídico.

El carácter elitista de la justicia, se exagera aún más, pues se deja en manos de un grupo selecto de juristas, quienes conforman los altos tribunales, la adopción de decisiones fundamentales, dejándoles la posibilidad de que tengan la última palabra, la cual se torna inamovible no sólo en los casos previstos en la sentencia C-335 de 2008 (indicados en el numeral anterior) sino también, en atención a que los jueces de inferior jerarquía ante la ya indicada dependencia interna frente a la propia organización judicial, prefieren alinearse a las posturas de sus superiores adoptando una posición pasiva y de adherencia que evita los contratiempos propios de la descalificación profesional y de las posibles medidas disciplinarias o de carácter penal (investigaciones por el delito de prevaricato por acción por desconocimiento del precedente judicial), entre otras situaciones que afectan su independencia a la hora de adoptar decisiones (presiones mediáticas y de los afectados con sus providencias).

Obsérvese como en una de las sentencias objeto de reseña en el capítulo N°. 4 del presente trabajo, la Corte Suprema de Justicia reconoce que, en efecto, la reiterada postura del *ad quem*, quien al resolver casos similares concedió el amparo constitucional, revocando las providencias emitidas por el juez de primera instancia (ahora procesado por el delito de prevaricato) en las cuales lo negaba, condicionó a este último para adoptar la decisión manifiestamente contraria a la ley. En el citado fallo la Sala de Casación Penal, consideró incluso, que otros funcionarios judiciales hubiesen actuado de la misma manera, es decir, modificando su postura inicial (la de negar el amparo de tutela) y acogiendo la tesis de su superior jerárquico, pues de no hacerlo sus decisiones serían nuevamente revocadas (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829, 2019).

5. A pesar de que la Corte Suprema de Justicia, en decisión del año 2014 (radicado 39.538), pretendió agregar un nuevo ingrediente de carácter subjetivo para la configuración del delito de prevaricato por acción, cuando el sujeto agente se trate de un funcionario judicial, relativo a la comprobación de una finalidad corrupta por parte de aquel, ello en atención al principio de independencia judicial y a los atributos de inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales, adoptando si se quiere, la postura de los países adscritos al *common law* (USA y Puerto Rico), atinente a que los jueces sí pueden ser acusados y juzgados por actos de corrupción (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538, 2014), tal posición no tuvo acogida y terminó, como se indicó en su momento, por ser matizada, para establecer que la citada *finalidad corrupta* se verifica cuando la providencia calificada como manifiestamente ilegal se emite con el ánimo de beneficiar a una de las partes mediando promesa, dádiva o pago o cuando el funcionario judicial de forma injusta, arbitraria o caprichosa decide contrariando el derecho a aplicar, sin que concurra necesariamente la intención de favorecer a un tercero (véase las sentencias emitidas en los siguientes radcados: 52.545 de 2018 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545, 2018); 56.203 de 2020 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203, 2020); 51.652 de 2021 (Corte Suprema de Justicia. Rad. 51652, 2021)).

Se garantizaría la independencia judicial frente a la existencia del citado delito, con la observancia de los criterios plasmados en el fallo del 23 de octubre de 2014, proferido dentro del radicado 39.538, en el que se indicó que la negligencia, el error o la ignorancia carente de la voluntad de cometer una actuación corrupta, impiden su consumación por parte de jueces y magistrados; voluntad intencionada que bien podría establecerse mediando una prueba directa o indiciaria, ante el análisis conjunto de las pruebas que apunten a acreditarla,

como bien lo precisó la Sala de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538 Segunda Instancia, 2014).

No sobra señalar, que en el cuarto capítulo de este trabajo, se hizo referencia a la postura esgrimida por la Corte Suprema de Justicia, en la citada providencia del 23 de octubre de 2014 (radicado 39.538), en la que se aludió al principio de independencia judicial y a los atributos de intangibilidad e inviolabilidad de las providencias de la judicatura que derivan de éste, los cuales para el alto tribunal no constituyen inmunidad o impunidad por actos delictivos ni tampoco excluyen los controles que se ejerzan mediante los mecanismos judiciales pertinentes (recursos y acciones de tutela); asimismo, no cubren o protegen frente a actos comprobados e indiscutibles de corrupción. La Corporación también explicó que decisiones discutibles en cuanto a su legalidad o acierto, en las que se expongan interpretaciones distintas o divergencias de criterio sin *ánimo corrupto*, no serían perseguidas penalmente (Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538 Segunda Instancia, 2014).

La anterior postura inicialmente no fue acogida por la Sala de Casación Penal, empero posteriormente, fue matizada para admitirse parcialmente, pues en el año 2018, en la sentencia proferida dentro del radicado 52.545, se explicó que la finalidad corrupta del sujeto agente (juez o magistrado) puede verificarse cuando la determinación manifiestamente ilegal se profiere con el ánimo de beneficiar a uno de los interesados por *promesa, pago o dádiva* o en relación con un delito subyacente que determine al juez a separarse del ordenamiento jurídico; así como también, cuando éste de manera injusta, arbitraria o caprichosa decida contrariando el derecho susceptible de aplicar o conforme a un análisis probatorio alejado de los principios de la sana crítica, sin que en esa conducta concorra la intencionalidad de favorecer a un tercero, situaciones que en todo caso, exigen establecerse mediando una

prueba directa o de manera indiciaria, ante la valoración en conjunto de las pruebas que apunten a acreditarla (Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545 Segunda instancia, 2018).

Bibliografía

- Amheim y otros Vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de abril de 2018).
- Ángel Hurtado, A. (2017). Control y responsabilidad de los jueces (1975-2018). En J. Sánchez-Arcilla Bernal, *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)* (pág. 610). Dykinson.
- Araujo Renteria, J. (2015). *Filosofía o teoría del derecho constitucional*. Bogotá D.C.: Ibañez.
- Ávila Santamaría, R. (2016). *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Huaponi Ediciones.
- Barón de Montesquieu, S. C. (2018). El espíritu de la Leyes. En E. y. S.A., *Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana*.
- Barranco Avilés, M. (2016). *El papel del juez en el Estado constitucional en la Maquinaria del Derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4331-la-maquinaria-del-derecho-en-iberoamerica-constitucion-derechos-fundamentales-y-administracion>
- Bergalli, R. (1990). *Gobierno de la Justicia y formas de selección de los jueces*. Buenos Aires: Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales.
- Berman , H. J. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Bickel, A. (1978). *The Least Dangerous Branch*. Bobbs-Merrill Educational Publishing.
- Bustos Gisber, R. (2006). *La independencia judicial en Europa. Independencia Judicial y Estado Constitucional: el estado de los jueces*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Cabrera García y Montiel Flores Vs. Mexico (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de junio de 2020).
- Cancino, A. J. (2011). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Casación Penal, Sala IV. MP Diamante, Gustavo., 26 de abril de 2001 (2001).
- Comisión internacional de Juristas. (2005). *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*. Ginebra, Suiza.
- Comisión Internacional de Juristas. (2007). *Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, abogados y fiscales. Guía para profesionales*. Ginebra, Suiza.
- Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana Contra la Corrupción. (1996). *Convención Interamericana Contra la Corrupción*. Caracas.

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá D.C.

Constitución Política de Colombia, Artículo 123 (6 de julio de 1991).

Constitución Política de Colombia. (1991). BOGOTÁ D.C.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (noviembre de 1969). San José, Costa Rica. (1969). *Convención de Viena sobre derecho de los tratados*. Viena.

Cornell Law School. (s.f.). *Legal Information Institute*. Obtenido de <https://www.law.cornell.edu/uscode/tet/18/242>

Cornell Law School. (s.f.). *Legal Information Institute*. Obtenido de <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1503>

Creus, C. (1999). *Derecho Penal Parte Especial, tomo II*. Buenos Aires: Astrea.

Cross, R., & Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law*. Clarendon Press, Oxford. Obtenido de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-enseñanzas.pdf>

Debuxy, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge UK 1-14: Cambridge University Press.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano . (26 de agosto de 1789).

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de noviembre de 1948). *Asamblea General de las Naciones Unidas*. París.

Declaración y el Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos 25 de junio de 1993).

Díaz, E. (1979). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, España: Cuadernos para el Dialogo.

Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.

El pueblo de Colombia. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C.

El sistema federal judicial en los Estados Unidos, Presentación para jueces y personal administrativo del ramo judicial en países extranjeros. (1997).

Ferreira, F. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Temis.

Garay, A. F. (2009). La enseñanza del caso Madison Vs Marbury. *Revista sobre enseñanza del Derecho, año 7*.

García Arán, M. (1990). *La prevaricación judicial*. Madrid: Editorial Tecnos.

García Arán, M. (1992). La prevaricación judicial en el derecho español. En C. S. Judicial, *Temas Básicos del Derecho Volumen I*. Barcelona: Studia Jurídica.

García Arán, M. (1992). La prevaricación judicial en el derecho español. En C. S. Judicial, *Temas Básicos del Derecho Volumen I*. Barcelona: Studia Jurídica.

García San Inocencio, V. (2015). *Derechos Humanos y Corrupción. Comisión de Derechos Civiles. Estado Libre y Asociado de Puerto Rico*. San Juan.

Gargarella, R. (2012). *La Justicia frente al Gobierno*. Quito: Pensamiento Jurídico Contemporáneo.

Gelman Vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).

Gómez Méndez, A., & Gómez Pavajeau, C. (2001). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

González Martín, N. (2006). Common Law. Especial Referencia a los restatement of the law en Estados Unidos. En *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas Diversos*. (págs. 373 - 407). Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Goodhart, A. L. (1934). Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*.

Grosso García, M. S. (2019). *Principio de legalidad. Un estudio semiótico de su génesis destrucción y reconstrucción en el contexto del derecho penal*. Buenos Aires: Euro Editores S.R.L.

Hamilton, A. (s.f.). The Judiciary Department. *El Federalista N°. 78*.

Hernández Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2019).

Huertas, O., Medina Cuenca, A., & Salcedo Ortega, E. (18 de Agosto de 2017). Debido proceso e independencia judicial en America Latina. *Dixi #26*, 19.

Iturralde Sesma, V. (1995). *El precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas.

Jekins Vs. Argentina (Corte Interamericana 26 de noviembre de 2019).

Kastenmeier, R. W., & Remington, M. J. (1988). Symposium on judicial discipline and impeachment: judicial discipline: a legislative perspective. *Kentucky Law Journal*, 76.

Legarre, S. (2005). *Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campo*. Obtenido de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-ensenanzas.pdf>

Legarre, S., & Rivera, J. C. (2006). Naturaleza y Dimensiones del "Stare Decisis". *Revista Chilena de derecho*, 33, 109-124. Obtenido de file:///C:/Users/Abierto/Downloads/Dialnet-NaturalezaYDimensionesDelStareDecisis-2650413.pdf)

Locke, J. (1969). *Dos tratados sobre el Gobierno Civil*. (tecnos, Ed., & C. Mellizos, Trad.) Madrid: Aguilar.

- López Álvarez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de febrero de 2006).
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C.: Legis.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C.: Legis.
- López Quiroz, A. (2016). Principio de legalidad y prevaricato. *Dixi*, 43.
- Lousada Arochena, J. F., & Ron Latas, R. P. (2015). *La independencia Judicial*. Madrid, España: Dykinson.
- Masacre Santo Domingo Vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de diciembre de 2012).
- Mireles Vs. Waco, No. 91-311 (Suprema Corte de los Estados Unidos 1991).
- Morineau Idarte, M. (1998). *Una introducción al Common Law*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Múñoz Conde, F. (2004). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Noonan, J. T., & Winston, K. I. (1993). *The responsible Judge. Readings in judicial ethics*. Londres: Praeger.
- Norín Catrimán y Otros Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de mayo de 2014).
- Núñez, R. C. (1992). *Tratado de Derecho Penal. Título V. Volumen II*. Córdoba - Argentina: Marcos Lerner Editora.
- Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. (2003). Nueva York.
- Pabón Parra, P. (1997). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Ediciones Ciencia y Derecho Bogotá.
- Pacto internacional de los Derecho Civiles y Políticos. (1966). *Secretaría de la ONU*.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. (1989). Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. En S. E. Política. Madrid, España: Ministerio de Justicia.
- Peña Ossa, E. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- René, D., & Jauffret-Spinosi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. (J. Sánchez Cordero, Trad.) México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.
- Rivero Ortega, R. (2002). Precedente jurisprudencia y doctrina legal en derecho público. Reconsideración de las sentencias como fuente del derecho. *Revista de Administración*

Pública, 115. Obtenido de file:///C:/Users/Abierto/Downloads/Dialnet-PrecedenteJurisprudenciaYDoctrinaLegalEnDerechoPub-246389.pdf

Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de octubre de 2019).

Romero Feris Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de octubre de 2019).

Rosadio Villavicencio Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de octubre de 2019).

Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. (24 de diciembre de 2014). Acuerdo N°. PSSA14-10281, artículo 28.

Sanguino Madariaga, A. (2013). *Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Sentencia C-252 (Corte Constitucional 2001).

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. (1985). *Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura. Principios 3 y 4*. Milán, Italia.

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. (1985). *Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura*. Milán, Italia.

Serrano González, A. (1991). Dogmática Jurídica y Análisis Sociológico. El Derecho Histórico de la Doctrina Legal . *Revista Doxa número 10*.

Sharman, J. M. (1966). *Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad*. Whashington D.C.: Departamento de Desarrollo Sostenible, División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil. Banco Interamericano de Desarrollo.

Sharman, J. M. (1996). *Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad*. Washington: Departamento de Desarrollo Sostenible, División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil. BID.

Soler, S. (1996). *Derecho Penal Argentino, Título V*. Buenos Aires: Tea.

Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Revista jurídica Precedente*.

Touchard, J. (1988). *Historia de las ideas políticas*. (P. J., Trad.) Madrid. España: Tecnos.

VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. (2001). *Estatuto del Juez Iberoamericano*. Santa Cruz de Tenerife.

Villadiego, C. (2021). Justicia en Provisionalidad. *Ámbito Jurídico*.

Whittaker, S. (2008). El precedente en el derecho inglés: Una visión desde la ciudadela. *Revista Chilena de Derecho Volumen 35, Num 1*.

Corte Constitucional. Sentencia C-104 (Corte Constitucional 1993).

Corte Constitucional Sentencia C - 104 (Corte Constitucional 1993).

Corte Constitucional Sentencia C-131 (Corte Constitucional 1993).

Corte Constitucional Sentencia T-260 (Corte Constitucional 1995).

Corte Constitucional. Sentencia T-260 (Corte Constitucional 1995).

Corte Constitucional. Sentencia C-037 (Corte Constitucional 1996).

Corte Constitucional. Sentencia T-175 (Corte Constitucional 1997).

Corte Constitucional. Sentencia C-447 (Corte Constitucional 1997).

Corte Constitucional. Sentencia SU-047 (Corte Constitucional 1999).

Corte Constitucional, Sentencia C-492 (Corte Constitucional 2000).

Corte Constitucional. Sentencia C-252 (Corte Constitucional 2001).

Corte Constitucional. Sentencia C-836 (Corte Constitucional 2001).

Corte Constitucional. Sentencia C-917 (Corte Constitucional 2001).

Corte Constitucional. Sentencia T-502 (Corte Constitucional 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-039 (Corte Constitucional 2003).

Corte Constitucional. Sentencia T-698 (Corte Constitucional 2004).

Corte Constitucional. Sentencia T-292 (Corte Constitucional 2006).

Corte Constitucional. Sentencia T-049 (Corte Constitucional 2007).

Corte Constitucional. Sentencia T-248 (Corte Constitucional 2008).

Corte Constitucional. Sentencia C-335 (Corte Constitucional 2008).

Corte Constitucional. Sentencia SU- 210 (Corte Constitucional2010).

Corte Constitucional. Sentencia C-122 (Corte Constitucional 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-539 (Corte Constitucional 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-634 (Corte Constitucional 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-816 (Corte Constitucional 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-588 (Corte Constitucional 2012).

Corte Constitucional. Sentencia SU-917 (5 de diciembre de 2013).

Corte Constitucional Sentencia C-461, (Corte Constitucional 2013).

Corte Constitucional. Sentencia T-775 (Corte Constitucional 2014).

Corte Constitucional. Sentencia C-284 (Corte Constitucional 2015).

Corte Constitucional. Sentencia C-621 (Corte Constitucional 2015).

Corte Constitucional. Sentencia T-309 (Corte Constitucional 2015).

Corte Constitucional. Sentencia C-193 (Corte Constitucional 2016).

Corte Constitucional. Sentencia C-285 (Corte Constitucional 2016).

Corte Constitucional. Sentencia C-469 (Corte Constitucional 2016).

Corte Constitucional. Sentencia SU-354 (Corte Constitucional 2017).

Corte Constitucional. Sentencia T-619 (Corte Constitucional 2017).

Corte Constitucional. Sentencia T-022 (Corte Constitucional 2019).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 15296 Segunda Instancia (2002).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de agosto de 2003, Radicado 19303.

Corte Suprema de Justicia. Rad 22855 (Sala de Casación Penal 25 de mayo de 2005).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 23901 Segunda Instancia. (26 de febrero de 2006).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 36373 Segunda instancia (6 de junio de 2012).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 37532 Segunda Instancia (8 de marzo de 2012).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 39456 Segunda Instancia (10 de abril de 2013).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 39538 Segunda Instancia (23 de octubre de 2014).

Corte Suprema de Justicia Rad 39456 Segunda Instancia MP José Luis Barceló.

Corte Suprema de Justicia. Rad. 19303 Segunda Instancia (Sala de Casación Penal 20 de enero de 2016).

Corte Suprema de Justicia Rad 41198 Auto interlocutorio MP Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia Rad 45590 Sentencia de Casación MP Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia Rad 46688 Segunda Instancia MP José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia Rad 48905 Casación MP Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia Rad 49777 Segunda Instancia. MP Gustavo Enrique Malo.

Corte Suprema de Justicia. Rad 49197 Segunda instancia (3 de marzo de 2021).

Corte Suprema de Justicia. Rad 51652 Segunda Intancia (3 de marzo de 2021).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 43413 Segunda Instancia (Sala de Casación Penal 15 de octubre de 2014).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 45590 Segunda Instancia (28 de octubre de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 46688 Segunda Instancia (2015).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 48908 Segunda Instancia (1 de agosto de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 49777 Segunda Instancia (16 de agosto de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 50600 Primera Instancia Aforados (Sala de Casación Penal 22 de octubre de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 52545 Segunda Instancia (16 de mayo de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 52706 Auto Interlocutorio (abril de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 52804 Segunda instancia (20 de marzo de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 52829 Segunda Instancia (9 de octubre de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 53445 Segunda instancia (Sala de Casación Penal 4 de diciembre de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 53765 Segunda Instancia (27 de marzo de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 54023 Sentencia (10 de junio de 2020).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 54160 Segunda Instancia (12 de diciembre de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 56203 Segunda instancia (1 de julio de 2020).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 56663 Segunda instancia (5 de agosto de 2020).

Corte Suprema de Justicia Rad 5376 Segunda Instancia MP Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de la Nación Argentina, Casación Penal, Sala I, Vaccari, Horacio y otro (5 de octubre de 1994).

Corte Suprema de la Nación Argentina, Casación Penal, Sala IV, Diamante Gustavo (26 de abril de 2001).

Código de Enjuiciamiento Civil Español. (1881).

Código de Procedimiento Penal, Artículo 413 (31 de Agosto de 2004).

Código General del Proceso. Ley 1564. (2012).

Código Penal colombiano Ley 599. (2000). Artículo 413.

Código Penal de la Nación de Argentina. Artículo 269. (s.f.).

Código Penal de Puerto Rico, artículo 259. (2012).

Código Penal de Puerto Rico, artículo 291. (2012).

Código Penal, Ley 599. (2000).

Ley 105. (1890).

Ley 1340. (2009).

Ley 1474 . (2011).

Ley 153. (1887).

Ley 169. (1896).

Ley 270. (1996).

Ley 61. (1886).

Ley orgánica 10. (1995). Código penal español.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Rad 11001600010220200008204 Auto Interlocutorio Segunda Instancia (22 de abril de 2021).

Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 101 (27 de febrero de 2012).

Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 102 (3 de febrero de 2009).

Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 2338. (11 de Diciembre de 2001).

Tribunal Supremo Español. Sentencia N°. 333 (15 de febrero de 2006).

Sentencia 26 de abril MP Diamante, Gustavo (Corte Suprema de la Nación Argentina Casación Penal Sala IV 2001).

Corte Suprema de Justicia. (1894). *Informe de La Corte Suprema de Justicia al Congreso de 1894*. Bogotá: Gaceta Judicial año X, número 473. Obtenido de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20X%20n.%200469-0520%20\(1894-1895\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20X%20n.%200469-0520%20(1894-1895).pdf)