

EL SENTIDO DEL “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO”

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ

EL SENTIDO DEL
“PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO”



Comité Editorial Universidad Santiago de Cali
Editorial Committee Universidad Santiago de Cali

Claudia Liliana Zúñiga Cañón, Edward Javier Ordóñez, Paula Andrea Garcés Constain,
Sergio Molina Hincapié, Jonathan Pelegrín Ramírez, Yuriban Hernández,
Daniela Rodríguez Quintero, Milton Orlando Sarria Paja, José Fabián Ríos Obando

EL SENTIDO DEL “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO”

Diego León Gómez Martínez
Primera edición, diciembre 2022

© 2022: Diego León Gómez Martínez

© 2022: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© 2022: Universidad Santiago de Cali

Publicaciones / Editorial USC

Bloque 7 - Piso 5, Calle 5 No. 62 - 00

Tel: (57+) (2+) 518 3000 / Ext. 323 - 324 - 414

editor@usc.edu.co / publica@usc.edu.co

Cali, Valle del Cauca - Colombia

Impresión y encuadernación:

GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.

MZ. E LT. 15 URB. SANTA ROSA DE LIMA - LOS OLIVOS

Diciembre, 2022

Diagramación:

GABRIELA ZABARBURÚ GAMARRA

Cuidado de estilo y edición:

MANUEL RIVAS ECHARRI

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2022-12721

ISBN: 978-612-325-304-2

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

A mis dos precedentes obligatorios: Sofi y Ale

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	11
PRÓLOGO	15
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
PRÓLOGO	27
<i>Michael Núñez Torres</i>	
INTRODUCCIÓN.....	39

Capítulo I

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

1. Consideración previa: planteamiento del problema.....	43
2. Sobre la teoría de la interpretación jurídica	49
3. Metateoría de la interpretación	50
4. La ambigüedad del concepto “interpretación”	53
5. Distinción entre disposición jurídica y norma jurídica	60
6. Construcción de normas implícitas.....	63

CONTENIDO

7.	Los argumentos de la interpretación.....	67
7.1.	El argumento a contrario.....	69
7.2.	El argumento sistemático	71
7.3.	El argumento de la disociación.....	73
7.4.	El argumento de la voluntad del constituyente	75
7.5.	El argumento equitativo.....	78
7.6.	El argumento de la completitud de la disciplina jurídica.....	79
8.	Antinomias.....	80
9.	Lagunas	87
10.	Derrotabilidad de normas jurídicas	93

Capítulo II

EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO ACTO DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

1.	Cuestión previa: sobre el estado del arte y aclaración metodológica.....	101
2.	El discurso interpretativo de la Corte Constitucional del “precedente judicial obligatorio”: análisis con un microscopio teórico analítico del derecho	107
2.1.	La cláusula Angarita: hacia el acto de construcción jurídica	109
2.2.	El comienzo de la construcción jurídica: los primeros argumentos interpretativos	113
2.3.	Fuentes del Derecho y cosa juzgada constitucional: la jurisprudencia constitucional se desmarca del artículo 230.....	114
2.4.	La cosa juzgada constitucional y sus efectos <i>erga omnes</i>	125
2.5.	Ley formal y material. Cosa juzgada explícita e implícita	127
2.6.	Doctrina constitucional interpretativa y doctrina constitucional integradora	135

CONTENIDO

2.7. Imperio de la ley y el derecho-principio de igualdad.....	141
2.8. Algunos usos interpretativos de las normas constitucionales creadas por la Corte Constitucional.....	147
2.9. El derecho a la igualdad y la auxiliariad de la jurisprudencia: La Corte Constitucional evita una antinomia.....	153
2.10. Trato igualitario como argumento estándar y jurisprudencia: <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dicta</i>	156
2.11. “El precedente como jurisprudencia obligatoria auxiliar”	164
3. El principio-derecho a la igualdad como aparato productor de una laguna axiológica y el “precedente judicial obligatorio” como norma-producto para colmarla.....	168
4. La derrota de la consecuencia pragmática de aplicación de la norma literal del artículo 230 constitucional.....	170

Capítulo III

EL “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO” Y TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS

1. Aclaración previa: distinción de los conceptos de <i>stare decisis</i> y <i>ratio decidendi</i>	175
2. La reconstrucción de la norma implícita: “precedente judicial obligatorio”, el <i>stare decisis</i> colombiano.....	177
3. Sobre normas de obligación y la norma del “precedente judicial obligatorio”	180
3.1. La concepción psicológica	182
3.2. La concepción predictiva.....	185
3.3. La concepción realista	187
3.4. La concepción naturalista.....	188
3.5. La concepción prescriptivista.....	189
3.6. La concepción punitiva	191

CONTENIDO

4. Sobre normas permisivas y la norma del “precedente judicial obligatorio”	207
5. Sobre normas de competencia y la norma del “precedente judicial obligatorio”	214
6. Existencia y validez de la norma del “precedente judicial obligatorio”	222

Capítulo IV

EL “PRECEDENTE JUDICIAL OBLIGATORIO” Y ESTADO DE DERECHO

1. Cuestión previa.....	229
2. Sobre la división de poderes	231
3. La Corte Constitucional y la separación (división) del poder público.....	235
4. Sobre la constitución.....	244
5. Sobre el poder constituyente	256
6. Sobre la democracia	260
7. Finalmente, sobre el “gobierno de los jueces”	265
BIBLIOGRAFÍA.....	285

AGRADECIMIENTOS

Siempre que se termina un libro, quien lo escribe queda en deuda, porque ese texto es el resultado de un diálogo con muchos colegas que, de alguna u otra forma, contribuyen a su formación, ya sea recomendando libros, haciendo comentarios, realizando críticas, en fin, mostrando ciertas cosas que quien está realizando el trabajo no logra captar, tal vez por estar lidiando con tantos asuntos al tiempo o por estar entretenido en algún detalle argumentativo. Por eso, esos diálogos son vitales para ese texto que se construye, que se modifica y que va tomando forma día tras día.

Por esos motivos, hoy debo agradecer al Dr. Michael Nuñez Torres por comprender los objetivos de la investigación, respetar la postura —no en todos los puntos coincidente con la suya— y de esa forma valorar el trabajo teórico y metodológico que he intentado realizar. En ese sentido, el Dr. Nuñez ha sido el *pater professor* responsable que todos quisieran tener. Por ello, lo que este producto implica no es solo este libro, sino una gran amistad de aprendizaje constante en la experiencia del derecho público, la cual estoy seguro ha sido fecunda y espero sea perenne.

También debo agradecer a mi esposa Alejandra, quien no solo me ha apoyado en forma incondicional en el camino de la vida, sino también en el diálogo constante sobre el tema que ocupa estas pági-

nas. Gracias, amor de mi vida, por estar dispuesta a escuchar y por realizar varios comentarios que he tenido en cuenta. En ese mismo sentido, es para mí un imperativo también agradecer a mi hija Sofía, quien ha sido el corazón de todo este proyecto académico, pues a su corta edad supo comprender que me separaba de ella para avanzar. Gracias, hija, siempre firme hasta el final; ya seré yo el que te espere.

De la misma manera, he de agradecer a maestros y amigos que han contribuido a la formación de estas ideas. Gracias a Riccardo Guastini, Mauro Barberis, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Álvaro Núñez Vaquero, Alejandro Calzetta, Hernel Perea, Sergio Molina, Juan Antonio García Amado, Manuel Atienza, Andrés Róslar, Marco Antonio Nambo, Luis Gerardo Rodríguez, Danielle Zaror, Yeminá Valdez, Víctor Álvarez, Lina Salazar, Néstor Méndez, Jhony Mena (Dr. Batalla), Pamela Aguirre, Fernando Carlos Terreros, Diego Tarapués, Juan Antonio Cruz Parceró, Pau Luque, Luca Malagoli, Diego López Medina, Adolfo Murillo, Carolina Deik, Lorena González, Francesca Poggi, Pedro Caminos, Sergio Tapia, Vicente Solano, Carlos Agudelo, Víctor Zúñiga González y María del Carmen Baca. Gracias a todos por el apoyo de siempre. Este texto no habría podido ser sin ustedes. Los errores son míos.

Agradezco a mis padres Juan Carlos y Claudia, quienes me han apoyado en todo este proceso académico; a toda mi familia, a mi abuela, que sorpresivamente se fue de este mundo dejándome un vacío enorme y, especialmente, a mi tía Carmen y al tío Alfonso, que me han apoyado de forma constante e incondicional en toda la experiencia en México.

De la misma forma, agradezco muy especialmente al Dr. Pedro P. Grández Castro, director de la Palestra Editores de la hermana república del Perú y al Dr. Edward Ordoñez, editor en jefe de la Editorial USC. Infinitas gracias a los dos por su aquiescencia e impecable trabajo, el cual fue clave para que este libro pudiese ser una

AGRADECIMIENTOS

realidad para la comunidad académica. Gracias a todo el equipo de ambas casas editoriales.

Finalmente, pero no por ello menos importante, agradezco a la Facultad de Derecho y Criminología de Universidad Autónoma de Nuevo León, a todos sus directivos, especialmente al señor subdirector de posgrados Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez, por acogerme con toda su confianza y por brindarme todo su apoyo durante mi paso por Monterrey. Gracias al director del Doctorado en Derecho, Dr. José Luis Prado Millard. También agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México (CONACYT) por la beca otorgada. De la misma forma, expreso mis más profundos agradecimientos a mi *alma mater* —Universidad Santiago de Cali—, a nuestro Rector Carlos Andrés Pérez Galindo y a todo el equipo de la alta dirección, por el gran apoyo institucional durante todos estos años de formación, docencia e investigación.

El autor

PRÓLOGO

Los futuros historiadores del Derecho (si es que hay un futuro con Derecho e historiadores) buscarán explicaciones para una de las etapas más curiosas y paradójicas del pensamiento jurídico, la nuestra. Creo que pocas veces se habrá visto semejante divorcio entre lo que el Derecho es y lo que los teóricos del Derecho piensan, entre las funciones de lo jurídico y las doctrinas que en las facultades de Derecho se difunden. Trataré de explicar a continuación esta tesis y la relación que guarda con la temática del excelente libro que tengo el honor de prologar.

Son extraños los tiempos en los que verdades de Perogrullo se tornan tesis aparentemente sofisticadas. Una de tales tesis que tengo por obvia, pero que puede sorprender a más de cuatro colegas, es la que dice que no hay Derecho sin normas y sin que tales normas tengan un núcleo de contenido generalmente cognoscible e independiente de los gustos y valores de cada cual. En otras palabras, todas las normas, de cualquier tipo, nos permiten saber colectivamente a qué atenernos cuando calificamos conductas o ciertos estados de cosas relacionados con conductas, y que las normas jurídicas, en particular, nos habilitan para calcular no solo cómo nuestras conductas van a ser calificadas, sino también cuáles son las consecuencias tangibles que por ellas se nos van a aplicar. Así, sabemos que matar dolosamente a otra persona será acción tildada de inmoral, injusta, pecaminosa... , y sabemos más

concretamente a qué pena de cárcel o similar nos exponemos en el respectivo sistema jurídico cuando incurrimos en homicidio. Hay Derecho penal, y la consiguiente certeza, constitutiva de la llamada seguridad jurídica, porque existe un tipo penal con su supuesto de hecho y su pena, norma suficientemente precisa como para que todos básicamente puedan entenderla, aun cuando sea inevitable también que caso a caso haya de discutirse sobre los hechos y su prueba o sobre el modo de concretar el sentido del precepto al aplicarlo. Si no hubiera semejante norma penal, el matar con dolo sería socialmente considerado como conducta indebida, pero lo que le haya de suceder al que mata se debatiría por completo caso a caso y no habría límites por arriba ni por abajo a la hora de tratar al homicida. Así, un juez ultrarreligioso podría plantear que, si el muerto es un infiel, tal vez no merece tanto reproche el homicida, mientras que si es uno de su mismo credo, el autor debe pagar con su propia vida. Las normas de Derecho ponen límite y paz donde las otras normas a veces invitan a la guerra, incluidas las normas religiosas y las morales.

Lo que acabo de escribir es tan obvio como necesario en esta época en la que nada excita tanto a constitucionalistas y profesores de Derecho en general, y sobre todo si enseñan en universidades selectas, como decir que no hay sociedad mejor que la sociedad sin ley y con jueces justicieros y que donde esté un buen principio moral que se pueda pesar en el magín del juzgador, pues que se quiten todas las reglas que al juzgador limiten, y más si las ha hecho ese legislador que representa al pueblo analfabeto y necesitado de guía firme y buenos sacerdotes.

El caso es que en muchos países latinos va ganando terreno en las cátedras y en los tribunales ese ideal de la ciudad sin ley, pero con principios, donde la justicia la impone a la postre un *sheriff* togado que ha sido propuesto para el cargo por los hacendados más potentes. Vuelve el salvaje Oeste y quién sabe si regresa de nuevo para contener a los indios, al populacho que quiere recuperar el territorio que según

las Constitución le pertenece y que las constituciones llaman soberanía popular o principio democrático. Sí, principio, precisamente.

Pero la realidad es tozuda y las ontologías resisten a las ideologías. Un Derecho sin normas tangibles es como religión sin divinidad o como fútbol sin balón: no funciona. Cierto que siempre se puede intentar con sucedáneos, adorando al alcalde o dando patadas a una piedra, pero no es lo mismo y a la larga los jugadores buscan un dios más presentable o construyen una pelota con la tripa de una vaca o lo que tengan más a mano. Y con el Derecho está pasando otro tanto.

El llamado neoconstitucionalismo en verdad tiene más de medieval que de nuevo, pues en el fondo quiere recuperar el estilo del Antiguo Régimen, ya sea negando a Kant y Rousseau y el valor de la norma legal común, ya sea frenando los logros de la Revolución francesa y retornando a los valores de los reaccionarios que la combatían, el valor de las tradiciones, el valor de las comunidades por encima de los individuos, la relevancia de lo telúrico frente a la razón analítica, etc. Y en el fondo, claro, la religión, sea la de las pujantes confesiones evangélicas, sean las religiones civiles de los que andan buscando siempre un general ante el que arrodillarse o un líder folclórico al que pedir milagros.

Pero ese neoconstitucionalismo, o principialismo o neofeudalismo o capitalismo de santería y calabozo o como queramos llamarlo, ha tenido un éxito indiscutible. No solo porque en algunos lugares ha propiciado un milagro parangonable al de convertir el agua en vino o el de multiplicar los panes y los peces, como es el de que se hagan ricos algunos a base de defender desde las cátedras o como *amicus curiae* a los pobres, pero sin que los pobres mejoren nada, sino también porque va camino de transformar en países sin ley muchos Estados que en sus constituciones se definen como Estados de Derecho. Que pueda haber Estado de Derecho allí donde la solución para los litigios la brinda caso a caso una judicatura oracular, cuyos integrantes fingen que la sentencia les sale de una balanza íntima, viene a ser como si

en un pueblaco lo que es pecado lo dice a cada uno la sobrina del cura según se le antoje y cómo tenga el día, mientras simula que se lo dicta la güija.

Las fases de esa evolución son conocidas. Primero se dijo que ya no vivimos en el Estado legal, sino en el Estado constitucional, y que la fuerza de la ley es siempre relativa, su naturaleza es derrotable y su obligatoriedad prima facie o “en principio”, diga la ley lo que diga y aunque la haga el pueblo; o peor si el pueblo la hizo, porque a ver quién puede fiarse más del pueblo que de los profesores capitalinos y de la chusma más que del Poder Judicial.

El primer objetivo se alcanzó sin gran dificultad y el círculo vicioso se volvió virtud académica y política. Desde las altas cimas de unos doctorados extranjeros, nos contaron que la ley no importa apenas (como si la legalidad alguna vez hubiera en verdad imperado en según qué países, qué tristeza), para que concluyéramos los ciudadanos que no era tan relevante la deliberación democrática ni el pensar a quién votamos. Así que nos animamos a votar con poco seso a populistas iletrados y procaces, lo cual permitió a las élites académicas y económicas del correspondiente lugar una doble maniobra perversa: sedujeron en sus ricos salones al mandatario patán, que jamás había tomado Burdeos ni probado el caviar, y ya pudieron ratificar que menos mal que la ley importa poco, porque mire usted quién la hace. Mano de santo. Y mientras tanto le iban diciendo al narciso presidencial de turno quién convenía más en la Corte Constitucional a efectos de ponderar como Dios manda y de poner la ley en su sitio, bajo los debidos principios.

Desde mi inevitable escepticismo, siempre me ha costado entender a los que creen en la transustanciación, pongamos por caso, pero a estas alturas me resulta mucho más esotérica y misteriosa la fe de los convencidos de que van a ponderar con objetividad y ejemplar rectitud los magistrados y magistradas escogidos en los salones del lujo por los presidentes sin luces y los potentados sin ética. Prodigio

entre los prodigios, no menor que aquel de cuando Lázaro estaba muerto, pero se levantó y echó andar.

Ya bien cercada la ley, tocaba relativizar la Constitución de donde vienen los límites que a los dominadores menos agradan y las trabas que mejor los limitan. Y una vez más la inteligencia posmoderna hizo de la nece(s)idad virtud y atacó mediante la adulación: le pidieron al pueblo confianza y que les dejara las manos libres. A la Constitución los poderes de toda la vida la mataron porque era suya. Como siempre, solo que ahora los golpes de Estado son golpes de estrado y ya no hay ruido de sables, sino frufrú de togas.

Estamos en esa fase, aunque ya comenzó hace un poco de tiempo. Las bases del constitucionalismo inconstitucional las sentaron aquellos ultraconservadores constitucionalistas alemanes de los años sesenta y setenta que escribieron lo de que la Constitución es un “orden objetivo de valores”, que esos valores irradian que es un primor y que *extra ecclesiam nulla salus*. Todos sabemos, desde los griegos ya, que la mejor estrategia para saltarse la letra es ponerle música, y por eso hay países en los que la letra de las constituciones no se atiende, pero todos las bailan. Como cuando al cónyuge lo descubren en plena infidelidad gozosa y responde con el viejo “no es lo que parece, mi amor”. Pues las constituciones igual, acaban sus enunciados por no significar lo que de ellos se entiende, y resulta, al parecer, que nos mandan de vez en cuando hasta lo contrario de lo que nos dicen, y todo porque el constituyente nunca acierta del todo a expresar el contenido prístino del valor irradiante, que no deja de ser valor inefable, cuyos dictados caso a caso habrá que descubrir en el recogimiento de la ponderación y poniéndose en posición bien originaria.

Así que hasta los preceptos constitucionales obligan ya de modo bien relativo y habrá que ver si a tal o cual artículo de la suprema norma no lo derrota mañana un principio constitucional implícito o si no resultó chamuscado por la irradiación de un valor constitucional tácito y candente. Si, como nos enseñaron en Kiel, todas las normas

jurídicas, y hasta las constitucionales, son o reglas o principios, y si lo mismo la que sea una regla o la que sea un principio pueden ser derrotadas por otro principio expreso o implícito, pues la suerte está echada y ya no hay más Constitución que la que le pite al que pondere ni más derecho seguro que el que nos quiera reconocer su señoría.

Si alguna vez ciertamente hubiera habido teoría crítica del Derecho o algo nos quedara de tal cosa, tendría gracia preguntarse qué dirían semejantes pensadores y pensadoras de esta vuelta al estado de naturaleza, a un estado sin Derecho y, por tanto, sin Estado. Qué opinaría un buen jurista marxista de lo que de superestructural puede haber en este ideario jurídico que deja los derechos de los ciudadanos a los pies de los caballos y que lo único que jurídicamente nos garantiza es que no hay ninguna garantía plena, pues no existe regla que no pueda ser derrotada ni decisión contra los derechos que no quepa presentar como consecuencia insoslayable del mayor peso de un principio que al magistrado ponente se le presentó al final de una noche de vino y rosas. Pero no parece que los críticos profesionales estén alzando la voz en demasía y diríase que parecen felices y a sus cosas, los unos a la diestra del Padre y los otros puliéndole el ego al Supremo. ¡Cuánto añoramos en estos tiempos a los foucaltianos, cómo echamos de menos a los althusserianos, cómo se siente el vacío dejado por los derrideanos que nos abandonaron cuando tocaba deconstruir de veras! Se nos marcharon, quizás, al constitucionalismo andino, nos dejaron a dos velas y se las fueron a poner todas a los nuevos dioses del Olimpo populista y posmoderno.

El caso es que nos quedamos casi sin unas normas que merezcan el calificativo de jurídicas y que puedan satisfacer aquel cometido de guía común y fuente de consecuencias previsibles para nuestras conductas. Pero repito que la ontología es terca y, además, hay funciones que difícilmente pueden ser cumplidas por sucedáneos o antiguallas. Como nos enseñó Niklas Luhmann hace unas cuantas décadas, sociedades complejas necesitan subsistemas sociales funcio-

nal y operativamente diferenciados, muy particularmente el sistema jurídico. Si cada vez que un juez ha de fallar sobre un pleito debe analizar las consecuencias políticas, las implicaciones morales, los efectos económicos, los juicios de la ciencia y hasta los veredictos de la religión, o se toma ese juez tres meses para analizar cada asunto o se juega la resolución a los dados... o simplemente se pregunta qué agrada más al Señor Presidente.

El Derecho hace falta y hasta los tiranos gustan de promulgar mandatos generales que se entiendan y se cumplan. De hecho, cuando cualquier déspota ha conseguido disolver las bases normativas e institucionales del Estado constitucional y democrático de Derecho, se acaban las ponderaciones y en adelante los principios los pondera solo él y él solo, al hacer las leyes que a su dictado aplican los jueces serviles que también él selecciona.

Pero sea en un contexto o sea en otro, sea de buena fe o con aviesa intención, un sistema jurídico necesita normas específicamente jurídicas. Y si no las quieren como tales los que socialmente dominan, las demandan de todos modos los jueces honestos, los fiscales con buen oficio o los abogados serios. Y por ahí llegamos a la sorprendente importancia que en estos tiempos ha ido adquiriendo el tema de los precedentes jurisprudenciales.

También en esto despunta la paradoja, y en términos paradójicos planteo la cuestión: ¿por qué preocupa tanto la vinculatoriedad del precedente justamente cuando se ha insistido tanto en que vincula poco la ley? ¿Por qué interesa ahora hacer valer reglas, esta vez de origen judicial, cuando se ha subrayado una y otra vez que todas las reglas son derrotables por principios?

Hay al menos un tema que creo que suscita enigmas similares, el del control de convencionalidad. Tras debilitar la ley y demoler hasta las reglas constitucionales, la teoría del Derecho busca a la desesperada preceptos en el Derecho internacional de los derechos humanos, quién sabe si para salvar de los derechos algo y librarse de

la consecuencia terrible de que a todos los hayamos hecho vencibles y vendibles hasta en su contenido esencial, con tal de que encontremos y sepamos esculpir en cada ocasión un principio al que presentemos ganador por bien pesado. ¿Será que con el control de convencionalidad se pretende rescatar lo que queda de los derechos fundamentales y que con la teoría del precedente buscamos un madero al que agarrarnos para salvar al menos un ápice de seguridad jurídica y certeza del Derecho? ¿Acabaremos por concluir que ha sido justamente esta apoteosis de la axiología constitucional la que nos ha llevado al más feroz relativismo valorativo, al nihilismo jurídico, si es que no a la anomia pura y dura?

Si en tan atrevida hipótesis hubiera algo de razón, tendría sentido este retorno de una cuestión jurídica, la del precedente vinculante, que parecía que ya no guardaba ningún secreto teórico. Doy en esto mi modesto punto de vista con brevedad.

Es lugar común diferenciar entre precedente vinculante y no vinculante. Este último es una variante del argumento de autoridad y tiene la fuerza natural del imitar al que más sabe o atenerse a lo que hizo antes el de mayor prestigio. Así se entiende que con esa función en buena parte persuasiva o retórica sea el tribunal inferior el que cite el precedente del superior o igual, pero no a la inversa. Y el precedente vinculante por antonomasia es el precedente interpretativo, es decir, aquel que con autoridad fija como debida la interpretación de la norma que ese tribunal prefiere, de entre las varias posibles y compatibles con su tenor. También tendrá su valor interesante el precedente con el que se crea la norma que colma una laguna normativa.

El precedente vincula si hay norma que así lo declare. Sin norma, el precedente puede jugar, pero no como jurídicamente imperativo, sino como retóricamente convincente, políticamente conveniente o modo de ahorrar tiempo y trabajo al imitar lo que antes hizo otro que lo pensó mejor. Ningún precedente opera con fuerza vinculante, igual que ninguna orden de nadie en Derecho y como Derecho obliga,

sin norma que establezca la autoridad del que ordena y el modo en que ha de expresar su voluntad, o como ninguna promesa se hace contrato sin reglas que diferencien el contratar del simple prometer sin real atadura. Así pues, si del precedente nace norma jurídica en un sistema, es porque en el mismo sistema hay normas que especifican qué decisiones de qué tribunales ligan a otros tribunales a las reglas que los primeros crearon o al modo como interpretaron las reglas que no eran suyas.

El contemporáneo gatopardismo jurídico hace que se busquen nombres nuevos para lo que siempre hubo, pero se llamaba de otra manera y hasta se entendía mejor. Hace cincuenta años los doctri- nantes del Derecho continental no hablaban del valor del precedente, sino que se preguntaban bajo qué condiciones los tribunales sientan jurisprudencia o si es la jurisprudencia fuente del Derecho. Como el olvido es a menudo causa de una repetición que pasa por innovadora, y como el capital simbólico del jurista medra cuando habla como si fuera nacido en Illinois, pues redescubrimos con impostada sorpresa que las normas las concretan los jueces al aplicarlas y que una ma- nera bien eficiente de evitar la inseguridad derivada de la dispersión y variedad de las interpretaciones posibles de la misma norma con- siste en hacer que deban todos los jueces de esa rama interpretarla y consiguientemente aplicarla como lo haya hecho el tribunal al que ese ordenamiento atribuya esa suprema autoridad interpretativa. Y como la autoridad de tal órgano se convertiría para él mismo en cepo, también aparece regulado en cada sistema jurídico el modo en que puede sustraerse al propio precedente el mismo que lo sentó. Poco nuevo bajo el sol, pero todo bien interesante en esta época de mudanzas sin cambios y en la que con cada debate teórico-jurídico se libra en verdad una batalla ideológica, a la vez que los ideólogos se disfrazan de expertos en pócimas jurídicas y magos de los derechos.

Lo que trato de manifestar es que siempre tiene interés el análisis teórico de cómo las normas nacen, se aplican y entre sí se desplazan, y

que en ese capítulo insoslayable de la teoría jurídica es importante el examen de la jurisprudencia o el precedente vinculante, por supuesto que sí. Y que, si bien parecía que las herramientas de análisis estaban ya bien afinadas por tantos buenos autores que nos antecedieron, sí que cabe replantearse el tema del precedente, pero, a mi modo de ver, en relación con esas nuevas paradojas que vengo señalando aquí. Pues lo que a fin de cuentas ahora muchos se andan cuestionando es qué valor de regla tiene la decisión jurisprudencial que derrota las reglas o cuánto de sólido queda en la regla jurisprudencialmente sentada, después de haberse dicho tantas veces que todas las reglas se licúan o se evaporan con el reactivo de los principios o al son de quienes los ponderan. O si será que los tribunales más altos de algún país van a terminar diciendo que los jueces pueden derrotar cualquier regla que no sea la emitida por esos altos tribunales, con lo que se consumaría la larvada revolución jurídica de nuestro tiempo: la transferencia de la soberanía a las altas cortes, que ojalá al menos no implicara regalar la soberanía al que con su dedo señala a quienes a su servicio vayan a desempeñarse en esas cortes.

Lo que en las ciencias formales viene a ser el Teorema de Gödel, en las disciplinas jurídicas es la tesis que, implacable, siempre se nos impone de últimas: que el rey está desnudo. Sin reconocimiento social no hay Derecho, no hay cómo diferenciar entre normas jurídicas y de las otras, y el reconocer en común qué es el Derecho es a la vez identificar quiénes son en el sistema jurídico los que poseen autoridad para aplicarlo porque otras normas del mismo sistema se la dan. Y por eso disolver el Derecho y andar derrotando sus normas a calzón quitado o toga alzada supone un riesgo cierto para la misma judicatura que así se desmelenan: disuelta la autoridad de lo jurídico o convertida en incierta su fuente, desaparece también la base de la autoridad de los jueces. Razón por la que esos mismos jueces tendrán que procurarse nueva legitimidad, las más de las veces haciéndose pasar por ministros de la Justicia pura o apóstoles de los supremos

valores supraconstitucionales. Porque, si no, es el rey judicial el que se quedó con las vergüenzas al aire. Pues, pongamos por caso, a ver cómo justifica su autoridad y su institucionalidad ese Tribunal Constitucional de Ecuador que hace poco y a base de ponderar como si no hubiera un mañana ni un poder constituyente ni un pueblo soberano, concluyó que una norma clara de la Constitución de aquel país era inconstitucional. ¿Qué va a pasar el día en que algún osado iuspositivista aburrido para molestar al *establishment* escriba que lo inconstitucional es que haya magistrados y magistradas constitucionales, porque eso contraría la igualdad de los ciudadanos ante la ley y va en contravía del libre desarrollo de la personalidad de cada uno? En la noche oscura de la metafísica constitucional, todos los gatos son pardos y quien hizo el principio amañó el final.

Pero hay esperanza, algún resquicio queda. Viene una generación de jóvenes iusfilósofos y constitucionalistas y prende mejor donde más falta hacía. Urge volver a estudiar Derecho e importa mucho tomarse, ahora sí, los derechos en serio. Me alegra enormemente que sea en Colombia donde esté surgiendo al fin una verdadera teoría crítica del Derecho y donde jóvenes y bien preparados profesores e investigadores estén derribando falsos mitos, desvelando las rancias manipulaciones y recuperando el valor de lo jurídico y la honra de los juristas. Por eso me ha gustado tanto este libro de mi amigo Diego León Gómez Martínez, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, buen jurista y jurista de bien.

Juan Antonio García Amado
León (España), 30 de enero de 2022