

**EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y SU APLICABILIDAD EN EL RECURSO
DE CASACIÓN PENAL**

JOSE LUIS GARCÍA ESPINOSA

(Estudiante)

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

ESPECIALIZACIÓN EN CASACION PENAL

BOGOTÁ

2018

**EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y SU APLICABILIDAD EN EL RECURSO
DE CASACIÓN PENAL**

JOSE LUIS GARCÍA ESPINOSA

(Estudiante)

Dr. HENRY TORRES VÁSQUEZ

(Docente)

**Anteproyecto de Tesis de Grado presentado para optar el Título de Especialista
en Casación**

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

ESPECIALIZACIÓN EN CASACIÓN PENAL

BOGOTÁ

2018

RESUMEN

El Precedente se ha presentado como algo reciente y que era desconocido por los juristas. Hoy está en proceso de posicionamiento, advirtiéndose que desde su nacimiento, en Colombia, ha contribuido a dirimir situaciones litigiosas que anteriormente resultaban sin una solución justa y jurídica. Es por ello que en esta investigación se especifica este como un tema novedoso para la comunidad jurídica, se dejará dicho el origen del precedente judicial, su importancia, aplicación y fuerza vinculante para solucionar controversias judiciales, destacando que no ha sido fácil darle arraigo jurídico procesal a esta nueva instituta del derecho.

También resulta destacable en el desarrollo de estas páginas dejar explicitado que los jueces siguen conservando la autonomía que les viene conferida en el artículo 230 de la Carta Política, porque si bien la aplicación del precedente es vinculante para los jueces, en eventos que estimen desecharlo, deberán satisfacer una carga argumentativa suficiente y consistente que elimine cualquier atisbo de injusticia e ilegalidad.

Palabras claves: Precedente, jurisprudencia, Altas Cortes, fallo judicial, obligatoriedad, prevaricato.

ABSTRACT

The Precedent has been presented as something recent and that it was unknown by jurists. Today it is in the process of positioning itself, warning that since its birth, in Colombia, it has contributed to settling litigious situations that previously were without a just and legal solution.

That is why this investigation is specified as a novel subject for the legal community, it will be said the origin of the judicial precedent, its importance, application and binding force to solve judicial disputes, emphasizing that it has not been easy to give legal procedural roots to this new institute of law.

It is also remarkable in the development of these pages to make explicit that the judges continue to preserve the autonomy conferred on them in Article 230 of the constitution, because although the application of the precedent is binding for judges, in events that they consider to be dismissed, they must satisfy a sufficient and consistent argumentative burden that eliminates any hint of injustice and illegality.

KEYWORDS

Precedent, jurisprudence, legally binding, malfeasance, law, court judgement, high courts.

CONTENIDO

CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción del Problema

1.2 Formulación del Problema

1.3 Delimitación del Problema

1.4 Justificación

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo General

1.5.2 Objetivos Específicos

CAPÍTULO II

1. MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la Investigación

1.2 Bases Teóricas

CAPÍTULO III

2. METODOLOGÍA

2.1 Diseño Metodológico.

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En Colombia, la Corte Constitucional, a través de la decisión C – 836 de 9 de agosto 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, se dieron por sentadas las primeras bases jurídicas acerca de lo que es el precedente judicial y su fuerza vinculante en el campo del derecho, por lo que, conforme al artículo 230 de la Carta Política, se interpreta que la ley promulgada no es la única fuente formal del derecho, los fallos o decisiones de las Cortes constituyen una nueva clase de ley, no en sentido formal pero que debe ser acatada por la comunidad jurídica (Corte Constitucional, 2001).

Desde una línea jurídica opuesta al obligatorio acatamiento al precedente de las Cortes, la Corte Constitucional, con fecha 2 de julio del año 1998 a través de la sentencia T-321 del Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra plantea que se le permite al funcionario que opta por no seguir el precedente judicial exponer las razones y fundamentos que lo han motivado a desobedecer la línea decisoria adoptada por las Cortes, situación que permite preservar la autonomía del funcionario, a cambio de satisfacer suficientemente el separase de la decisión de las Cortes (Corte Constitucional, 1998).

Puesto de presente este cambio en el sistema legal, a partir del año 2001, es preciso indagar si actualmente con la evolución neoconstitucional del derecho penal, en nuestro país, el precedente penal, se está aplicando como causal del recurso extraordinario de casación para utilizar este recurso y solucionar situaciones en que éste se sitúe como herramienta eficaz en la solución del problema a tratar por medio del recurso extraordinario, o si, por el contrario, ante eventos de toma de decisiones impera

la aplicación de la Ley formal y de lado se deja el apoyo en el precedente. Determinar porque no es una posición generalizada y propugnar que las Cortes, en especial la sala de casación penal, empiece a tramitar recursos de casación teniendo como sustento jurídico o norma violada la jurisprudencia de las Cortes, lo cual se haría por la causal primera de violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación o aplicación indebida según se argumenten los hechos para aplicar el referente jurídico expresado en decisiones de las Altas Cortes, amparado en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 o en la Ley 600 del 2000, artículo 207 causal primera cuerpo inicial.

1. 2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es posible aplicar el precedente jurisprudencial penal a través del recurso extraordinario de casación penal?

1.3 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El presente trabajo investigativo se limita al estudio de la aplicación del precedente judicial en materia penal en Colombia, haciendo una revisión de la jurisprudencia 39456 del 10 de abril de 2013, del Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho de la sala de casación penal, en la que define y establece la obligación de darle plena validez y puesta en práctica el precedente que se emite en sus decisiones.

1.4 JUSTIFICACIÓN

La jurisprudencia en la actualidad, se levanta como una de las instituciones jurídicas más importantes al momento de un Juez o Tribunal proferir decisiones, primordialmente en materia penal, habida consideración la puesta en ejecución un sistema de procesamiento criminal que requiere de unas novedosas orientaciones expedidas por los tribunales de cierre, lo cual, mediante la jurisprudencia de precedente, está trazando pautas que resultan obligatorias para aplicar en casos similares, de lo que se concluye un claro conocimiento que el precedente penal, conjuntamente con la ley propiamente codificada, se erige, igualmente que la ley, en herramienta necesaria y útil para solucionar el caso legalmente sometido a solución por los dispensadores de justicia. En atención a esas decisiones judiciales, el precedente no escaparía a ser invocado como causal de aplicación en el recurso extraordinario de casación, si él ha sido fundamento de la *ratio decidendi* para dilucidar un proceso. De esta forma, no resulta extraño proponer la aplicación del precedente judicial, a través de la causal primera de casación por error *in iudicando*, por falta de aplicación de la ley sustancial en el referido recurso.

Por lo anterior, es necesario estudiar el problema de la obligatoriedad o vinculación de los jueces con el precedente judicial, Ministerio Público, defensores, representantes de víctimas, desde el aspecto teórico como práctico. Con el precedente se prefigura una seguridad jurídica, se desarrolla la jurisprudencia de las Cortes y los Jueces, a la vez que se difunde sus contenidos.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer la aplicabilidad del precedente judicial en casación penal en Colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- 1.5.1.1** Indagar las razones u obstáculos que limitan o anulan su aplicación por los intervinientes en el recurso de casación.
- 1.5.1.2** Fomentar una mejor difusión académico – jurídico de la obligación para la aplicación del precedente jurisprudencial en el recurso extraordinario de casación.
- 1.5.1.3** Destacar la especial aplicación del precedente en el recurso extraordinario de casación, como elemento paralelo para resolver casos sometidos a decisiones ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, el país y la administración pública empiezan a experimentar una pluralidad de instituciones nuevas y a reglamentar algunas de las ya existentes en la Constitución de 1986. En punto al tema del precedente jurisprudencial se empieza a aplicar en el año 1991, porque antes se hablaba de doctrina probable, la Corte Constitucional empieza una línea de interpretación de normas creadas por el legislador ordinario produciendo decisiones que si bien no son fuentes formales del derecho se erigen como norte obligatorios para integrar la ley y su aplicación.

El precedente judicial en Colombia tiene su génesis general en los Tribunales de cierre, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y los jueces de menor jerarquía, en la práctica suelen clasificarse diferentes precedentes provenientes de la administración, pero en nuestro abordaje se refiere al judicial penal, específicamente, al que es creado en esencia, por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El sentido esencial del precedente es aplicar las decisiones proferidas por los Tribunales ante casos semejantes o idénticos, es decir, que supone originalmente la aplicación de la Doctrina emanada de los altos tribunales. Es así como los jueces resuelven los conflictos sometidos a su estudio y posterior decisión utilizando la doctrina de las Cortes a través del precedente judicial. De lo anteriormente expuesto se puede afirmar que el sistema del precedente recopila sentencias producidas por altos Tribunales, que para el futuro obligan a funcionarios judiciales seguir aplicándolos. Hoy

día aún surge el debate si la ley resuelve mejor los procesos en justicia o por el contrario el precedente, de donde se advierte que los dos institutos no se aplican de forma excluyente sino articulada.

Para hacer referencia a lo aquí planteado se puede hacer mención del caso citado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 39456 de 10 de abril de 2013 M.P. José Luis Barceló Camacho. En esta decisión la Corte ratifica un fallo proferido por el Tribunal Superior de Montería, Sala de Decisión Penal donde se condenó a un juez penal del Circuito por cuanto no acató el precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia, ni se expusieron las razones de separación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2013).

En esa misma línea de pensamiento, el Dr. Bernal reitera que

... hoy una sola sentencia de la Corte Constitucional constituye un precedente, es decir, se tiene como “jurisprudencia” que vincula a la propia Corte Constitucional para la solución de casos posteriores - este es el llamado precedente horizontal, a los jueces de otras jurisdicciones y a jueces inferiores – precedente vertical – y a los demás operadores jurídicos... (Bernal, 2005)

Explica el profesor Bernal, al referirse al vínculo que tiene el servidor judicial con el precedente, que no es solo de forzosa aplicación por la judicatura inferior, sino que en sentido igual a los mismos órganos elaboradores del precedente quedan obligados a darle aplicación, con la excepción expuestas por la Corte Constitucional en su fallo 831 de 2001.

Así mismo López Medina expresa

... estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial (López, El Derecho de los Jueces., 2011) .

Expresa el tratadista citado, al realizar estudio al precedente judicial, que ante procesos que guardan similitud de hechos, objeto a tratar, necesario se impone resolverlos con norma o regla como se hizo en decisiones anteriores, lo cual permite darle coherencia, igualdad y obligación en aplicar el precedente.

2.1.1 ¿QUÉ ES UN PRECEDENTE JUDICIAL?

El precedente judicial es la parte de una sentencia, de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, que desarrolla de forma específica puntos o temas que ofrecen temáticas problemáticas, decantando su alcance, precisión, coherencia, es decir, donde se deja dicho qué es lo que se permite, prohíbe, habilita ordena frente a un supuesto de hecho que se define.

En un análisis anterior expuesto por García Espinosa (2016a) se plantea

...con altísima aceptación, los precedentes emanan de las Altas Cortes, se tiene bastante en cuenta la especialidad o factor calificativo de donde proviene, pues las reglas de distribución de competencia regulan distintas áreas del derecho, así por ejemplo constitucional, contencioso, civil, laboral, entre otros, que unifican y nutren la actividad judicial patria, entonces es bastante recurrente asistir al estudio de esas decisiones para orientar la solución al caso o postularla como

argumento académico, jurídico y hasta de poder; pero si hay que dejar dicho que no es precedente judicial toda decisión de estos órganos de cierre mencionados, pues ha sido la Corte Constitucional igualmente quien ha fijado la estructura del precedente diferenciándolo de una decisión de autos, sentencias de primera o segunda instancia, jurisprudencia, salvamento de voto y similar.

De igual manera señala García que,

cuando hacemos referencia al precedente jurisprudencial, lo entendemos como un número específico de decisiones en un mismo sentido que conforma una posición jurídica frente a un tema y que tiene efecto vinculante para los jueces de la República, siendo, por lo tanto, un concepto eminentemente cualitativo. Se vislumbra como precedente las sentencias que contienen en su parte motiva un criterio claro y contundente fincado en principios y valores que servirán de guías a los administradores de justicia, para que decidan de conformidad con los casos que traten el mismo problema, la línea nueva de precedente inicia una elaboración del derecho, se integra por tanto para armonizar la constitución y se erigen en ley obligatoria y con carácter *erga omnes*". (García, 2016b).

Concretando la definición, se indica con toda claridad, que el precedente judicial es una creación nueva del derecho, necesaria para resolver asuntos jurídicos sometidos a solución por las Altas Cortes, donde se definen situaciones jurídicas acudiendo a los desarrollos producidos por las Cortes en la interpretación de la Constitución Política, en consecuencia, las mismas Cortes quedan obligadas acatar esa nueva situación legal como también los demás jueces de igual e inferior categoría. Se debe entender que el Precedente, tal como se ha definido en esta investigación, es ley para la comunidad jurídica, no en el sentido formal, como la ordinaria expedida por el legislativo, pero si desde una perspectiva constitucional y jurídica.

2.1.2 ¿Qué es Norma?

La Norma, según Valenzuela et al., es entendida como la regla de conducta dictada por un poder legítimo para regular el comportamiento humano. La norma prescribe, prohíbe, autoriza o permite determinada conducta individual o social. Atendiendo a este significado, cuando se habla de norma se está haciendo referencia al contenido de un texto jurídico, sea este de rango constitucional, legal o reglamentario y, en general, de cualquier disposición que genere obligaciones y derechos (Berlin Valenzuela, 1998).

Resulta de lo definido realizar la distinción entre norma y precedente judicial. Del segundo se ha hecho una disertación bastante amplia por ello no se entrará a definir nuevamente, mientras que del primero, de la norma se puede afirmar que es de origen legislativo, excepcionalmente del ejecutivo, sufre un proceso de debate ante el legislativo, Congreso generalmente, luego se ejercen controles sobre la misma por la Corte constitucional, es lo que común y formalmente se denomina ley de un Estado. Del contenido de lo que es norma se sabe que es general, abstracta, de obligatorio acatamiento debidamente positivizada en un código y vigente para ser utilizada como fuente jurídica en la praxis judicial. El precedente teniendo las mismas características, en cambio, su vida jurídica tiene rango constitucional y por ser su génesis las Cortes ya viene expedido con el debido control constitucional, de ahí que se presente en la práctica mucha resistencia al darle aplicabilidad al precedente, interpretándolo no como legal sino, calificándolo como subsidiario o secundario, interpretación que no es la prohijada en la comunidad jurídica colombiana, pero que tampoco es de ignorarse.

No aplicar el precedente argumentando que no es ley es dejar de lado la Constitución misma y arraigarse a una postura *jus* positivista, hoy gracias a las nuevas tendencias del activismo judicial ya está superada. El Juez contemporáneo está abocado a utilizar toda la producción judicial vigente, de manera que no hacerlo permitiría dejar de solucionar

temas desde la misma constitución y abrir o propiciar un espacio para la subjetividad y hasta la arbitrariedad que es sancionable penal y disciplinariamente.

2.1.3 ¿SE COMETE PREVARICATO POR VIOLACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL?

En voces de la Corte constitucional este interrogante se resuelve cuando la misma Corte expresa, según lo planteado por López Medina,

Hay prevaricato cuando se viola la jurisprudencia de constitucionalidad abstracta de la Corte Constitucional, en particular las sentencias que declaran inexecutable normas o que las interpretan de forma condicionada, es claro según el artículo 243 de la Constitución Política, que estas sentencias son de obligatorio cumplimiento para los particulares y para las autoridades (López, 2015, pág. 22).

De esta regla se tiene plena seguridad que, comete el delito de prevaricato quien en desobediencia de lo expresado por las Cortes resuelva un litigio con norma declarada inexecutable o prefigure una interpretación y aplicación distinta a los alcances otorgados por las Cortes. La no obediencia al precedente es tanto como no acatar la misma ley formal con las consecuencias que ello implica penal y disciplinariamente.

En conclusión, hoy día las mismas Cortes controlan el precedente, cuando a su estudio llegan procesos con una actuación judicial por jueces de igual categoría (precedente horizontal) o por inferior (precedente vertical) y observan que no se ha dado aplicación al precedente lo que de inmediato corrige aplicando su jurisprudencia o de otra Corte con las consecuencias de originar una compulsión de copias en el ámbito penal y disciplinario. Desde esta óptica si el precedente origina, en la actualidad, esas connotaciones jurídicas entonces la misma Corte, Sala de Casación Penal, queda

obligada a ese fallo y por ende, igual es aplicable al resolver el recurso extraordinario de casación por falta de aplicación de la ley sustancial, violación directa e indebida aplicación.

De interés resulta hacer una breve pausa, para definir el recurso de casación como un medio de control legal y constitucional a la actividad judicial de las decisiones proferidas en segunda instancia por los Tribunales, también en excepcionales decisiones de los Jueces Penales del Circuito, mediante el procedimiento de la ley 600 del 2000, la que se ha llamado casación discrecional, siempre que afecten derechos y garantías.

Para esta investigación se hace referencia especial a la causal primera, Ley 906 de 2004, también a la Ley 600 del 2000, artículos 181 y 207 respectivamente de ambas leyes.

El artículo 181 del Código actual de Procedimiento Penal señala la causal primera así:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

2.2 BASES TEÓRICAS

2.2.1 EI PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

El vocablo jurisprudencia, se deriva del latín *iurisprudentia*, compuesto del genitivo de *ius*, *iuris* (Derecho) y contracción de *providentia* (previsión). (Diccionario Etimológico Español en línea, s.f.). *Iuris - prudentia* o *prudent* que hace alusión a la cualidad del ser humano de ser prudente, sabio.

La Real Academia Española define, en el diccionario de español jurídico, el término jurisprudencia como la

Doctrina establecida de forma reiterada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, al interpretar la constitución y las leyes. Suele entenderse que la misma doctrina tiene que haberse establecido en dos o más ocasiones para constituir jurisprudencia.

La jurisprudencia, en cuanto que suponía una interpretación de la ley de carácter creativo durante el antiguo Régimen, fue absolutamente descartada por las primeras constituciones revolucionarias francesas. Robespierre dijo sobre la jurisprudencia “la palabra jurisprudencia debe ser borrada de nuestra lengua. En un estado que tiene legislación y constitución la jurisprudencia de los tribunales no es otra que la ley (Real Academia Española, 2018).

Ya en párrafos antelados se definió el precedente jurisprudencial (M. P. Martínez, A., 1993) y sus órganos de producción vertical y horizontal, el que emana de las Altas Cortes, el fundado en decisiones de las instancias de cierre que se remonta a la sentencia C-104 de 1.993 del M.P. Caballero, el segundo desde el proveído C- 836 de 2001, fallo en el que la Corte Constitucional revisa la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1986, por la cual se hacen reformas judiciales.

No ha sido pacífica la aceptación del precedente jurisprudencial en Colombia como vinculante para resolver casos y tomar decisiones, aún hoy día con la claridad que lo ha expuesto y desarrollado la doctrina patria, hay resistencia en darle aplicación a este tema, quizá, por desconocimiento de los funcionarios que no han puesto en práctica una herramienta de total reconocimiento en el ámbito nacional y respaldada por la ley. La Corte Constitucional en el artículo 230 dice que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Constitución Política de Colombia, 2013, pág. 372), abundando en el precedente se ha reconocido que, si bien es obligatorio o vinculante, ello no vulnera la autonomía de los Jueces cuando deje de aplicarse sustentando argumentativa y suficientemente ese disenso e incorporando su razonamiento en el cuerpo motivo de la decisión.

Quizá en una manifestación principiante de la aplicación del precedente jurisprudencial en Colombia, se inicia por parte del Congreso de la República al tener presente la jurisprudencia del precedente, es así que en leyes ordinarias se decide incorporar como precedente lo manifestado por las Cortes.

La Ley 1437 de 2011 dispuso en su artículo 10 que es “Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia”, (Congreso de la República, Código Contencioso Administrativo, 2011), regla esta que obliga tener como punto de partida una institución nueva en el derecho colombiano al aplicar la ley, seguir obligatoriamente el precedente jurisprudencial. Con mucho acierto y en el futuro cercano, desde ya, se considera que esta materia va a venir en sentido idéntico en las restantes legislaciones que se aprueban en Colombia, pues ella hace parte del principio de igual, debido proceso procesal, confianza legítima que los asociados deben al Estado y recíprocamente. Desde luego la aceptación tendrá un proceso evolutivo lento, pues la tradición nuestra es *ius positiva* donde todo se resuelve en la ley, en el entendido que la jurisprudencia era secundaria y como tal era un referente residual cuando ya no había posibilidad de recurrir a la ley

ordinaria, mentalidad que a futuro inmediato debe evolucionar en pro de una dinámica neoconstitucional, acorde a los sistemas constitucionales democráticos modernos, que dignifiquen no solo al hombre, sino que las normas estén a su servicio para alcanzar los fines que entraña la categoría de persona.

El precedente se configura con una sola decisión judicial de las Cortes de cierre, descartando que se tenga que producir varias decisiones judiciales – cuando menos – tres acerca del mismo hecho o que guarde similitud para garantizar el principio de igualdad y debido proceso general.

Este trabajo de investigación está enmarcado en el campo penal, estricto *sensu*, no se puede desconocer la incidencia del precedente jurisprudencial en el tema de casación, inclusive en otras áreas del derecho, pues si la decisión jurisprudencial se originó en una instancia administrativa, pero irradia efectos penales será esa decisión faro o norte obligatorio en penal, en general en la administración pública y para los particulares. Porque si la jurisprudencia es obligatoria, como se ha dejado dicho en esta propeuética, y es ley, entonces no solo puede ser válida y aplicable en penal o procedimiento penal sino en aquellas materias que abarquen el tema, pues la ley no es particular, salvo excepciones dichas claramente, el sentido y aplicación es abstracta y los ciudadanos le debemos obediencia. Por eso el origen del precedente, tema de este estudio, no es en principio de origen penal, sino constitucional, lo que lleva ínsito que la obligatoriedad, validez y obediencia de los fallos jurisprudenciales devienen de la Carta Política, de ahí que no se quiera entender o limitar su alcance a la materia de especie, no, su alcance es mucho más amplio.

En conclusión, podemos recalcar que la seguridad jurídica, principio de igualdad y debido proceso no pueden estar en un Estado Social de Derecho al gusto o preferencia

de los servidores públicos, ni al capricho de los particulares, es ley para todos y por tanto obligatoria.

CONCEPTO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA PENAL

El alcance que tiene el precedente tratado es primero, obligatorio en la actividad administrativa, pues por su carácter de autoridades públicas la Carta Política los regula obligatorios, mientras que en materia penal judicial los flexibiliza a cuenta de sustentar una argumentación suficiente, razonabilidad, variación de la situación social por parte del funcionario judicial, argumentación que debe hacer en el contenido de la decisión que se omite o se desprecia para convalidar exigencias democráticas, coherencia, seguridad jurídica, igualdad. La sentencia C- 836 de 2001 sentó las bases de lo que es un precedente jurisprudencial, haciendo un desarrollo académico y primigenio de tal instituto.

¿QUÉ CONSTITUYE EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL?

La teoría del precedente judicial en los actuales momentos ha resultado ser una herramienta de gran valor y así lo viene aceptando nuestro sistema jurídico. Esa teoría permite desarrollar el derecho constitucional, penal y procesal penal, entre otros, mediante una correcta aceptación de la jurisprudencia comparada.

Uno de los objetivos específicos, en establecer líneas jurisprudenciales y localizar sus reglas estructurales, es lograr ubicar una decisión judicial, dentro de la pertinencia de una línea jurisprudencial y por otra parte, manejar la teoría del precedente es establecer cuando se está frente a una *ratio decidendi*, *obiter dicta* o *decisum*, permitiendo y desarrollando habilidades, destrezas, conocimientos y valores para la interpretación y

aplicación directa de la Constitución Política, y con más razón dentro del sistema penal acusatorio, de índole oral-adversarial. De tal modo que solo aquellas decisiones emanadas de los organismos judiciales de cierre que estudian un tema específico y cuyo pronunciamiento se erijan acorde a la constitución, tratados, leyes pueden tener alcance de jurisprudencia, aquellas decisiones para ilustrar o de *obiter dictam* no siguen una línea jurisprudencial obligatoria, aunque pueden armonizar leve o medianamente el tema, pero no satisface por completo la teoría del precedente ya consolidada en Colombia. De lo breve anotado se dice o permite adelantar que no todas las decisiones judiciales tienen fuerza vinculante y menos son precedentes jurisprudenciales.

DISCUSIONES Y COMENTARIOS

Tal y como se ha citado anteriormente, del artículo 230 de la Carta Política, se puede extractar que “Los jueces en sus providencias, solo están obligados al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Esta norma en su redacción, interpretación y aplicación ha dado lugar a no pocas conclusiones diferentes. Por ejemplo, la Corte en la sentencia C- 836 de 2001, del Rodrigo Escobar Gil, reafirma que los precedentes jurisprudenciales son obligatorios y solo se dejan de cumplir cuando se satisface una carga mínima argumentativa, como lo demanda la Corte. Es decir, este es el criterio que hoy cobra mayor acogida por la judicatura, o mejor, el que más se ha decantado por la misma Corte, e inclusive por la Suprema de Justicia, Consejo de Estado.

Al lado opuesto de esta tesis se levanta el criterio del ex - magistrado de la Corte Suprema de Justicia, sala Civil, Tratadista Javier Tamayo Jaramillo, quien afirma que la Corte aplica una falacia al sostener que es obligatorio el precedente jurisprudencial, pues le están quitando autonomía a los jueces y solo es “interpretación autentica” la que haga

la Corte Constitucional, mandando un mensaje al congreso para que legisle e interprete como está, aspecto que le parece no acertado y critica duramente la falta de autonomía a que están sometidos los Jueces si acataran el precedente obligatorio (Tamayo, 2011).

Por su parte, el también tratadista y profesor de derecho López Medina (2011) en su obra “El derecho de los Jueces” defiende la tesis propuesta por la Corte Constitucional acerca del precedente obligatorio, agregando que la jurisprudencia no es criterio secundario sino auxiliar del derecho, lo cual no le quita el carácter vinculante por ser la ley misma y no secundario como lo pretende otros. Es decir, para este tratadista la jurisprudencia está dentro de la ley y no primero esta, y secundariamente la jurisprudencia, al menos a si plantea su disenso con quienes relegan la doctrina del precedente a un segundo plano o subsidiaria a la ley.

Ahora bien, la obligatoriedad se flexibiliza en la medida que, si las autoridades judiciales no encuentran que la doctrina del precedente resuelve el tema en problema, pues se aparten del mismo cumpliendo con un desarrollo razonable, suficiente argumentación y una motivación plausible, al menos. Ello contribuye a no permitir eliminar la autonomía de que trata la norma 230 superior, sino reafirmarla, en el sentido de encontrar una más justa, pero siempre respetando los análisis previos frente a casos semejantes, que de todos modos el operador judicial interpreta la norma de forma distinta.

De manera general, se concluye que el precedente judicial penal tiene que ser aplicado por las Cortes cuando se invoque como causal de casación, pues el precedente penal es una decisión emanada de la Constitución, por ende, comprende la ley en sentido particular y a ello están obligados los integrantes de la sociedad. Si el precedente es obligatorio, como se ha dejado demostrado en anterior estudio, nada es obstáculo o se opone para ser sustento jurídico al invocar una causal de casación, en especial, “falta de aplicación de la ley sustancial” cuando sea necesario y sirva para resolver un error

judicial, sobre todo, en tratándose se proteger derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales o intervinientes.

La doctrina del precedente judicial, ha sido acogida por la propia corte constitucional como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, así lo ha reiterado la citada corporación en plurales decisiones, por lo tanto, si las cortes a través de sus fallos han consolidado una línea obligatoria en relación con su precedente nada obsta para que por vía del recurso extraordinario de casación se postule como causal “la violación al precedente judicial”, lo que guarda total identidad jurídica, coherencia con la denominada causal de la violación de la ley sustancial, por error *in iudicando* por falta de aplicación, lo cual conllevaría a que la Corte (Sala de Casación Penal) acoja la doctrina del precedente y estudie la casación que se impetra.

Es una proposición novedosa en el derecho colombiano que encuentra suficiente sustento jurídico en los fallos de las Altas Cortes advirtiendo, que si las Cortes acatan sus propias jurisprudencias es lógico, obligatorio y legal que se aplique el precedente judicial como causal de casación en materia penal, ya que consolida una determinación y si esta es desatendida por los jueces, necesariamente debe ser tutelada en casación haciendo el correspondiente desarrollo del error, causal, trascendencia, indicación del precedente violado y la pretensión para que la Corte examine tal exigencia especial a través del recurso extraordinario.

CAPÍTULO III

3. METODOLOGÍA

3.1 DISEÑO METODOLÓGICO

Este trabajo de investigación se inserta dentro de los parámetros de la investigación jurídica, cuyo objetivo pretende dar cuenta de cómo se establece la aplicabilidad del precedente judicial en casación penal en Colombia. Esta se realizará de manera explicativa dando razones y consecuencias del por qué se aplica o es inaplicado el precedente jurisprudencial penal, en punto del recurso de casación, basado en la práctica judicial general y el esfuerzo que se está haciendo por difundir la teoría del precedente jurisprudencial.

Para el análisis de la información se partirá de documentos basados en sentencias de las Altas Cortes y doctrinas de tratadistas colombianos y extranjeros.

REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS

1437, L. (2011). *Código de Procedimiento Administrativo* .

C- 836 de 2001 (2001). Recuperado el 6 de agosto de 2018

Berlin Valenzuela, e. a. (1998). *Diccionario universal de Términos Parlamentarios*.

Recuperado el 8 de agosto de 2018, de

http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/virtual/dip/dicc_tparla/Dicc_Term_Parla.pdf

Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. . Bogotá: Editorial Universidad

Externado de Colombia. Recuperado el 6 de agosto de 2018

Congreso de la República, Código Contencioso Administrativo. (2011). *La Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Legis. Recuperado el 2 de agosto de 2018

Constitución Política de Colombia. (2013). Bogotá: Leyer. Recuperado el 12 de agosto de 2018

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia 511*.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T - 363*.

Corte Constitucional, Sentencia T-321/98 (Corte Constitucional 2 de julio de 1998).

Recuperado el 4 de agosto de 2018, de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-321-98.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C - 836 de 2001 (Corte Constitucional 2001 de agosto de 2001). Recuperado el 6 de agosto de 2018, de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 39456 de 10 de abril de 2013 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 10 de abril de 2013).

Recuperado el 5 de agosto de 2018, de

<https://blogs.ua.es/colombiadoxa/files/2014/11/Sentencia-Sala-PEnal-prevaricato-precedente.pdf>

Diccionario Etimológico Español en línea. (s.f.). *Diccionario Etimológico Español en*

línea. Recuperado el 12 de agosto de 2018, de

<http://etimologias.dechile.net/?jurisprudencia>

García, J. (2016b). *El precedente jurisprudencial y su aplicabilidad en materia penal*.

Medellín: Librería Sánchez R Ltda. Recuperado el 8 de agosto de 2018

López, D. (2011). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis. Recuperado el 2 de agosto de 2018

López, D. (30 de 11 de 2015). *Precedente Revista Jurídica*. Recuperado el 12 de agosto de 2018, de <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2202>

M. P. Martínez, A. (11 de marzo de 1993). *Corte Constitucional*. Recuperado el 1 de agosto de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-104-93.htm>

Medina, D. E. (2011). *El Derecho de los Jueces*. Legis.

Pulido, C. B. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

R, M. P. (9 de agosto de 2001). *Corte Cosntitucional*. Recuperado el 6 de agosto de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Real Academia Española. (12 de agosto de 2018). *RAE*. Obtenido de <http://dej.rae.es/#/entry-id/E150000>

Senado de la República. (2011). *LEY 1437 DE 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá. Recuperado el 2 de agosto de 2018, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Tamayo, C. &. (2011). *El precedente judicial en Colombia*. Bogotá: Editorial Ibañez. Recuperado el 1 de agosto de 2018