

**DOCTRINA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: APLICACIÓN
DE PRECEDENTES SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD A
NIVEL JUDICIAL Y EN ESPECIAL EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

TRABAJO DE GRADO

**Director:
LUIS FRANCISCO CASAS FARFAN**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA
2006**

CONTENIDO

pág.

Introducción

1. Doctrina del precedente	7
1.1. Fuentes del Derecho y doctrina del precedente	13
1.2. El poder creador de los jueces	14
1.3. Fundamentación del uso del precedente	16
2. La doctrina del precedente en Colombia	20
2.1. Los pronunciamientos de la Corte Constitucional	22
2.2. Fundamentación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia: jurisprudencia y principio de igualdad	24
2.3. La Corte Constitucional como interprete autorizado de la Constitución	27
2.4. Movilidad del precedente constitucional	28
3. El precedente constitucional y los operadores jurídicos	31
3.1. La Corte Constitucional como guardiana del precedente	31
3.2. Penetración y aplicación de la doctrina del precedente	33
3.3. Penetración de la doctrina del precedente a nivel nacional	34
3.3.1 Estudio de casos en operadores de instancia, primer referente: revisión que hace la Corte Constitucional de 253 fallos de tutela	34

3.3.2 Estudio de casos en operadores de instancia, segundo referente: precedente fuero de maternidad	37
3.3.3 Estudio de casos en operadores de instancia, tercer referente: precedente procedencia de la tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad	41
3.4. Doctrina del precedente a nivel regional	50
3.4.1. Estudio del precedente del fuero de maternidad en las tutelas resueltas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en segunda instancia	51
3.4.1.1. Sala Civil y de Familia	51
3.4.1.2. Sala Laboral	54
3.4.1.3. Sala Penal	60
3.4.2. Estudio del precedente de licencia de maternidad en las tutelas resueltas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en segunda instancia	63
3.4.2.1. Sala Civil y de Familia	63
3.4.2.2. Sala Laboral	72
3.4.2.3. Sala Penal	73
4. Conclusiones	77
Bibliografía	81

RESUMEN

Título: DOCTRINA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: APLICACIÓN DE PRECEDENTES SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD A NIVEL JUDICIAL Y EN ESPECIAL EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA*

Autor: Ana Patricia Pabón Mantilla***

Palabras claves: Precedente, precedente constitucional, fuentes del Derecho, Corte Constitucional, Tutela, Derecho a la Igualdad, penetración, operadores judiciales, fuero de maternidad, licencia de maternidad.

Descripción: Con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, y con ella de la puesta en marcha de la justicia constitucional, el Derecho Colombiano ha experimentado diversos cambios en los que habían sido sus tradicionales instituciones y funcionamiento. Entre los cambios que trajo consigo la progresiva constitucionalización del Derecho colombiano encontramos la cada vez más fuerte doctrina del precedente constitucional elaborada por la Corte Constitucional en sus diversos pronunciamientos. La Corte en su elaborada línea acerca del uso del precedente constitucional ha sostenido que en virtud del derecho a la igualdad dichos precedentes deben ser aplicados por todos los jueces del país cuando se vean enfrentados a la solución de casos análogos a los resueltos por la Corte y cuya solución configuren precedente. La Corte mantiene la pretensión de que sus precedentes penetren en todas las instancias de decisión judicial y ha velado porque esto sea así, pero ¿en realidad los jueces de instancia aplican el precedente constitucional a la hora de resolver casos análogos a los resueltos por la Corte?

Este trabajo de grado pretende acercarse a dicho problema. Para esto se estudia la teoría general sobre el precedente y la doctrina que ha elaborado la Corte constitucional sobre la obligatoriedad del precedente, esto con el fin de acercarnos a las razones que hacen que un precedente sea obligatorio para los inferiores. Con el objeto de acercarnos al problema central del trabajo se hace el seguimiento de dos elaboradas líneas jurisprudenciales mediante el uso del método de análisis dinámico de jurisprudencia. Dichas líneas corresponden a los problemas acerca del fuero reforzado de maternidad en materia laboral y a la procedibilidad de la tutela para obtener el pago del descanso remunerado por licencia de maternidad.

Con la construcción de estas líneas y teniendo en mente el problema planteado, se analiza el comportamiento de los jueces en primer lugar a nivel nacional, para lo que se tiene en cuenta los fallos de tutela revisados por la Corte Constitucional, y en segundo lugar a nivel regional, para lo que se tienen en cuenta los fallos de tutela que en segunda instancia promulga el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga.

El presente trabajo arroja como resultado que los niveles de penetración de la doctrina del precedente constitucional ha sido muy lenta incluso en los niveles de mayor jerarquía jurisdiccional, y que la tradición de corte legalista anterior a la puesta en marcha de la constitucionalización del Derecho en Colombia se resiste a abrirse a los nuevos paradigmas del Derecho Constitucional moderno.

* Monografía

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas.
Director: Luis Francisco Casas Farfán.

SUMMARY

Title: The constitutional precedent doctrine: Application of the precedents about maternity protection at judicial level and especially at the Superior Tribunal of the Judicial District of Bucaramanga.*

Author: Ana Patricia Pabón Mantilla**

Key words: Precedent, constitutional precedent, sources of the Right, Constitutional Court, Trusteeship, Right to the judicial Equality, penetration, operators, law of maternity, maternity license.

Description: With the entrance in use of the Constitution of 1991, and with its putting in practice in the constitutionalist justice, the Colombian Law has experienced diverse changes in what they had been its traditional institutions and operation. In the changes that the progressive constitutionalization of the Colombian Law brought with, we found more and more hard indoctrinates of the precedent constitutionalist elaborated by the Constitutional Court in its diverse uprisings. The Court in its elaborated line about the use of the constitutional precedent has maintained that by virtue of right to the equality these precedents must be applied by all the judges of the country when they are faced the solution of similar cases to the resolute ones by the Court and whose solution forms precedent. The Court maintains the pretension that their precedents penetrate in all the instances of judicial decision and has guarded because this is thus, but in fact, do the judges of instance apply the constitutional precedent at the time of solving cases analogs to the solved ones by the Court?

This work tries to approach this problem. For this, it studies the general theory on the precedent and the doctrine that has elaborated the Constitutional Court on the obligatory nature of the precedent, this with the purpose of approaching us the reasons that make that a precedent is obligatory for the inferior ones. With the intention to approach us to the central problem, the analyses of two jurisprudential lines is made by means of the use of the method of dynamic analysis of jurisprudence. These lines correspond to the problems about the law reinforced of maternity in labor matter and to the procedure to the trusteeship in order to obtain the payment of the rest remunerated by maternity license.

With the construction of these lines and having in mind the created problem, the behavior of the judges is analyzed in the first place at national level, for which the failures of trusteeship reviewed by the Constitutional Court were considered, and secondly at regional level, for which the trusteeship failures that in second instance the Superior Court promulgates of Judicial district of Bucaramanga were taking into account.

The present work throws as a result that the levels of penetration of the doctrine of the Constitution has been very slow even in the levels of greater hierarchy jurisdictional, and that the tradition of the former legal Court to the putting in marches the constitutionalization of the Law in Colombia resists to open itself to the new paradigms of the modern Constitutional Law.

* Monografía

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas.
Director: Luis Francisco Casas Farfán.

INTRODUCCIÓN

En la cultura jurídica de filiación romanista ha primado una tradición de fuentes, donde se da primacía a la Ley. La Constitución Política del 91, en su artículo 230, parece continuar con esta tradición jurídica al señalar que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, al tiempo que otorga a la jurisprudencia el papel de criterio auxiliar en la actividad judicial. A pesar de este panorama, donde al parecer se conserva esa tradición, la creación de la Corte Constitucional abrió las puertas a la constitucionalización del derecho, inició a través de sus diversas providencias, una autorregulación de aquello que progresivamente ha sido la puesta en vigencia de una teoría del precedente para Colombia, y con ello un camino hacia la modificación de las tradicionales fuentes del derecho.

Este nuevo panorama lleva a indagar en la doctrina del precedente, como el sistema que inicialmente se muestra más contrapuesto a la idea de la jurisprudencia como mera fuente auxiliar. Se ha entendido en forma general que se está frente a un sistema donde se aplica la doctrina del precedente cuando dentro del sistema jurídico observado se conforma un conjunto de reglas y principios, extraídos de las decisiones de los jueces, y que vinculan a otros jueces en los casos donde los hechos resueltos sean análogos.

La Corte Constitucional proyecta una nueva imagen para el juez, pues éste deja de ser un mero aplicador del derecho, para pasar a ser un creador de derecho a través de la jurisprudencia. Al parecer “la Corte Constitucional ha adoptado una posición clara, la cual obliga a jueces y abogados a aprender a utilizar la jurisprudencia como fuente del derecho”¹. Se ha sentado una posición definida sobre el valor vinculante de las providencias de la Corte sobre la solución de casos futuros (en especial en lo referente a los fallos de tutela), como lo ha recogido el profesor Diego López Medina en su trabajo sobre el tema.

Hasta aquí todo parece estar claro en la Corte Constitucional, al tiempo que ha sido éste el asunto de mayor ocupación en la doctrina nacional hasta el momento. Sin embargo, este no es el único problema a abordar a la hora de analizar la doctrina del precedente, pues se hace necesario analizar, entre otras, la manera como los jueces vinculados a un sistema donde ha primado la tradición legalista romanista de fuentes, han adoptado los lineamientos sobre el precedente esbozados por la Corte Constitucional; tribunal que pretende que sus lineamientos penetren en los niveles inferiores de operación jurídica. ¿En realidad se cumplen las pretensiones de penetración que pretende la Corte? Esta es una preocupación por resolver, pues se conoce lo expuesto por la Corte sobre la obligatoriedad del precedente², así como las consecuencias para los fallos de instancia que revisa ese Tribunal y que no acata la doctrina

¹ LÓPEZ Medina Diego. El Derecho de los jueces. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002. p. 4

² Ver numeral 2.1 dentro del presente trabajo.

constitucional; pero lo que no se sabe es la forma en que ha penetrado la doctrina del precedente en tribunales y jueces.

El interés por la forma en que se aplica el precedente constitucional en los operadores de instancia radica en que a pesar de haberse trabajado el tema del precedente en la Corte Constitucional no existe un análisis sobre cómo funciona en la práctica la directriz que se erige como obligatoria³. No se conoce cómo funciona en los niveles de inferior jerarquía judicial la aplicación de la doctrina elaborada por la Corte Constitucional en materia de obligatoriedad de sus decisiones. Aún no se plantean estudios acerca de la penetración que en los operadores jurídicos tiene la doctrina del precedente elaborada por la Corte Constitucional.

El profesor López señala que en Colombia “podría decirse que la penetración de la doctrina de obligatoriedad del precedente es muy baja en la primera instancia de tutela (jueces municipales y de circuito) y que aumenta conforme se va moviendo el observador ascendentemente por la jerarquía judicial”⁴. ¿Cuáles son los fundamentos para hacer dichas afirmaciones? Puede señalarse entonces que el autor llega a las consideraciones expuestas sobre la penetración del precedente, mediante la observación de algunas líneas jurisprudenciales; sin embargo, vale la pena revisar y construir otras líneas para observar si es posible mantener estas afirmaciones o llegar a otras consideraciones opuestas, que indicarían que la doctrina del precedente ni siquiera ha penetrado en los tribunales superiores del centro de la actividad judicial del país⁵.

Realizar un estudio que permita aproximarse a una respuesta al problema planteado da algunas luces sobre la forma en que se administra justicia en las regiones.

El trabajo desarrollado indaga, primero por generalidades en torno a la doctrina del precedente, para de ahí pasar a estudiar la fundamentación y construcción del precedente al interior de la Corte Constitucional. En una tercera parte el trabajo se indaga por la forma en que la doctrina del precedente constitucional ha penetrado en los jueces de instancia que deciden casos análogos a los ya resueltos por el tribunal constitucional. Esta parte se subdivide en dos apartados: El primero incluye un estudio del funcionamiento del precedente a nivel nacional, para lo cual se recogen los fallos de revisión que ha hecho la Corte Constitucional de los fallos de instancia. El

³ Estudio de suma importancia que permitiría analizar la pertinencia del mantenimiento en el ordenamiento de disposiciones de gran relevancia. Norberto Bobbio señala que entre las valoraciones que se le pueden hacer a una norma, esta la que nos indica si dicha norma es eficaz o ineficaz, valoración que corresponde a la sociología del derecho. Ver: BOBBIO Norberto. Teoría general del Derecho. Bogotá: Temis, 2002. p. 20-38. El concepto de penetración examina la eficacia de una norma o directriz en los niveles inferiores de aplicación. En la Corte ha hecho carrera la obligatoriedad del precedente, lo que coloca a sus decisiones como fuente de derecho al lado de la ley, esto hace relevante el análisis de los grados de penetración que tiene la doctrina de la Corte elevada a fuente.

⁴ LÓPEZ Op. Cit. p. 97.

⁵ Ver AGUIRRE, CASTRO, PABÓN Y PALACIOS. Análisis jurisprudencial: maternidad y fuero laboral. En: Revista Kaleidoscopio N° 4. Febrero de 2004. Bucaramanga: Ed. Universidad Industrial de Santander. p. 22 a 33.

segundo apartado observa la solución de casos de fuero legal de maternidad y licencia de maternidad en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, casos en los que como se verá, ya existe un precedente constitucional definido, y del cual se predica obligatoriedad para los juzgadores de instancia. La revisión consistió en reconstruir la línea de solución que ha dado el Tribunal en cada una de sus salas, a los casos que han llegado en instancia de apelación, sobre fuero y licencia de maternidad, dicha construcción se realizó mediante la lectura de los fallos proferidos al interior de las salas. Esta revisión tiene como objeto analizar la *penetración* de los fallos de la Corte al interior de un tribunal de alta jerarquía dentro del aparato de justicia regional.

1. DOCTRINA DEL PRECEDENTE

En forma muy sencilla podemos definir un precedente judicial como una regla que se construye a través de los pronunciamientos de los operadores jurídicos sobre los distintos casos que deben resolver, la regla que resulta de ese proceso se convierte en una “norma” que debe aplicarse en lo sucesivo a casos semejantes a los que le dieron origen⁶.

En los pronunciamientos de un operador jurídico se pueden identificar diversos tipos de argumentos, pero no todos ellos pueden ser considerados generadores de reglas. Un precedente judicial no se construye de la decisión a que llega el juez en la sentencia, sino a partir de las razones y fundamentos que llevaron al operador a tomar la decisión⁷. Estos fundamentos o razones se han denominado ratio decidendi (o holding en el case law), y podemos definir las como la “regla de derecho establecida por un juez como base de su decisión, la cual contiene sea la justificación explícita de las razones por las que tomó la decisión sea la fundamentación implícita y trascendente que tuvo en consideración para resolver el caso”⁸.

Según el grado de vinculación que tenga un precedente se pueden distinguir dos tipos de precedente judicial:

- a) Precedente obligatorio: aquel que está formado por reglas que los jueces deben seguir estén o no de acuerdo con dicha regla. Este precedente sigue la fórmula: “una proposición afirmada en el caso A es obligatoria en el caso B si: 1. se trata de una fundamentación jurídica; 2. Esta proposición tiene la calidad o es parte de la ratio decidendi del caso A; el juez o tribunal que estableció el caso A tiene vinculación de obligatoriedad con el juez o tribunal que está por decidir el caso B y 3. No existe diferencia relevante que permita considerar que el caso A puede ser declarado un caso

⁶ En general se puede observar que un precedente se estructura en tres pasos: primero se identifican semejanzas en cada caso a resolver, luego se propone una solución que en forma implícita constituye una regla de derecho en la decisión, por último la regla se hace expresa cuando un juzgador posterior la emplea para aplicarla a un caso semejante y finalmente se aplica a los casos siguientes.

⁷ Dentro de esos “otros” razonamientos que no constituyen precedente judicial están los llamados Obiter dicta que son aquellas consideraciones dentro de la sentencia, que no son parte del objeto de discusión respecto de la decisión definitiva. No tienen efecto vinculante, solo eficacia persuasiva dependiendo del órgano del cual proviene, su utilidad radica en que pueden ser indicadores para posibles soluciones que aplique el juzgador cuando se refiera a un tema semejante.

⁸ MONROY Gálvez Juan, Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law. En: Memorias XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal ICDP. Cartagena: Universidad Libre, 2004. p.664.

distinguible”⁹. Para que un precedente sea obligatorio se requiere: 1) una estructura judicial definida: jerarquía entre órganos y 2) identidad entre las circunstancias que rodearon el precedente y el nuevo caso.

- b) Precedentes persuasivos: cuando los jueces que van a decidir no están vinculados estructuralmente (por jerarquía) al juez que profirió el precedente pero los primeros los pueden tomar como consideraciones aplicables a los casos que deben resolver.

En los casos en los cuales el juez decide separarse del precedente que inicialmente debe seguir, se ha considerado que se acude a diferentes técnicas de separación, esto con el fin de escapar del posible inmovilismo del Derecho por la fuerza del precedente. Esta separación debe ser permitida teniendo en cuenta que las sociedades son cambiantes y que lo que era considerado como una solución acertada en un caso presente, posteriormente puede tomarse inadecuada, por considerar que existe una solución más acertada o más completa. La regla que exige la obligatoriedad de un precedente cede ante criterios de utilidad o necesidad social que permiten justificar el apartarse de una decisión previa.

Es común que el operador judicial deje de aplicar un precedente en aquellos casos en que:

- a) se evidencie la existencia de algún vicio objetivo dentro de la decisión que consolidó el precedente, y que le hace perder su efecto vinculante. Por ejemplo que la ratio contradiga una norma imperativa o un precedente vinculante de mayor jerarquía sobre el tema en cuestión.

- b) cuando existe un “acto de derogación por sustitución que hace el tribunal de grado superior a aquel que emitió una decisión, específicamente respecto de la ratio de dicha decisión, sustituyéndola por otra ratio con otro contenido”¹⁰.

- d) Cuando el juez analiza los elementos del precedente y encuentra razones dentro de la regla que permiten su inaplicación en el caso a resolver “es un juego de análisis lógico y funcional de los conceptos y su correspondencia con los hechos”¹¹, no se aplica el precedente porque el juez considera que no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que se debería seguir. El precedente se torna entonces meramente persuasivo.

⁹ Ibid. p. 670.

¹⁰ Ibid. p. 673.

¹¹ Ibid. p. 677.

La obligatoriedad de un precedente judicial también está determinada por el grado de autoridad o jerarquía del juez o tribunal que construye el precedente. Dependiendo de este factor podemos distinguir dos niveles de vinculación al precedente establecido: una vinculación interna, aquella que tiene el mismo funcionario respecto de la decisión que el mismo tomó; y una vinculación externa: que es la que existe de un juez respecto de la decisión de su superior. Este elemento debe evaluarse en cada caso según como opere la estructura jerárquica de cada ordenamiento.

El estudio del precedente se centra en los fundamentos jurídicos de la posición del tribunal al resolver un caso. Lo primero que se hace frente al estudio de un caso es determinar cuál es la cuestión de derecho que se va a resolver, el valor que pueda tener el precedente en la sentencia está determinado por aquello que el juez se propuso resolver. La regla a aplicar debe ser analizada a la luz de los hechos del caso concreto que el operador debe juzgar. “Para descifrar el valor de precedente de una decisión hay que fijarse en la manera en que el tribunal formula su decisión, el establecimiento de las premisas, el lazo que las une y que tienen todas ellas con la conclusión o resultado alcanzado”¹².

Un precedente tiene valor cuando se resuelven otros casos en forma similar. Es decir de la forma en que en la práctica funciona el principio rector de que los casos semejantes deben ser tratados de forma semejante. La búsqueda del precedente se hace a través de una actividad de interpretación de los pronunciamientos judiciales previos, esta interpretación es una tarea que consiste principalmente en generalizar o abstraer, eliminando los hechos que no tengan interés jurídico o que no sean relevantes para la solución del caso¹³. La obligatoriedad de la aplicación del precedente depende, entre otras cosas, de la semejanza o no que existe entre los hechos del caso a resolver y los hechos del caso del que se creó el precedente. Una vez el juez hace la valoración de las semejanzas y diferencias del caso con relación al caso que dio origen a la regla puede: a) aplicar la regla del precedente; b) aplicar la regla aunque el caso no es del todo semejante, esto pues no se justifica separarse del precedente y este se aplica mediante analogía al nuevo supuesto; c) no aplicar la regla y crear un nuevo precedente cuando existen diferencias significativas que justifican la creación de un nuevo precedente.

El sistema de precedentes Norteamericano sirve de referencia para analizar los aspectos funcionales dentro de la administración de justicia, se toma este sistema en consideración por ser el sistema de mayor tradición en el uso del precedente judicial en el continente.

El uso de los precedentes en este Derecho se sustenta en la idea de que la principal función del juez o de cualquier operador jurídico es la de construir soluciones jurídicas a los casos que se

¹² MAGALONI Dospel, Ana Laura, El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Ed. Mc Graw Hill, 2001. p. 80.

¹³ Estos hechos relevantes son llamados también llamados hechos controladores de los cuales se extrae un principio general.

deben resolver, intentando obtener la más ventajosa solución no solo para las partes y el conflicto del pasado, sino hacia el futuro y la sociedad.

En el sistema jurídico norteamericano se siente con más fuerza la idea de que el derecho compilado en legislación codificada es siempre incompleto y siempre existirán lagunas jurídicas que deben ser llenadas, de ahí que la actividad jurisdiccional debe partir no de las normas existentes sino de los conflictos concretos a resolver. Las normas codificadas tienen poca importancia en un sistema en el que los tribunales son verdaderos órganos de creación del derecho, pues las sentencias con valor de precedente configuran derecho aplicable a partir de su configuración, completando el universo normativo. Al ser los tribunales organismos que crean derecho, su creación siempre será una obra en movimiento que esta sujeta al desarrollo de las relaciones sociales que les dan origen.

Se podría pensar que el Derecho que se crea a partir de los pronunciamientos de los jueces terminará siendo un Derecho de carácter difuso y en permanente expansión, imposible de ser aprehendido por los administrados y administradores. Esta preocupación se diluye si tenemos en cuenta que no todos los precedentes, ni todos los pronunciamientos de los jueces tienen fuerza vinculante. Los Tribunales en el sistema jurídico norteamericano tienen la función de resolver conflictos en concreto (inter partes) y de suministrar reglas de carácter universal (erga omnes): "El principio de *stare decisis* hace que las decisiones judiciales que resuelvan alguna cuestión de derecho deban ser consideradas como parámetro formativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad"¹⁴. A partir de esto, toda decisión hacia el futuro debe ser congruente con decisiones previas emitidas en casos análogos, cuando un juez resuelve un caso siguiendo un precedente vinculante a la vez integra su decisión al sistema de precedentes.

Dependiendo del tipo de norma en que se apoye la configuración de un precedente este podrá definirse: a) si el caso se resolvió con fundamento en una norma de rango constitucional, el precedente que se origine será un precedente constitucional, b) si se trata de un precedente constituido con apoyo en un norma de rango legal, se estará frente a un precedente legal.

Como ya se menciona no todos los precedentes tienen fuerza vinculante, algunos solo alcanzan a tener fuerza persuasiva y serán tenidos en cuenta según el arbitrio del juez. La fuerza vinculante de un precedente en el sistema norteamericano esta determinada por la organización jurisdiccional, y es perfectamente fácil identificar la fuerza de un precedente conociendo la posición del tribunal dentro de la estructura judicial.

La justicia federal se estructura en forma piramidal, en donde la base esta conformada por los tribunales de primera instancia, luego los tribunales Federales de apelación y en la cúspide el

¹⁴ MAGALONI. Op. Cit. p. 31.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Esta constituye la organización básica del poder judicial federal.

Los tribunales de primera instancia tienen competencia territorial asignada por la división a partir de distritos, los tribunales de distrito tienen asignados un número de jueces según la complejidad del litigio en el distrito. Cada litigio es resuelto por un juez de primera instancia.

Los tribunales federales de apelación (o Tribunales del Circuito) revisan en apelación las sentencias proferidas por los tribunales federales inferiores, las apelaciones se resuelven en salas conformadas por tres miembros del tribunal.

El Tribunal Supremo resuelve con árbitro final cuestiones sobre interpretación y aplicación del derecho federal. En algunos casos el Tribunal Supremo tiene competencia para conocer en única instancia de casos de alta relevancia. El Tribunal Supremo ejerce su jurisdicción de apelación seleccionando entre el amplio número de casos aquellos que por su relevancia considera merecen ser revisados. En otros casos señalados por el legislador es obligatoria la revisión y debe actuar como tribunal de apelación. Cada uno de los órganos que conforma esta pirámide mantiene vinculación a ciertos precedentes en forma vertical, cuando existe vinculación con otros tribunales según el orden jerárquico y en forma horizontal, cuando existe una autovinculación a las reglas proferidas por el propio tribunal.

La vinculación vertical implica que todo tribunal de menor jerarquía está vinculado a los precedentes de tribunales de rango superior con jurisdicción para revisar sus decisiones. Esto funciona de la siguiente manera:

“a) Los jueces de primera instancia, se aun Tribunal Federal de Distrito, alguno de los tribunales federales especiales o de los denominados tribunales legislativos, están vinculados jerárquicamente a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Apelación con jurisdicción para revisar sus sentencias.

b) Los Tribunales de Apelación sólo están vinculados a los precedente establecidos por el Tribunal Supremo; el resto de los precedentes de los tribunales federales, sin importar cuál sea su rango, sólo tienen fuerza persuasiva”¹⁵.

Los tribunales de Apelación vinculan con sus precedentes a todos los tribunales inferiores bajo su jurisdicción y pueden revocar cualquier decisión de los jueces inferiores. La fuerza vinculante de los tribunales de Apelación se circunscribe únicamente a los jueces de su jurisdicción, los demás precedentes de los demás tribunales de apelación operan solo como precedentes persuasivos.

¹⁵ Ibid. p. 39.

Los precedentes del Tribunal Supremo, por su mayor entidad son las únicas que mantienen vínculos de superioridad jerárquica con todos los tribunales, y sus precedentes serán vinculantes para todos los jueces. “Los precedentes de la Corte Suprema provocan la revocación de cualquier regla establecida por los tribunales inferiores que vaya en contra de su doctrina, además de que todos los tribunales del país, federales y estatales, quedan vinculados a las decisiones del Tribunal Supremo”¹⁶.

Esta vinculación vertical del precedente limita la función creadora del derecho que se atribuye a los jueces, pues los jueces de primera instancia no tendrían esta función, al estar supeditados a los precedentes de los tribunales superiores con jurisdicción para revisar sus pronunciamientos, las decisiones del juez de primera instancia no tiene fuerza vinculante para ningún otro operador jurídico, estos jueces podría decirse, se limitan a resolver un caso entre las partes y sus decisiones carece de la abstracción que caracteriza al precedente, como norma que debe ser seguida por otros jueces. Para la configuración de un precedente en el sistema norteamericano no es suficiente con su vinculación vertical, es necesario que se mantenga un grado de vinculación horizontal, cada tribunal debe estar atado a sus propias decisiones: “La autovinculación al precedente sólo opera en los tribunales con jurisdicción de apelación (Corte Suprema y Tribunales de Apelación). Ello es así porque el *estare decisis* horizontal está íntimamente relacionado con la función de los tribunales de proveer reglas jurídicas de aplicación general (función institucional)”¹⁷. La fuerza de crear derecho esta dada únicamente a los tribunales con jurisdicción de apelación, quienes tienen la potestad de revocar decisiones de los tribunales inferiores, quienes no pueden modificar la doctrina establecida por los tribunales superiores con jurisdicción para revisar sus sentencias.

A pesar de que existe vinculación horizontal, un tribunal puede decidir separarse de su propia doctrina si observa razones de peso para apartarse de sus precedentes y renovar su doctrina, esto es una garantía que permite la movilidad del derecho, que debe responder siempre a las cambiantes necesidades del entorno.

El precedente constitucional en el sistema norteamericano tienen la misma estructura que los demás precedentes, pero como hemos visto, la jerarquía del sistema jurisdiccional norteamericano deja al Tribunal Supremo como máximo tribunal de apelación y como la entidad que emite los precedentes de mayor fuerza vinculante para sus inferiores, “los precedentes de la Corte Suprema son los únicos que vinculan a todos los órganos jurisdiccionales del país, tanto federales como estatales, de ahí que la coherencia en el modo de elaborar su doctrina sea particularmente relevante para asegurar uniformidad y certeza en el derecho”¹⁸.

¹⁶ Ibid. p. 40.

¹⁷ Ibid. p. 41.

¹⁸ Ibid. p. 53.

Frente a un caso en concreto el juzgador puede encontrar diversas posibles soluciones, en estos casos el juez debe elegir que normas va emplear a la hora de impartir su decisión. Entre las cosas que debe tener en cuenta el juzgador esta en grado de autoridad de los precedentes que le vinculen, si el juez encuentra que hay dos soluciones que pueden chocar el juez debe optar por resolver el caso apoyado en la norma de mayor jerarquía que siempre será la Constitución, del mismo modo que el derecho federal debe prevalecer respecto del derecho de los Estados. Una sentencia que resuelva un caso apoyado en la suprema norma que es la Constitución establece una regla que ha de regir en casos análogos en el futuro.

El Tribunal Superior toma decisiones generalmente en aquellos casos en que se instauran recursos contra los Tribunales Federales de Apelación y los Tribunales Superiores de los Estados. En estos casos la sentencia puede ordenar la confirmación de la sentencia de inferior, su revocación o la devolución con el fin de que el inferior emita una nueva sentencia teniendo en cuenta las disposiciones del Tribunal, esto pues el Tribunal Superior no tiene competencia para resolver sobre cuestiones de derecho local que son de competencia de los tribunales de los Estados.

La Corte Suprema no tiene un nivel superior por encima suyo, lo que hace que lo único que deba respetar son sus propios precedentes. Un precedente constitucional tiene mayor fuerza vinculante que la de los demás precedentes lo que hace que ante un asunto de rango constitucional en donde el inferior inaplique un precedente constitucional el Tribunal puede revocar y proferir sentencia.

1.1 FUENTES DEL DERECHO Y DOCTRINA DEL PRECEDENTE

En los modernos Estados Constitucionales de Derecho, existe una vinculación de los operadores jurídicos a la constitución y a la ley, “la necesidad, subsiguiente, de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, significará que todos los jueces han de llevar a cabo tal interpretación constitucional y, lo que es más indicativo aún, que tal interpretación han de efectuarla según las pautas determinadas por el supremo aplicador e intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional”¹⁹

Bajo el anterior supuesto se revierte la tradición de fuentes que daba primacía al “imperio de la ley”, pues “los derechos valen hoy independientemente de la ley. Para interpretar y aplicar los

¹⁹ ARAGÓN Reyes Manuel. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 18.

derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa de la *iuris prudentia* capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad²⁰. Con esto, la labor de los jueces esta llamada a tomar igual o superior importancia que la del legislador, pues son estos quienes se enfrentan a los casos concretos.

Los derechos consagrados a nivel constitucional se introducen en forma abstracta y exigen que por su alto contenido de principios sean desarrollados. La tradición indica que debe ser el legislador quien haga dicha regulación²¹, sin embargo hoy es perfectamente admisible que el Tribunal o Corte Constitucional intervenga en la definición y delimitación del contenido de esos derechos, como interprete autorizado de la Constitución que es. Esa definición y delimitación se observa en forma concreta en la revisión de los fallos de tutela, tarea que permite a la Corte Constitucional sentar su interpretación sobre derechos, interpretación que reviste un carácter vinculante y que permite unificar la doctrina vigente sobre la materia²².

La Corte Constitucional tiene entre sus funciones, no solo la de decidir acerca de la constitucionalidad de las normas legales, sino que debe actuar como supremo tribunal de interpretación constitucional de todo el ordenamiento jurídico, ya que se le ha encomendado la tarea de ser guardiana de su unidad y complejidad estructural. Con esta forma de operar el Derecho emergen en forma más clara problemas que parecían apacibles en otras épocas, como es el caso del precedente judicial.

1.2 EL PODER CREADOR DE LOS JUECES

La construcción del precedente tiene relevancia en la medida en que la función del juez no es sólo de aplicar el derecho preexistente, en algunos casos también tendrá que crear derecho para dar solución al caso planteado. El pretender que el juez este atado a un sistema de leyes preestablecido e inmóvil trae consecuencias a la hora de resolver casos concretos. La aplicación de la norma no es una función mecánica del juez, “la norma general no predetermina por completo el acto de aplicación, sino que éste se produce al amparo de un enunciado normativo que abarca diversas posibilidades”²³. La aplicación del derecho va siempre acompañada de un

²⁰ Ibid. p. 21.

²¹ El criterio tradicional expone que los jueces no crean derecho, su función es la de declarar el preexistente.

²² Esta tarea es encomendada a los diferentes Tribunales Constitucionales, “En España y Alemania, los derechos fundamentales son definidos por el Tribunal Constitucional no sólo porque éste es el supremo interprete de la constitución o porque tenga atribuido el control constitucional de las leyes, sino, principalmente, porque tiene encomendado el recurso de amparo” Ibid. p. 35.

²³ Magaloni Op. Cit. p.64.

ingrediente creativo que realiza el juzgador cuando decide de que forma va resolver el caso concreto, exista norma o no, y como va a interpretar el ordenamiento jurídico existente. Este papel del juez y en general el valor dado al uso del precedente judicial se ha visto con recelo en los sistemas de tradición legalista por considerarse que el juez asume un papel creador de Derecho, que era exclusivo del legislador.

Cada vez que el juez se enfrenta a un caso debe dar una solución independientemente de que exista o no una norma determinada. En principio una decisión del tribunal superior constituye precedente, y regirá en el futuro controversias similares, sin embargo, en muchas ocasiones una decisión por sí sola no es suficiente para dar solución a un problema jurídico y se requiere de varios pronunciamientos para que se consolide el precedente a aplicar. En los casos en que los conflictos han sido claramente definidos y existe una doctrina consolidada el ejercicio del juez se limita a resolver el conflicto jurídico sin que se de creación a nuevas reglas de aplicación general.

Existen otros casos en donde hay vacíos y penumbras en el derecho y no se tiene certeza de que norma debe aplicarse y los jueces se ven precisados a elaborar reglas, dada la naturaleza ambigua de las disposiciones legales. Los precedentes completan, delimitan e incluso modifican el contenido de las normas. Los tribunales son órganos legitimados para crear derecho, y dado el carácter vinculante de los precedentes, los elementos que el juez añade a la obra del legislador tienen efectos generales. “De ahí que se sostenga que las decisiones judiciales que interpretan y aplican los preceptos legales vienen a fusionarse o a tomar parte de la ley”²⁴.

El ordenamiento jurídico es incompleto y abierto, es imposible pretender que el legislador pueda anticipar todos los conflictos que se van a presentar en la sociedad, por lo que es de esperar que existan lagunas que los jueces deben llenar. El dinamismo de la realidad social hace que siempre exista una “zona de penumbra” en el derecho que el legislador no puede prever a prior: “el poder normador de los tribunales se justifica por la necesidad de adaptar y renovar el derecho al ritmo del devenir social...los tribunales, como órganos legitimados para crear derecho, pueden ajustar el contenido de las disposiciones normativas y de los precedentes a los nuevos escenarios sociales”²⁵. En manos de los jueces está el garantizar un Derecho funcional, su tarea es, conforme a esto, la de hacer que las reglas y normas al entrar en contacto con la realidad se acomoden y ajusten su contenido a las necesidades de cada época. Es más factible que el derecho se mueva y transforme de acuerdo al devenir social a través de los jueces que del legislador, pues son los primeros quienes tienen contacto directo con las situaciones fácticas que a diario llegan a los juzgados y en donde el derecho tienen que operar: “Cada sentencia con valor de precedente constituye un ingrediente más del material normativo y, como tal, proporciona pautas generales para que, en futuros litigios, los tribunales continúen, con ese

²⁴Ibid. p. 69.

²⁵ Ibid. p. 71.

proceso, por naturaleza, inconcluso, de desarrollar y transformar el orden jurídico a través de la actividad judicial de resolver disputas”²⁶.

Frente a ciertos casos las partes y el juez pueden señalar diversas soluciones, incluso algunas de ellas contradictorias. “El juez debe elegir las premisas normativas a partir de las cuales construir la regla de decisión. Dicha elección está en función de varias cuestiones, entre ellas, el impacto que pueda tener en las partes y en la sociedad una u otra solución, el grado de autoridad que tengan los precedentes que le vinculan y, por su puesto, la relación de prelación de unas normas respecto a otras”²⁷. Frente a dos soluciones en conflicto el juez debe escoger la que este apoyada en una norma de superior jerarquía, la supremacía de la Constitución hace que su aplicación deba prevalecer con relación a otras normas inferiores que puedan aplicarse en determinado conflicto. “Los tribunales que desempeñan la tarea de proveer reglas generales deciden qué normas han de ser eficaces para crear el derecho del caso y dicha regla de decisión tiene efectos generales por el carácter de precedente de la sentencia....Así una sentencia constitucional establece una regla que ha de regir en futuros litigios similares o análogos. Sin embargo, y esto es lo importante, las similitudes o diferencias entre casos y, por tanto, la fuerza normativa de un precedente constitucional, no se determina con relación a la norma inferior inaplicada, sino a partir de los *hechos* que dieron origen a la controversia constitucional”²⁸. Lo anterior dado que los *hechos* objeto de controversia son los que activan el proceso de creación de derecho por los jueces y tribunales. En un conflicto jurídico en el que las normas existentes no ofrecen una respuesta precisa, se requiere que los tribunales resuelvan ese conflicto estableciendo una regla que le ponga fin y que pueda resolver en el futuro casos similares.

El precedente judicial es una norma esencialmente dinámica, ya que puede transformar su contenido y ámbito de aplicación a partir de su propia aplicación. Las reglas que actúan como precedentes se transforman mediante su interacción con la realidad social lo que hace que se puedan revocar, adicionar, o disminuir según las necesidades del momento.

1.3 FUNDAMENTACIÓN DEL USO DEL PRECEDENTE

El precedente es un mecanismo de control de las decisiones judiciales, su utilización en casos posteriores encuentra su fundamento en argumentos de desde diferentes enfoques como: el pragmático, y el enfoque argumentativo.

²⁶ Ibid. p. 71 y 72.

²⁷ Ibid. p. 73.

²⁸ Ibid. p. 74.

a) Los argumentos del enfoque pragmático, nos indican que se debe seguir el precedente por los beneficios que de esto se obtiene. Desde aquí la doctrina del precedente se justifica en la necesidad de contar con un derecho previsible para sus usuarios pero que a la vez tenga el suficiente dinamismo para enfrentar los retos de sociedades en permanente cambio. Se encuentran aquí en disputa las ideas de certeza y dogmatismo, se busca construir un sistema alrededor del precedente que logre un equilibrio entre estos dos valores, de forma que se pueda hacer viable el seguimiento de decisiones anteriores, sin negar con ello la necesidad de movilidad que requiere el Derecho. Esta idea de predecibilidad esta asociada con la idea de seguridad jurídica, que es otra de las razones que se citan a la hora de hacer una fundamentación de tipo pragmático a favor del uso precedente, fundamentación que direcciona su argumentación hacia la búsqueda de las ventajas de su uso.

Se resaltan también entre las ventajas del uso del precedente, el permitir una uniforme aplicación de las normas que facilita una armónica aplicación del derecho, y alcanzar una mayor economía procesal puesto que los jueces no tiene que hacer grandes elucubraciones a la hora de resolver un caso, sino que deben atender a las razones que se dieron al solucionar casos análogos a los que se enfrentan.

b) Desde el enfoque argumentativo, el uso del precedente tiene fundamento en la medida de que puede ser utilizado como:

i) El argumento Ab exemplo: que no es otra cosa que un enunciado normativo al que se le atribuye un significado que ya había sido señalado o utilizado por alguien. En esta medida el precedente tiene utilidad ya que permite saber como ha sido interpretado el derecho en oportunidades anteriores, lo que hace que las decisiones pasadas funcionen como guía y criterio para decisiones futuras. Cuando un juez se refiere al precedente habla de lo que se recoge en la ratio decidendi, que son las reglas que determinan el significado del Derecho. La ratio decidendi opera como un criterio interpretativo “los jueces hacen referencia a decisiones anteriores porque éstas proporcionan ejemplos de cómo interpretar el Derecho”²⁹.

Un argumento ab exemplo permite explicar la función del precedente dentro del razonamiento jurídico sin necesidad de que sea fuente formal del Derecho en sentido tradicional, y propone un modelo en el que el valor de los precedentes se mida por su función como justificación de la toma de ciertas decisiones judiciales.

ii). Argumento de Autoridad: que consiste en la utilización de argumentos de una persona o personas como medio de prueba a favor de una tesis. Este argumento no fundamenta el uso obligatorio de los precedentes por a) el principio de independencia judicial, y b) porque solo es relevante la autoridad que ha sido aceptada y reconocida. La utilidad de este argumento consiste

²⁹ MORAL Soriano Leonor. El precedente Judicial. Madrid: Ediciones Maricial Pons, 2002. p. 130.

en identificar que precedentes seguir o no seguir, para ser fiel con la organización institucional judicial. Desde ahí se distingue:

- 1- Precedente vertical: seguir órdenes de jueces superiores.
- 2- Precedente horizontal: seguir la decisión de un juez que es considerado homologo, y con el que no hay vinculo jerárquico.
- 3- Autoprecedente: seguimiento de un juez de sus propias decisiones³⁰.

Seguir el argumento de autoridad el orden jerárquico permite imponer un seguimiento a las decisiones judiciales, para que mantengan cierto grado de certeza en la aplicación de las normas. El argumento de autoridad no se puede confundir con el otorgamiento a los jueces superiores del monopolio de la verdad. No se pueden convertir en jueces garantes de la conservación a ultranza de una forma de Derecho y obstáculo para su evolución y adaptación a las necesidades reales de justicia. Este modelo de argumentos de autoridad, para que sea funcional, incluye un sistema que permite rechazar decisiones incorrectas o inaceptables y que de seguir las aplicando se actúa en contra de la aplicación correcta del Derecho.

Este sistema se ha denominado el de cambio justificado: “consiste en sostener el seguimiento uniforme de un criterio interpretativo salvo que no surjan razones que justifiquen el cambio o abandono del criterio precedente y la adopción de otro nuevo”³¹. Esto garantiza la revisión constante del Derecho que construyen los jueces, pues como la actividad del juez superior es objeto de evaluación es posible que se desconozca y deje de seguir su precedente, por considerarlo contrario a los fines de la justicia.

iii). La regla de justicia: “el principio de justicia formal (también llamado regla de justicia) exige que seres o situaciones que integran una misma categoría o grupo sean tratados de forma idéntica”³². Este principio de justicia debe complementarse, teniendo siempre como regla que se debe mantener un trato igual pero teniendo en cuenta que se puede modificar y hacer cambios en el trato otorgado a un caso siempre que estén debidamente justificados. El principio de justicia tienen relevancia en relación con la justificación racional de las decisiones.

³⁰ Los dos últimos más que en el argumento de autoridad se sustentan en el argumento ab exemplo.

³¹ MORAL, Op. Cit. p. 135.

³² Ibid. p. 135-136.

La regla de justicia incluye reglas de universalidad, consistencia y coherencia, que contribuyen a reforzar el papel de las decisiones judiciales anteriores y a reafirmar el papel del precedente como técnica argumentativa. La coherencia permite evitar la disparidad de criterios de los diferentes operadores y permite a la vez prever cual sería el tratamiento futuro a situaciones similares.

La regla de universalidad tiene que ver con los términos que conforman el precedente. “En toda decisión judicial se decide (racionalmente) sobre una cierta cuestión: la planteada por las partes del proceso. Esta decisión, (el germen del precedente) deberá ser racional al menos en su sentido mínimo, es decir, deberá satisfacer las exigencias del principio de justicia formal”³³. Esa exigencia es la de tratar de forma igual los casos iguales, mirando hacia atrás. El juez debe decidir de la misma forma que decidió en casos similares. El caso de hoy se resuelve como se resolvió el de ayer y como resolveré el de mañana, una razón así debe ser enunciada en términos universales. “La noción de justicia formal requiere que la justificación de decisiones en casos individuales esté basada siempre en una proposición universal que el juez está preparado a adherir como base para determinar otros casos semejantes y decidirlos de la misma manera que el caso presente... cuando un juez hace referencia a una decisión anterior, lo hace a la regla universal contenida en la decisión”³⁴. La existencia de normas universales interpretativas son un límite que dificulta que los jueces decidan arbitrariamente, y son herramientas que pueden ser utilizadas en casos futuros.

El aspecto formal de la regla de justicia justifica el seguimiento coherente del precedente, esta imposición de uso coherente puede objetarse por: a) su carácter conservador, que reduciría la actividad de interpretación jurídica a una aplicación mecánica o adhesión fuerte al precedente haciendo casi imposible su abandono o modificación. Y b) el principio de igualdad formal no dice nada del contenido de los precedentes, llevado a su extremo podría llevar al seguimiento de precedentes injustos. (Formalmente justo, materialmente injusto). De ahí que se deba completar la regla moral con la del principio de inercia.

El principio de inercia es aquel según el cual casos o sujetos semejantes pueden recibir un tratamiento distinto si se aportan razones para ello”³⁵. El principio de inercia sirve de complemento al principio de igualdad formal, y permite el abandono motivado de precedentes.

En síntesis, de esta forma de regular el uso de los precedentes se sigue que estos pueden operar según un modelo de vinculación relativa, esto es, que se deben seguir, a no ser que se justifique su modificación o abandono.

³³ Ibid. p. 137.

³⁴ Ibid. p. 138.

³⁵ Ibid. p. 145.

2. LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE EN COLOMBIA

La Corte Constitucional ha adoptado una posición definida sobre la fuerza vinculante de las reglas que se elaboran en sus pronunciamientos, el alto tribunal mantiene la pretensión de que los jueces reconozcan a la jurisprudencia como fuente del Derecho de obligatoria atención.

Esto, como es de suponer, choca con una arraigada tradición jurídica legalista que había mantenido ideas como las de que:

- a) los jueces son la boca de la ley, y lo que hacen es aplicarla. La ley es la fuente formal por excelencia y es obligación del juez fallar conforme a lo establecido en las normas legales.
- b) Los pronunciamientos judiciales sirven para aclarar normas oscuras, aclaraciones que desde luego pueden variar gracias a la independencia del juez, quien atiende estas aclaraciones como fuente auxiliar.
- c) Los jueces sólo están atados a la ley y son independientes con relación a otras decisiones judiciales de fallos anteriores. La jurisprudencia sólo opera en los casos en donde la fuente formal guarda silencio.
- d) El derecho se entiende como un conjunto de normas debidamente codificadas, y la labor del operador es hacer uso de estas normas a la hora de resolver un caso³⁶.

Esta tradición parece guardarse con respeto en la Constitución de 91, en donde se confirma la tradición de fuentes, al señalar en su artículo 230 que “los jueces, en sus providencias, sólo están vinculados al imperio de la ley”. Dentro de este panorama de fuentes solo podría hablarse de un sistema débil del precedente judicial, “los jueces tienen la potestad de decidir si adoptan o no la doctrina establecida. Y, finalmente, en el caso de que no lo hagan, no existe recurso alguno que permita la revisión de la decisión contraria a la doctrina probable”³⁷.

³⁶ Estas ideas se encuentran en el marco legal establecido y previo a la Carta del 91. Véase artículo 4 de la Ley 19 de 1896, que subroga el artículo 10 de la Ley 153 de 1887; artículo 4 del Código Civil y el 8 de la Ley 153 de 1887.

³⁷ LÓPEZ Op. Cit. p. 14.

A partir del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se toma a la "doctrina constitucional" como "criterio auxiliar obligatorio para las autoridades"³⁸. El artículo 21 del citado decreto contribuía también con el aumento del valor normativo de la jurisprudencia constitucional. Mediante la sentencia C-113 del 93 se declararon inconstitucionales los incisos 2 y 4 del artículo 21 del decreto 2067, con lo que la Corte rechaza las políticas del ejecutivo³⁹. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-131 de 1993, declaró la inexecutable de la expresión "obligatorio", propiedad que se atribuía al "criterio auxiliar de la jurisprudencia" en el artículo 23, haciendo prevalecer lo prescrito por el artículo 230 de la Constitución⁴⁰.

La legislación posterior al 91 siguió por la línea de la jurisprudencia como criterio auxiliar. El artículo 36 del decreto 2591 del 91 señaló acorde con la tradición de fuentes que las sentencias de revisión sólo surtían efectos en el caso concreto. Del mismo modo la Ley Estatutaria de Administración de justicia Ley 270 de 1996 reafirmó el tradicionalismo de fuentes, en su artículo 48 señala:

Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. (Sólo) la interpretación que por vía de autoridad hace (el Congreso de la República) tiene carácter obligatorio general. 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tiene carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces⁴¹.

³⁸ Artículo 23 del Decreto 2067 de 1991: "La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia".

³⁹ En las sentencias C-113 y C-131 del 93 la Corte señala con precisión que la facultad para determinar los efectos de sus fallos es de su resorte exclusivo.

⁴⁰ Sentencia C-131 de 1993, sin embargo se aclara que la expresión imperio de la ley, artículo 230 de la Constitución, se refiere a todo el ordenamiento jurídico: "...la palabra 'ley' que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe 'ordenamiento jurídico'". (Cfr. Además, entre otras las Sentencia T-486 de 1998 y C-836 de 2001). "...el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada – la "ley" captada en su acepción puramente formal – sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas."

⁴¹ La parte en paréntesis fue declarada inconstitucional por la Sentencia C-037 del 96.

El panorama sobre el uso o no en forma obligatoria del precedente encontraba tres campos de análisis:

- A nivel legal es claro que no existía un reconocimiento de la obligatoriedad del precedente, las normas que lo podían apoyar en forma explícita fueron sacadas del ordenamiento jurídico.

- La Constitución por su parte pareciera albergar una tensión sobre fuentes, ya que por un lado le da la tarea de ser intérprete autorizada y suprema guardiana de la Constitución a la Corte Constitucional (Art. 246), y por otro le da a la jurisprudencia un carácter de mero criterio auxiliar (Art. 230)⁴².

- y finalmente a nivel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde se libraba un debate sobre el tema de la obligatoriedad de la jurisprudencia⁴³.

2.1 LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Del desarrollo del problema sobre la obligatoriedad o no de la jurisprudencia llegó finalmente la Corte a inclinarse favorablemente hacia la obligatoriedad de la jurisprudencia y con ella del precedente constitucional.

Ese recorrido inicia con la posición de la Corte sobre su capacidad de darse una autoregulación en lo concerniente al carácter vinculante de sus pronunciamientos, hasta llegar a señalar la vinculación de los jueces y demás operadores a su jurisprudencia, atendiendo al principio de igualdad y coherencia⁴⁴.

Podemos considerar como sentencias hito la T-123 y C-083 del 95, en ambos pronunciamientos la Corte manifiesta que la doctrina constitucional por ella construida tiene el carácter de fuente obligatoria para todos los jueces y que de no sujetarse a lo señalado por la jurisprudencia en las razones de la decisión, se podría consolidar una vía de hecho por violentar el derecho a la igualdad. La Corte señala en estos pronunciamientos que su jurisprudencia debe entenderse

⁴² Cf. BERNAL Pulido Carlos. El derecho de los Derechos. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 152. Sin embargo considero que esta tensión se resuelve en una conjunción entre artículo 4 que señala la supremacía de la Constitución y la función de la Corte Constitucional de ser guardiana de esa primacía, solución que es en últimas la que adopta la Corte y que la lleva a dar fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional.

⁴³ Para conocer el desarrollo de este problema véase López Diego Op. Cit.

⁴⁴ Con base en el principio de coherencia la Corte ha aplicado y respetado su propio precedente, reiterando jurisprudencia en muchos casos y argumentando las razones que la llevan a separarse de su precedente en otros.

como parte de la Constitución misma y lo que de inmediato lleva a entenderla con el mismo carácter de supremacía y obligatoriedad que consagra la Constitución para su ordenamiento interno.

La Corte reconoce valor vinculante no sólo a las sentencias de constitucionalidad sino también a las de revisión:

El papel que cumple la Corte Constitucional cuando aborda la revisión eventual consagrada en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Carta Política no es otro que el de unificar a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales, trazando pautas acerca de la procedencia y desarrollo del amparo como mecanismo de protección y efectividad de los mismos y estableciendo la doctrina constitucional⁴⁵.

Con este pronunciamiento se pone de presente la intención de la Corte de consolidar un sistema coherente de interpretación de la Carta Fundamental y de los derechos fundamentales, constituyendo una garantía a favor de la igualdad, haciendo que el reconocimiento de la fuerza vinculante a las sentencias de tutela se convierta en un auténtico mecanismo para garantizar la protección de los derechos fundamentales⁴⁶.

Sella la idea de que todos los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional poseen fuerza vinculante la sentencia T-175 del 97, en donde se indica que en cada jurisprudencia esta contenida la doctrina constitucional sobre el tema que se define: *"las pautas doctrinales que traza la Corte en los fallos de revisión de tutelas indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse"*⁴⁷ de manera que cuando, no exista norma legal aplicable al caso controvertido, y los jueces ignoran o contrarían la doctrina constitucional *"no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad..."*.

Para la Corte es claro que la *ratio decidendi* es una norma que adquiere rango constitucional, y que su acatamiento y respeto es necesario para garantizar la supremacía de la Constitución como norma de aplicación general de la que debe guardarse una unidad interpretativa, y es la

⁴⁵ Corte Constitucional Sentencia T-260 del 95.

⁴⁶ Cf. BERNAL Pulido Op. Cit. p. 167.

⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-260 de 1995.

interpretación que hace la Corte a través de sus pronunciamientos la que prevalece sobre cualquier otra⁴⁸.

Del recorrido hecho por la Corte para llegar a este punto, es interesante resaltar los fundamentos que aduce para la Corte para apoyar su posición sobre la obligatoriedad del precedente, que son básicamente:

- a) El derecho a la igualdad.
- b) La supremacía de la Constitución y la integración al texto constitucional de la interpretación que vía jurisprudencial hace la Corte.

A estos dos fundamentos se suman otros de orden pragmático como la seguridad jurídica, la previsibilidad, la utilidad del precedente como mecanismo de control judicial (invocando principios de razonabilidad y universalidad) , así como la invocación a principios como la unidad del sistema formativo⁴⁹.

2.2 FUNDAMENTACIÓN DE LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA: JURISPRUDENCIA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

Un argumento de peso para fundamentar el uso del precedente judicial es la invocación del Derecho a la igualdad. Este derecho se estableció inicialmente como un mecanismo para limitar el poder del ejecutivo, se hablo entonces del derecho a la igualdad ante la ley, posteriormente se fue extendiendo hasta constituir una forma de controlar el poder legislativo.

El derecho a la igualdad se configura como un principio a tener en cuenta a la hora no solo de ejecutar la ley o de crearla, sino de interpretarla y aplicarla, de ahí que se convierta en una exigencia el que los jueces frente a casos similares resuelvan de la misma forma en que resolvieron en el pasado, con miras a favorecer igual trato y consideración a personas que por el solo hecho de serlo y por disposición legal merecen el mismo trato. El derecho a la igualdad incluye “un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias, y otro mandato de trato diferenciado cuando las diferencias sean más relevantes que las similitudes”⁵⁰.

⁴⁸ Ver Corte Constitucional Sentencias T-556, SU-640 del 98 y T-068 de 2000.

⁴⁹ Ver Corte Constitucional Sentencias SU-047 del 99, y T-566 y C-252 de 2001.

⁵⁰ Corte Constitucional Sentencia C-106 del 2004

La Corte se ha referido en numerosas ocasiones en torno al alcance del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, refiriéndose a este como aquel “derecho que tiene toda persona a gozar de un mismo trato y protección por parte de las autoridades, así como a tener los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que pueda existir discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”⁵¹.

El derecho a la igualdad se hace efectivo en la identidad de trato que debe darse a personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes⁵². Se debe tener presente que dar un tratamiento distinto a situaciones diferentes no constituye discriminación. De la misma forma que el derecho a la igualdad no excluye la posibilidad de que se de un tratamiento diferente a personas y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma situación siempre que exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique⁵³. Esto con el fin de tener en cuenta factores como la diversidad de las relaciones sociales, la previsión y la práctica de razonables distinciones con el fin de evitar que se generalice a ultranza y se olviden las particularidades de cada caso. “Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes”⁵⁴.

El juez que resuelva un caso cuya solución se encuentre previamente definida en lineamientos que constituyen precedente constitucional, tiene el deber de cumplir lo previsto en la jurisprudencia anterior o tiene impuesta la carga de esbozar una argumentación suficientemente fundada para poder apartarse del precedente. Con esto se garantiza por un lado el derecho a la igualdad y por otro la independencia judicial pues le da la opción al juez de exponer sus razones ante la diferencia de criterio con el superior. “El principio de independencia judicial, tienen que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad”⁵⁵. Cuando existe debida motivación que sustenta el trato diferenciado no estaríamos frente a una discriminación sino ante una diferenciación o distinción que debe ser razonada.

⁵¹ Corte Constitucional sentencia T- 034-04.

⁵² Esta posición se puede consultar desde las sentencias T-597 de 1993, C-230 de 1994 y C-461 de 1995.

⁵³ Ver sentencias C-445 del 4 1995, C-590 de 1995 y T-173 de 1996.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 1993.

⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia C-037-96.

En diversos pronunciamientos la Corte se ha referido a este tema. Este recorrido puede iniciar con la sentencia T-547 del 93 en donde se consideró que el respeto del derecho a la igualdad como derecho subjetivo contiene una dimensión negativa del concepto y reconoce "una obligación constitucionalmente impuesta a las ramas y órganos del poder público, consistente en tratar de igual forma a cuantos se encuentren en iguales situaciones de hecho..." y "ofrecer un tratamiento similar a todos cuantos se encuentran en similares condiciones". En la sentencia T-123 del 95 la Corte señala que en virtud del principio de igualdad los jueces deben seguir la jurisprudencia previa, y que solo se pueden apartar de la jurisprudencia trazada siempre que justifique de manera suficiente y adecuada su decisión, de no ser así estarían infringiendo el principio de igualdad. Este pronunciamiento configura un mecanismo de disciplina jurisprudencial, en la medida en que interpreta que un juez al desconocer la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado incurre en una clara vía de hecho. En el mismo sentido se encuentra la sentencia C-037-96 "El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad".

Con la sentencia T- 175-97, se introduce el tema del precedente controlante, y se señala que frente a un caso análogo el juez debe seguir la doctrina de la corte o explicar suficiente y adecuadamente las razones para ofrecer un trato diferente⁵⁶. En la C-038-96 también se menciona la obligación de los jueces de justificar el porque de su separación con un precedente, so pena de infringir el principio de igualdad, constituyendo una flagrante discriminación proscrita por la Carta del 91. Dicha discriminación se produciría al aplicarse sin razón, el derecho constitucional en forma diferente.

En la sentencia T-321 –98 la Corte señala que al juez no le es propio separarse de sus propios precedentes cuando debe resolver un caso análogo, en razón del derecho a la igualdad, el funcionario que modifique el precedente tiene el deber de explicar porque ha cambiado su decisión. Esto introduce un elemento de la doctrina del precedente y es que "las sentencias de tutela no tienen valor Inter-partes sino que obligan como doctrina vigente para casos análogos por sus hechos o circunstancias"⁵⁷ en esto ha insistido la Corte en reiteradas oportunidades⁵⁸.

En la sentencia C-252 de 2001, se crea una nueva carga en el ejercicio de la función judicial, al exigirse de los jueces una disciplina mayor, pues se establece que no sólo deben ajustar todos sus fallos a las normas contenidas en la Constitución y la ley, sino que además, se debe aplicar rigurosamente la jurisprudencia precedente o reiterativa que contenga interpretación constitucional aplicable al caso concreto y con miras a proteger el Derecho a la igualdad. En el mismo sentido, en la sentencia C-447 de 1997, se resalta que el respeto al precedente judicial

⁵⁶ Véase también Sentencias T- 175-97 y T-321-98.

⁵⁷ LOPEZ, Diego Op. Cit. p. 47.

⁵⁸ Cf. BERNAL, Pulido Carlos, Of. Cit. p. 158.

tiene como fundamento, no sólo en el respeto al derecho a la igualdad, sino a la seguridad jurídica:

Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez⁵⁹

2.3 LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO INTERPRETE AUTORIZADA DE LA CARTA POLÍTICA

La obligatoriedad del precedente se encuentra fundamentada en la superioridad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en su desarrollo e interpretación a través de los pronunciamientos de la Corte quien al ser interprete autorizado de la Constitución y guardián de su integridad y supremacía, eleva sus pronunciamientos al mismo nivel de la Constitución. La *ratio decidendi* como fruto de la interpretación que hace la Corte de los principios consagrados en la Constitución se integra como parte de esta y se reviste de carácter vinculante para los operadores jurídicos, “debe reiterarse que, en últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales”⁶⁰. Cuando los jueces se apartan de la doctrina trazada por la Corte “no se apartan simplemente de una jurisprudencia - como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad...”⁶¹.

En la Sentencia SU-640 de 1998, la Corte insiste en que es función suya garantizar la unidad interpretativa de la Constitución, y exige respeto para las interpretaciones hechas por ella en materia de derechos fundamentales⁶². En la Sentencia de Constitucionalidad C-1439 de 2000 la idea de sujeción de los jueces al precedente encuentra uno de sus mayores sustentos. En esta Sentencia se resalta que la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional se origina de su función de lograr “*la unidad interpretativa de la Constitución*”, y que la fuerza vinculante se predica de la *ratio decidendi*. En la sentencia T-082 de 2002, la Corte reafirma su doctrina al

⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia C-447-1997.

⁶⁰ Corte Constitucional Sentencia T-175-95.

⁶¹ Ibid.

⁶² En este sentido la Corte consideró que “*la revocación de las sentencias o actos de los jueces lesivos de los derechos fundamentales, como puede ocurrir en aplicación de la doctrina sobre las vías de hecho, se revela como un instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución.*” (Corte Constitucional. Sentencia SU-640 de 1998).

reafirmar la obligatoriedad de sus pronunciamientos por contener el carácter de suprema interpretación de la Carta.

En la sentencia SU-1553 de 2000 la Corte resalta que el operador jurídico está sometido a la Constitución en la elaboración de sus fallos, de ahí que toda interpretación constitucional que haga, debe ser de conformidad con la interpretación hecha por el máximo intérprete de la Constitución. Esto hace que indudablemente en los casos en que se presente incompatibilidad entre la interpretación constitucional dictada por un juez de instancia y la de la Corte Constitucional, prevalezca la de supremo tribunal de lo constitucional.

En la Sentencia C-569 de 2001, la Corte Constitucional señala que las autoridades administrativas, al igual que los jueces, deben sujetarse estrictamente a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte y sólo pueden separarse de estos, en aquellos eventos en que se puedan distinguir casos que en principio parecían análogos. Se ha dicho en forma categórica que todo pronunciamiento que contradiga lo dispuesto por el supremo intérprete constitucional sin una razonada fundamentación configura una clara vía de hecho: *“la vía de hecho está construida sobre la base de que el juez se aparte sin razones que lo justifiquen de la norma superior o de la interpretación autorizada de la misma”*⁶³.

2.4 MOVILIDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Para la Corte Constitucional ha sido claro que de ninguna forma la obligatoriedad de sus pronunciamientos pueden convertirse en un obstáculo para la evolución del derecho. Dada la naturaleza de las relaciones que regula el Derecho en el sistema jurídico el normal que se observe una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica, que implica que los jueces respeten y apliquen los precedentes y la realización de la justicia material del caso concreto, que implica que los jueces puedan actualizar las normas a las situaciones nuevas, según los requerimientos del caso concreto.

La idea de seguridad jurídica y evolución social no pueden ser irreconciliables pues se caería en un craso error al desconocer la evolución propia de los sistemas sociales. “Un rasgo peculiar de todo precedente constitucional es que puede ser modificado por la Corte Constitucional, cuando tenga argumentos suficientes para considerar que está errado”⁶⁴. Al estar los jueces obligados a seguir los precedentes constitucionales su desconocimiento constituye una vía de hecho⁶⁵. Si el juez posterior no va a cumplir su deber de aplicar lo previsto en la jurisprudencia debe asumir la

⁶³ Corte Constitucional Sentencias SU-1553 de 2000 y T-082 de 2002.

⁶⁴ BERNAL, Pulido Op. Cit. p. 180.

⁶⁵ Corte Constitucional Sentencia T- 296-05.

carga de la argumentación para exponer en forma expresa y razonada las razones que justifican su decisión de apartarse del precedente⁶⁶, con esto se da carta libre a la posibilidad de inaplicación o cambio del precedente, bajo algunos supuestos:

1. “cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”⁶⁷. Con esto se da vía libre a que no solo los altos tribunales cambien su propio precedente, sino que también los jueces de instancia decidan inaplicar un precedente por considerar que no se ajusta a la nueva realidad social a la que antes respondía.

2. Por tratarse de un precedente que contraría valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, el juez busca evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita un cambio de decisión. Esta situación se presentaría en el evento de que exista un cambio en el ordenamiento jurídico positivo, producto de un tránsito constitucional o legal relevante.

3. Cuando a pesar de que existan similitudes entre el caso precedente y el caso a resolver, existen diferentes relevantes que no permiten que se pueda dar aplicación al precedente⁶⁸. En estos casos el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales a pesar de parecer dos situaciones de hechos similares no merecen un trato igual. “Los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho”⁶⁹.

La Corte se ha referido al cambio de precedente señalando:

El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede

⁶⁶ Corte Constitucional Sentencia C-836 del 2001. “La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad judicial determina cuándo puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la forma como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones de la Corte Suprema como juez de casación”.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Esta situación corresponde a la técnica del “distinguish”, el precedente se deja de aplicar porque el juez considera que no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que se debería seguir.

⁶⁹ Corte Constitucional sentencia C-836 de 2001. También puede darse el caso de que aunque existan situaciones de hecho inicialmente parezcan diferentes se puede aplicar el precedente, empleando criterios de igualación, en estos casos dice la Corte el juez tiene la carga de argumentar porque hace la aplicación del precedente.

petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica⁷⁰.

La Corte salva con estos criterios de separación la tensión que se puede generar entre seguridad jurídica y necesidad de movilidad del Derecho.

⁷⁰ Corte Constitucional SU-047/99, citada por la Corte en la sentencia C-836 del 2001.

3. EL PRECEDENTE Y LOS OPERADORES JURÍDICOS

La Corte ha reiterado en diversos pronunciamientos la fuerza vinculante que tiene la jurisprudencia constitucional y la obligación de los jueces de aplicar el precedente en los casos que deban resolver. La pregunta que nos hacemos en este punto de la discusión es cuál ha sido la aceptación de la doctrina de la Corte a nivel de los operadores de instancia.

En la bibliografía no existe un estudio que cuenta de este problema, que nos permita medir el grado de penetración de la doctrina del precedente en las instancias de decisión. El profesor López, ha hecho referencia al problema de la penetración del precedente, destaca el caso de una sentencia de tutela en la que la misma Corte deja entrever que los jueces de instancia no están respetando el precedente⁷¹ esta referencia apenas nos permite formarnos unas hipótesis al respecto, ya que luego el propio autor señala que en los centros de mayor complejidad judicial ni se atiende la doctrina de la Corte.

Estas referencias permiten formar una idea de lo que podría ser una respuesta al tema, a pesar de la preocupación de la Corte por crear una disciplina alrededor de la obligatoriedad de sus fallos. En lo que sigue se tratará las estrategias de la Corte para consolidar su doctrina del precedente a nivel de los operadores jurídicos y qué es lo que se puede leer en práctica judicial.

3.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO GUARDIANA DEL PRECEDENTE

La Corte ha elaborado a través de sus pronunciamientos una línea jurisprudencial que responde afirmativamente a la pregunta sobre si el precedente creado vía jurisprudencia es obligatorio. Cabe ahora la pregunta acerca de qué ha hecho la Corte para salvaguardar su doctrina del precedente y hacer que penetre hasta los operadores judiciales.

Para salvaguardar sus precedentes la Corte ha implementado tres acciones:

- a) La anulación de sentencias de tutela dictadas por las salas de revisión de la propia Corte, cuando desconocen sentencias propias (protección de la obligatoriedad del precedente horizontal). Esta anulación se hace a través de autos proferidos por la Sala Plena, y en esto ha sido enfática la Corte pues resalta que el cambio en un precedente jurisprudencia consolidado debe surgir de la sala plena y no de las salas de revisión.

⁷¹ La Corte Constitucional revisa 253 fallos en la sentencia T-175- 97 en donde encuentra que no se tuvo en cuenta el precedente de la T-418-96. De esta revisión se puede concluir que "mientras en la corte constitucional se va formando un consenso sobre la obligatoriedad de su jurisprudencia, los jueces llamados a obedecerla continúan trabajando de manera aplastantemente predominante sobre la teoría tradicional del valor del fallo judicial" LOPEZ, Op. Cit. p. 40.

- b) La acción de tutela contra providencias judiciales. La tutela contra sentencias permite controlar el seguimiento del precedente, en este caso la tutela actúa como un mecanismo de control. La tutela contra sentencias solo procede cuando se configura vía de hecho, en el caso de violar un precedente constitucional se debe indicar que la violación se produce por desconocer el derecho a la igualdad del accionante, en la medida que recibe un tratamiento diferente y por ende discriminatorio en comparación con el que han recibido otras personas frente a hechos análogos.
- c) La confirmación o revocación de decisiones de instancia a través del mandato constitucional de revisión que hace la Corte Constitucional de los fallos de tutela. (Estos dos últimos hacen parte del respeto a la obligatoriedad del precedente vertical).

Estas acciones se replican en un reducido número de casos. En relación a las sentencias de revisión debemos recordar que son menos del 1%⁷² de las tutelas interpuestas lo que deja en desamparo la verificación del acatamiento del precedente por parte de los operadores de instancia y el derecho a la igualdad del otro 99% de los tutelantes cuyas sentencias no son revisadas.

La Corte ha implementado otras dos acciones para cuidar del acatamiento del precedente, acciones ya no de carácter jurisdiccional, sino de carácter pedagógico como son:

- a) La implementación de un orden en la estructura de los fallos de revisión
- b) La implementación de una estructura muy completa de difusión de sus pronunciamientos a nivel nacional.

La Corte en los últimos años se ha tornado sumamente ordenada en lo que concierne a la forma en que estructura sus fallos de revisión. Primero, delimita en forma concreta y clara los hechos, los fallos de instancia que revisa, la intervención de la demandada, elementos estos que ayudan a identificar los hechos relevantes del caso. Segundo, plantea el problema jurídico a resolver, con lo que de inmediato estructura con base en los hechos cual es el objeto de derecho a decidir. Luego presenta sus consideraciones con relación a los elementos de derecho sobre el problema a resolver, para finalmente referirse al caso concreto.

La Corte no solo emplea la expresión “reiteración de jurisprudencia” como parte del encabezado de las sentencias en donde existen precedentes, sino que también examina los casos de revisión a la luz de las subreglas construidas a través de la actividad de revisión y unificación de la

⁷² Dato obtenido de la revisión de estadísticas publicadas por la Relatoría de la Corte Constitucional en la página : www.constitucional.gov.co

doctrina constitucional, citando los pronunciamientos anteriores que les han dado origen. Esta estrategia de la Corte es una herramienta que facilita el estudio de sus jurisprudencias a cualquier persona que se remita a sus fallos de revisión, pues de inmediato se puede tener en un fallo reciente una visión general de la posición de la Corte aplicada al caso en estudio.⁷³

Sobre el segundo literal, debemos señalar que la jurisprudencia de la Corte esta a la mano de cualquier persona que tenga acceso a la internet, la página web de la Corte Constitucional alberga todos los fallos de la Corte desde el 92, y hasta los fallos mas recientes, lo que permite que la actividad de la Corte este a la mano de cualquier persona, cumpliendo la Corte con una tarea de publicidad a gran escala, que permite tener fallos completos al poco tiempo de su promulgación.

3.2. PENETRACIÓN Y APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE

El termino *penetración* ha sido empleado en la sociología Jurídica y tiene que ver con la efectividad de una doctrina jurídica en los niveles bajos del sistema jurídico. En los actuales y complejos sistemas jurídicos se pueden distinguir diferentes niveles de operadores jurídicos, los superiores quienes promulgan o interpretan las reglas, en nuestro caso la Corte Constitucional opera como un operador de rango superior, y otros que son los inferiores, que tienen la tarea y obligación de implementar y aplicar las reglas promulgadas por el superior. Los operadores de inferior jerarquía son los que tienen el encuentro directo con los casos comunes que resuelve un operador jurídico y que en principio no tiene que ver con las grandes contiendas a nivel de altas Cortes, que están destinadas para los grandes negocios. Ahora, “no todas las reglas promulgadas por las entidades “superiores” son efectivas a nivel “raso” debido a imperfecciones en la comunicación, escasez de recursos, de personal entrenado, de compromiso, de entendimiento, etc”⁷⁴.

La penetración o no de una norma o directriz superior puede obedecer a diversas razones, analizar como ha *penetrado* doctrina del precedente en los operadores de instancia es una tarea difícil de desarrollar teniendo en cuenta el alto volumen de pronunciamientos judiciales, en los sucesivos, nos aproximaremos a consideraciones en torno al tema que nos permitan formarnos una idea del estado de la penetración de la doctrina del precedente en operadores de instancia.

⁷³ El profesor Bernal Pulido resalta sobre el tema, “La reiteración de la jurisprudencia ha sido en el derecho comparado uno de los mecanismos más importantes, mediante los cuales la jurisdicción constitucional alcanza un *aggiornamento* (puesta al día) de todo el sistema jurídico”. BERNAL Op Cit. .p. 188.

⁷⁴ Ver GALANTER Marc, Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. En: Sociología Jurídica, Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, Editor GARCÍA Villegas, Mauricio. Bogotá: E.d. Unibiblos, Universidad Nacional de Colombia, 2001. p. 72.

3.3 PENETRACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE A NIVEL NACIONAL

No existe un estudio a gran escala de lo que ha sido la penetración de la doctrina del precedente construida por la Corte Constitucional a nivel nacional. Lo que se ha escrito sobre el precedente constitucional aun esta a nivel de doctrina sin que se dirija la mirada a los operadores jurídicos que son en últimas quienes consolidan la efectividad o no de los precedentes.

El profesor López señala sobre el problema de la penetración, que en Colombia “podría decirse que la penetración de la doctrina de obligatoriedad del precedente es muy baja en la primera instancia de tutela (jueces municipales y de circuito) y que aumenta conforme se va moviendo el observador ascendentemente por la jerarquía judicial”⁷⁵. Y continua el profesor López señalando que “siempre se ha reconocido que los Tribunales Superiores de Distrito de Medellín, Cali o Bucaramanga son, a veces, dialogantes reconocidos en la interpretación del derecho nacional”.⁷⁶ Lo que lo lleva a afirmar que la doctrina del precedente en Colombia se va extendiendo desde estos supuestos jueces que dialogan con la interpretación nacional, hasta llegar a las periferias judiciales, con lo que quiere poner de manifiesto que existe una efectiva y progresiva penetración de la teoría del precedente en las instancias inferiores de decisión judicial. Ahora, cabe preguntar al texto en examen, que hasta ahora es el único que hace alusión directa al tema de la penetración de la doctrina del precedente, ¿cuales son los fundamentos para hacer dichas afirmaciones? Nos atrevemos a señalar que se llega a las consideraciones expuestas sobre la penetración del precedente mediante la observación de algunas líneas jurisprudenciales, sin embargo quien revise otras líneas podrá observar que es posible llegar a otras consideraciones opuestas que nos indicarían que la doctrina del precedente ni siquiera ha penetrado en los Tribunales Superiores del centro de la actividad judicial del país⁷⁷.

3.3.1 Estudio de casos en operadores de instancia, primer referente: revisión que hace la Corte Constitucional de 253 fallos de tutela. La misma Corte Constitucional realizó un diagnostico de la penetración de su doctrina en los operadores de instancia. En la sentencia T-175 del 97 la corte revisa 253 fallos de instancia proferidos por distintos jueces y tribunales al resolver sobre acciones de tutela interpuestas por empleados al servicio de la Rama Judicial que, acogiéndose a las disposiciones legales, solicitaron el pago de sus cesantías parciales sin obtenerlo, y en algunos casos sin recibir respuesta a su petición.

Se pretendía con las acciones proteger el derecho a la igualdad, ya que los accionantes se sintieron discriminados respecto de aquellos servidores públicos que se acogieron al nuevo

⁷⁵ LÓPEZ, Medina Op. Cit. p. 103.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ver AGUIRRE, CASTRO, PABÓN Y PALACIOS, Análisis jurisprudencial: maternidad y fuero laboral. En: Revista Kaleidoscopio N° 4, Febrero de 2004, Bucaramanga: Ed. Universidad Industrial de Santander, p. 22 a 33.

régimen de cesantías en la Rama Judicial, establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, quienes, al solicitar la cancelación de sus cesantías parciales, la consiguieron de los fondos privados en pocos días, sin que existiera justificación alguna para el trato diferente.

Todos los casos objeto de revisión coinciden en los hechos sometidos a decisión judicial, en el tipo de solicitud elevada ante las autoridades administrativas (petición de cesantía parcial), en la discriminación entre servidores públicos y, en las pretensiones que formularon. Señala la Corte para referirse al precedente que se debía aplicar a los casos estudiados:

Todas esas características, que muestran a las claras la identidad de los procesos iniciados, son exactamente las mismas que ya consideró esta Corte en la Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996, al conceder la protección impetrada por la empleada Betty Flórez Naranjo, con apoyo en las mismas causas ahora invocadas, y en fundamentos constitucionales basados, a su vez, en reiterada doctrina de la Corporación sobre la igualdad⁷⁸.

La Corte reitera su posición en construcción, acerca del valor de la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, señalando que en los casos de revisión “trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad”⁷⁹. Si los jueces deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada por la Corte, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

En los casos revisados por la Corte, las circunstancias coinciden totalmente con los casos anteriormente resueltos por la Corte, de manera que los falladores de instancia no podían apartarse de la doctrina constitucional asumir la carga de la argumentación del por qué de su separación. El análisis de la Corte la lleva a concluir que “los accionantes fueron injustificadamente discriminados por la administración en cuanto al pago de sus cesantías parciales y volvieron a serlo, también sin motivo plausible, por los jueces de tutela que les negaron el amparo reconocido en la doctrina constitucional como viable para otros en sus mismas circunstancias”⁸⁰.

La Corte analiza las razones expuestas por los operadores de instancia encontrando:

⁷⁸ Corte Constitucional Sentencia T-175-95.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

1. Los falladores de instancia, (contrariando la Sentencia T-418 de 1995), justifican su decisión remitiendo a los accionantes a los medios judiciales ordinarios, ignorando lo señalado por la doctrina constitucional en otros casos, en los que se señala que los procesos laborales no resultan idóneos para garantizar con la oportunidad y eficacia requerida la garantía del derecho fundamental a la igualdad.

2. Otros señalan que la diferencia en los regímenes legales sobre cesantías justificaba la discriminación, razón que desde ningún punto de vista es admisible para la Corte ya que en la Sentencia T-418 se indicó que la norma no autorizaba al Estado a que en forma indefinida y arbitraria podía demorar el pago de lo debido a los trabajadores judiciales, por garantizar el pronto pago a los afiliados al nuevo sistema.

3. Otros juzgadores de instancia señalaron que el amparo concedido por la Corte se efectuó sobre solo un caso, razón esta que al entender de la Corte no autorizaba a los jueces de instancia a desconocer la doctrina de la Corte, “en especial ante la evidente falta de regulación legal expresa sobre la situación planteada por la aludida discriminación”⁸¹.

La Corte amonesta a los jueces en especial sobre esta última razón y les señala que incluso la propia Corte, en las actuaciones de sus salas de revisión está obligada a acatar el sentido y las consecuencias jurídicas de sus precedentes que integra su doctrina constitucional,

...a tal punto que los cambios en las directrices jurisprudencia de dichas salas deben ser adoptados exclusivamente por la Sala Plena de la Corporación, so pena de nulidad del correspondiente fallo si ello se aplica al máximo organismo dentro de la jurisdicción constitucional, carece de justificación que los jueces inferiores dentro de esa jurisdicción, que lo son todos los jueces de la República, se apartan sin argumentos de la doctrina constitucional expresa y reiterada de la Corte⁸².

La Corte encuentra que en todos los casos revisados los jueces de instancia se apartan del precedente sin argumentar el porque de la separación. Con esto de presente la Corte revoca 244 fallos de instancia en los hechos son perfectamente coincidentes con los hechos que dieron origen al precedente constitucional, confirman 9 eventos en los que se concedió el amparo y confirma sólo un caso en el que se negó la tutela por no demostrarse un hecho relevante del precedente.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

Para hablar de la penetración de la doctrina de la Corte en 1995 este fallo es una excelente herramienta por las siguientes razones:

1. Se revisó un alto número de fallos de instancia, doscientos cincuenta y tres.
2. Los fallos correspondían a jueces diversos lugares país⁸³, y un buen número de tribunales, lo que nos indica que se trataba de jueces que no están en lugares tan apartados del país y que por consiguiente tienen menores limitaciones para acceder a medios de información, como lo sería un juez promiscuo en un apartado municipio.
3. Se trataba de un precedente consolidado en varias sentencias de la Corte en la que se amparan derechos similares a los invocados por las partes de los fallos revisados.

De los resultados de esta revisión y control que hace la Corte que hasta 1995, se concluye que el grado de penetración de la doctrina de la Corte en los altos operadores de instancia es muy bajo. Sobre esta macro revisión concluye el profesor López que “mientras en la Corte Constitucional se va formado un consenso sobre la obligatoriedad de su jurisprudencia, los jueces llamados a obedecerla continúan trabajando de manera aplastantemente predominante sobre la teoría tradicional del valor del fallo judicial”⁸⁴. La eficacia del precedente a 1995 es a la luz de estos datos bastante baja revelando un desconocimiento del precedente constitucional bien sea por ignorancia de los jueces o por entrar en choque con una tradición que parece apuntarle a cuidar una autonomía, apenas limitada por la ley, de los jueces en sus decisiones.

3.3.2 Estudio de casos en operadores de instancia, segundo referente: precedente fuero de maternidad. Con el objeto continuar con el estudio acerca de la penetración de los precedentes jurisprudenciales elaborados por la Corte observaremos la consolidación de uno de ellos, para esto se tomará el método del análisis dinámico, este estudio nos permite observar el

⁸³ Fallos proferidos por la 3 Salas de la Corte Suprema de Justicia, 4 Secciones del Consejo de Estado, 14 Tribunales entre ellos los Tribunales Superiores de Barranquilla, Bogotá, Medellín, Cali, Villavicencio, San Gil, Ibagué, Montería, Antioquia, Tunja, Cúcuta y Popayán y los Tribunales Administrativos de Santander, Quindío y Valle. Por Juzgados del Circuito de Bogotá, Barranquilla, Cali, San Gil, Medellín y Florencia y Juzgados Municipales de Bogotá.

⁸⁴ LÓPEZ, Diego, Op. Cit. p. 40.

desarrollo de la penetración de la doctrina del precedente a nivel nacional durante los años 1998 a primer semestre de 2005⁸⁵. La línea jurisprudencial ha observado será la del fuero legal de maternidad⁸⁶. Se ha escogido la observación de este problema jurídico por considerar que su desarrollo ha llevado a la consolidación de un precedente jurisprudencial bien definido en donde se espera que casos con hechos análogos oriente su solución teniendo como guía las subreglas prescritas en el precedente.

El desarrollo de la línea se tuvo como objeto dar respuesta al problema acerca de si ¿la protección a la mujer embarazada, en virtud de la cual se establece un fuero de maternidad en su favor, es un derecho de rango constitucional fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela? Al primer semestre de 2005 tenemos como sentencia arquimedica la T-369 de 2005, en los hechos una mujer es desvinculada de su trabajo durante el periodo de protección laboral a la maternidad. La línea de desarrollo del problema jurídico nos remite a la sentencia T- 527 del 92 como sentencia fundadora que niega el amparo, hasta llevarnos a la T-373 de 1998 como sentencia hito en donde se consolidan las subreglas. Se ha obtenido del seguimiento de esta línea un claro precedente que nos señala que el fuero laboral de maternidad es un derecho de rango constitucional susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela. Configura el precedente cinco subreglas, que siempre que se observen en el hecho concreto dará como resultado la obtención del amparo.

Las subreglas constitucionales en el presente caso son:

- (1) Que existe una vinculación laboral – o reglamentaria - entre la parte actora y la persona o entidad accionada
- (2) Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto;
- (3) Que la desvinculación se produjo sin los requisitos pertinentes para cada caso;
- (4) Que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora, lo que supone la existencia de una notificación;

⁸⁵ En este caso se trata de estudiar 57 fallos de instancia que revisa la Corte, no es un número tan elevado como el anterior pero nos permite formarnos una idea sobre el problema en estudio.

⁸⁶ Para mayores precisiones sobre el análisis dinámico puede verse la obra citada del profesor Diego López, y para remitirse a detalles de la línea en cuestión puede verse AGUIRRE, CASTRO, PALACIO Y PABÓN en Op. Cit. En esta parte del trabajo se actualizan los resultados presentados en el trabajo de la referencia.

(5) Que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y comporta un daño grave y notorio

De 1998 al primer semestre de 2005 los demás pronunciamientos de la Corte han sido reiteración de jurisprudencia que confirman el precedente.

Con esto en mente pasamos a interrogarnos acerca de cómo ha sido la penetración de este precedente en los operadores de instancia.

Lo primero que haremos será observar el comportamiento de los jueces cuya sentencia fue revisada por la Corte durante la consolidación de la línea (1998 y primer semestre de 2005). Tomamos en consideración 57 fallos de tutela revisados por la Corte Constitucional durante el periodo mencionado, de los cuales podemos extraer los siguientes datos:

Decisiones de primera instancia:

De 57 sentencias de tutela de primera instancia revisadas 48 fueron negadas y 9 concedidas⁸⁷.

Razones para negar recurso en primera instancia:	
Existencia de otro mecanismo de defensa	29
No se probó la notificación del embarazo al empleador	10
No se afecta el mínimo vital	4
Otras	5

Decisiones de segunda instancia:

De 57 tutelas llegaron a segunda instancia 39 fallos, todos ellos negados por los jueces de tutela.

Razones para negar tutela en segunda instancia:	
Existe otro medio de defensa judicial	18
No se notificó el embarazo al empleador	5
No se prueba la afectación al mínimo vital	2
Otras	14

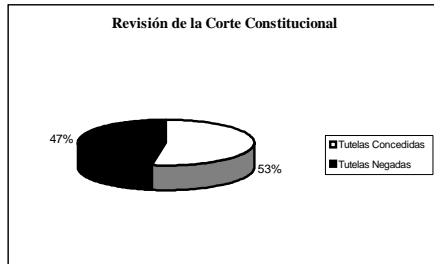
⁸⁷ Se debe anotar que para mediados del año 2003 y desde el 98 esa cifra era en primera instancia de 35 sentencias negadas y dos concedidas.

Revisión de la Corte Constitucional

En revisión de las 57 tutelas la Corte actuó así:

Fueron confirmados 27 fallos que negaron tutela.

Fueron revocadas 30 tutelas que negaban tutela y en consecuencia se concedieron 30.



Fue revocado un fallo que concedió el recurso, pero se permitió mantener la protección transitoria que se hizo al derecho a la salud que se otorgo a la madre y al nacido.

Los fallos que se negaron fueron en su mayor parte por no poder probarse la notificación al empleador, por no existir prueba de la afectación al mínimo vital o por existir una causa objetiva (como la terminación de la obra para la que fue contratada).

Tutelas por ciudades	
Bogotá:	27
Cali:	10
Barranquilla:	9
Medellín:	4
Otras	7

Como se observara los fallos fueron proferidos en su gran mayoría en ciudades de alta complejidad y si se quiere de centro, las restantes siete corresponden a municipios pequeños.

De la lectura de estos datos podemos concluir que los jueces de tutela no están aplicando el precedente que en esta materia ha establecido la Corte Constitucional⁸⁸. Desde 1998 la Corte ha definido las subreglas a tener en cuenta a la hora de resolver situaciones relacionadas con despido relacionados con la maternidad.

Es sorprendente como los jueces de instancia siguen resolviendo las peticiones enviando a las mujeres a la jurisdicción ordinaria considerando que se enfrentan a un derecho de mero rango

⁸⁸ Al completar la lectura de los fallos del 2003 al primer semestre del 2005 y leer los datos obtenidos se llegan las mismas conclusiones observadas en el trabajo de la referencia.

legal y que por tanto existe otro mecanismo judicial de defensa diferente a la tutela, aunque en el periodo entre el 2003 y primer semestre de 2005 se han incluido otras causas para negar el amparo como la no notificación al empleador, sigue manteniéndose la existencia de otro mecanismo de defensa judicial como principal razón para argumentar la negación del amparo.

Sin embargo lo más sorprendente de estos datos es que en segunda instancia no se concedan ningún recurso, a pesar de que son superiores los jueces que resuelven, lo que hace pensar en una mayor complejidad en sus actuaciones y de un mayor grado de conocimiento de lo que sucede a nivel de los altos tribunales. Los falladores de segunda instancia son jueces del circuito, tribunales y hasta la Honorable Corte Suprema de Justicia.

No existe sustentación alguna sobre el por qué de la separación de los falladores de instancia de la doctrina constitucional sentada por la Corte. Solo unos pocos jueces hacen alusión a las subreglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte, pero su apreciación de los hechos no es correcta a la hora de empatarlos con las subreglas.

El nivel de *penetración* que podemos observar en esta etapa es muy bajo. En esta materia no se muestra ni siquiera un aumento de tal *penetración* en la medida en que se va ascendiendo por la jerarquía judicial (de la primera instancia: jueces municipales y del circuito, a la segunda: Tribunales Superiores de Distrito). Ni siquiera tratándose de funcionarios judiciales del “centro” (Bogotá, Cali, Barranquilla, Medellín que son las ciudades cuyas sentencias de instancia se han revisado principalmente) la obligatoriedad del precedente en este asunto (protección especial a las mujeres embarazadas) no ha sido verdaderamente respetada, con lo que de nuevo la conclusión a nivel nacional es de un grado muy bajo de penetración.

3.3.3 Estudio de casos en operadores de instancia, tercer referente: precedente procedencia de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad. Se toma como referencia para nuestro estudio el caso de la una de las líneas más elaboradas por la Corte en materia de licencia de maternidad⁸⁹, para cuyo análisis tomaremos el método aplicado en el numeral anterior. Este estudio nos permite observar el desarrollo de la penetración de la doctrina del precedente a nivel nacional durante los años 1999 a primer semestre de 2005⁹⁰. Se ha escogido la observación del problema jurídico de la protección del derecho al descanso remunerado después del parto de la madre y a su menor recién nacido por considerar que su desarrollo ha llevado a la consolidación de un precedente jurisprudencial bien definido en donde

⁸⁹ Para este tema encontramos tres líneas jurisprudenciales sobre licencia de maternidad, la primera tiene que ver con la negación del pago de licencias a las mujeres que estaban dentro del transito legislativo en materia de seguridad social y prestaciones económicas línea que ya no tiene aplicación, la segunda tiene que ver con el especial caso de las madres comunitarias que tenían un régimen de afiliación especial y la tercera que es la línea mas prolifera en reiteración de precedente en la que se establecen las cuatro subreglas de actual aplicación y que nos interesa para el presente trabajo.

⁹⁰ En este caso se trata de estudiar 158 fallos de instancia que revisa la Corte, número que nos permite formarnos una idea sobre el problema en estudio, en el panorama nacional.

se espera que casos con hechos análogos oriente su solución teniendo como guía las subreglas prescritas en el precedente.

El desarrollo de la línea tuvo como objeto dar respuesta al problema acerca de si ¿Se vulnera el derecho a la vida digna y a la seguridad social en conexidad con el derecho al mínimo vital de la madre y su menor hijo como consecuencia del no pago de la licencia de maternidad cuando hay mora en la en la cancelación de los aportes y la EPS se allano a la mora?

Al primer semestre de 2005 tenemos como sentencia arquímica la T-796 de 2005, en los hechos una mujer reclama el pago de la licencia de maternidad la cual fue negada por el pago extemporáneo de los aportes, sin que la EPS se negara a recibir el pago o hiciera uso de alguna acción para lograr el pago oportuno. La accionante considera que fue vulnerado su derecho mínimo vital y el de su hijo recién nacido con la negativa de la EPS de hacer efectivo el pago de la prestación. La línea de desarrollo del problema jurídico nos remite a la sentencia T- 365 del 99 como sentencia fundadora⁹¹, a la señora le es negado el pago de su licencia de maternidad por haberse realizado el pago en forma extemporánea, y con el respectivo recargo. El juez de tutela niega el amparo por considerar que existen otros mecanismos de defensa y que de no usarlos se violaría el derecho de defensa de la accionada.

Las consideraciones de la Corte inician con reiteradas consideraciones sobre la especial protección de que goza la maternidad en nuestra Constitución, en el derecho internacional y en jurisprudencia de la Corte. La Corte se refiere a la naturaleza del pago por licencia de maternidad en donde señala que este:

...tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre⁹².

La Corte en este pronunciamiento se reafirma en el reconocimiento de derechos “especiales” a sujetos de prioritaria protección como los adultos mayores, los niños y las mujeres gestantes o lactantes, discriminación que se hace conforme a las disposiciones constitucionales del artículo 43 y 53 de nuestra actual Carta Política, y reitera los casos en los que procede la acción de tutela para el pago de prestaciones económicas por vulnerarse el derecho al mínimo vital. En el

⁹¹ Aunque es recurrente la cita de la sentencia T-568-96, la descartamos como sentencia fundadora por tratarse de hechos diferentes a los de la línea objeto de estudio, sin embargo este fallo es de gran importancia pues sus consideraciones sobre la protección especial a la mujer después del parto y a su menor hijo, y sobre la importancia de la consagración legal de la prestación por licencia de maternidad, van marcando las futuras consideraciones de la Corte sobre este tema.

⁹² Corte Constitucional Sentencia T- 365-99.

caso en concreto la Corte revoca el pronunciamiento del juez de instancia en consideración a la especial protección de la madre lactante y su menor hijo a quien se vulnera el derecho al mínimo vital por la negativa de la EPS a cancelar la licencia de maternidad aduciendo el pago extemporáneo de aportes cuando la misma EPS contempla esta posibilidad si se pagan intereses.

La línea inicia con dos subreglas de aplicación para la procedencia del amparo la afectación al mínimo vital y el allanamiento a la mora, en septiembre de 2000 con la sentencia T-1160-00 se agrega una subreglas mas, en donde se menciona en el caso revisado que el asunto se sale del ámbito de la jurisdicción laboral siempre que afecte el mínimo vital y la EPS se allane a la mora salvo en aquellos caos en que el amparo se reclame por fuera del periodo de la licencia de maternidad. A partir de este pronunciamiento en donde la Corte confirma los fallos de instancia que revisa por considerar que al solicitarse el amparo luego de pasado el termino de la licencia indica que el perjuicio ya fue causado y que por lo tanto es un asunto de la jurisdicción laboral. Con esto se agrega otra subregla para los demás pronunciamientos.

La línea jurisprudencial de la licencia de maternidad encuentra un cambio de jurisprudencia en la sentencia T-999 de 2033, que a la vez se configura como sentencia hito en donde se consolidan las subreglas jurisprudenciales sobre la materia. En esta sentencia la Corte Constitucional aplica su propia doctrina acerca de la movilidad y cambio del precedente, que señala dicha posibilidad siempre que se motive en forma razonada el cambio y cuando las circunstancias fácticas así lo ameriten. La necesidad de este cambio se señaló en el salvamento de voto de la sentencia T-851-03 en donde el Magistrado Rentería se aparta de la decisión mayoritaria por considerar que negar el amparo a los derechos invocados por haber pasado el termino de los 84 días que la ley señala como termino de la licencia, se aparta de los supremos intereses que protege la Constitución al brindar especial protección a los menores y a la maternidad.

El cambio de precedente ha sido justificado por la Corte con básicamente dos consideraciones, la primera de orden fáctico, la Corte observa que las EPS se han aprovechado de la jurisprudencia de la Corte que restringe el termino para invocar la protección igualándolo al termino de duración de las licencias, y han empezado a para dilatar injustificadamente los tramites y la respuesta a las madres que solicitan la remuneración por licencia de maternidad, lo que ha hecho que cuando estas se resuelvan a interponer el recurso ya estén por fuera del ámbito de protección que se había señalado, por otro lado encuentra ajustado el cambio jurisprudencial a los lineamientos que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año en materia de seguridad social, en donde se les protege aún sin tener un régimen de seguridad social definido (art. 50 C.P.). La Corte concluye sobre este asunto que “la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo”⁹³.

⁹³ Corte Constitucional Sentencia T- 999-03.

Esta línea resulta muy interesante porque permite observar un caso en donde la misma Corte haciendo uso de su doctrina del precedente modifica un precedente que resulto siendo en parte inconveniente y lo optimiza dándole movilidad al derecho y evitando que se conservara injustificadamente una regla por ella misma propuesta.

Del seguimiento de esta línea jurisprudencial podemos concluir que se ha configurado un claro precedente que señala que el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho de rango constitucional susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela siempre que se reúnan las condiciones previstas por la Corte. Configura el precedente cinco subreglas, que siempre que se observen en el hecho concreto dará como resultado la obtención del amparo.

Las subreglas constitucionales para el caso de la procedencia del amparo de licencia de maternidad son:

- (1) El pago de la licencia de maternidad en principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de protección por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre y del recién nacido, derechos tales como la vida digna, la seguridad social y la salud. Cuando estos derechos se ven vulnerados el derecho al pago de la licencia de maternidad se convierte en un derecho fundamental por conexidad y por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.
- (2) Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral y de la seguridad social, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela con el fin de evitar un grave perjuicio que no podría evitarse si la madre no tiene otro recurso que la justicia ordinaria.
- (3) La entidad obligada a realizar el pago es la empresa promotora de servicios de salud, con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados en forma extemporánea, es él el obligado a cancelar la prestación económica.
- (4) Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto aquella no puede negar el pago de la licencia, pues teniendo los medios para hacer efectivo el pago no tuvo a bien utilizarlos.

- (5) Para que la vulneración del mínimo vital por la falta de pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica sea planteado por la madre ante los jueces de tutela dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo.

Desde 2003 los demás pronunciamientos de la Corte han sido reiteración de jurisprudencia que confirman el precedente descrito.

Con esto en mente pasamos a interrogarnos acerca de cómo ha sido la penetración de este precedente en los operadores de instancia.

Lo primero que haremos será observar el comportamiento de los jueces cuya sentencia fue revisada por la Corte durante la consolidación de la línea (1999 y primer semestre de 2005). Tomamos en consideración 158 fallos de tutela revisados por la Corte Constitucional durante el periodo mencionado, de los cuales podemos extraer los siguientes datos:

Decisiones de primera instancia:

De 158 sentencias de tutela de primera instancia que fueron revisadas por la Corte fueron negadas 136 y concedidas 22. Como existe una regla que fue modificada por la Corte durante el periodo que se revisa, dividiremos en dos las razones de la negación.

Antes de la sentencia T-999 de 2003, las razones de los jueces de primera instancia para negar eran las siguientes:

Razones para negar recurso en primera instancia:	
Existencia de otro mecanismo de defensa	36
No se probó la afectación al mínimo vital	9
Por probarse que existió mora en el pago de los aportes en salud/ no cumple los requisitos legales	9
Se interpuso la tutela después del vencimiento del término de la licencia	6
Otra	1

Luego de la sentencia T-999-03 las razones para negar el amparo fueron:

Razones para negar recurso en primera instancia:	
Existencia de otro mecanismo de defensa	23
No se probó la afectación al mínimo vital	13
Por probarse que existió mora en el pago de los aportes en salud/ no cumple los requisitos legales	16
Se interpuso la tutela después del vencimiento del término de la licencia	21
Otra	3

En primera instancia se concede el recurso:

Razones para conceder	
Se cumple con los requisitos de ley	2
Por allanamiento a la mora	12
Se protege el mínimo vital	5
Se ampara el derecho de petición	2
Otras:	2

Decisiones de segunda instancia:

En segunda instancia los jueces fallaron 71 tutelas que se apelaron de la siguiente forma:

- Se confirmaron 52 fallos de primera instancia que negaban el amparo.
- Se revocaron 18 fallos que en primera instancia ampararon el derecho.
- Se confirma solo un fallo de primera instancia que concedió el amparo, porque el juez considero que la EPS se allanó a la mora.

Antes de la T-999-03

Razones para negar recurso en segunda instancia:	
Existencia de otro mecanismo de defensa	14
No se probó la afectación al mínimo vital	8
Por probarse que existió mora en el pago de los aportes en salud/ no cumple los requisitos legales	10
Se interpuso la tutela después del vencimiento del término de la licencia	3

Después de la T-999-03

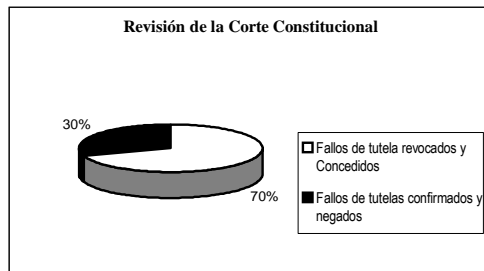
Razones para negar recurso en segunda instancia:	
Existencia de otro mecanismo de defensa	10
No se probó la afectación al mínimo vital	5
Por probarse que existió mora en el pago de los aportes en salud/ no cumple los requisitos legales	9
Se interpuso la tutela después del vencimiento del término de la licencia	19
Otra	4

Revisión de la Corte Constitucional

En revisión de las 158 fallos de tutela la Corte actuó así:

Se confirmaron 48 fallos que negaron tutela y tres que concedieron el amparo

Fueron revocados 107 fallos que negaban tutela y en consecuencia se concedió el amparo de esos 107 recursos.



Los fallos en los que se confirmó la negación del amparo, en su mayoría se confirman por razones diferentes a la que utilizaron los jueces que profirieron las sentencias objeto de revisión, se confirman fallos en los que aunque en segunda instancia niegan ya se había efectuado el pago, luego se confirma la negación de segunda instancia por tratarse de un hecho superado. Se confirma la negación del amparo en algunos casos en los que se recurre a la tutela cuando ya ha pasado el tiempo de protección constitucional, casos en los que no existe perjuicio irremediable y solo le queda a la cotizante la vía ordinaria competente en asuntos de seguridad social.

La Corte en su selección revisa fallos de tutela proferidos por diferentes jueces y en diferentes ciudades:

Tutelas por ciudades	
Bogotá:	25
Barranquilla:	15
Cali:	13
Bucaramanga:	13
Valledupar:	8
Medellín:	6
Neiva:	7
Cartagena:	5
Ibagué:	4
Manizales:	4
Santa Marta:	4
Nariño:	4
Montería:	4
Otras:	46

Los fallos fueron proferidos en buena parte en ciudades de alta complejidad y si se quiere de centro, las restantes corresponden a otras capitales de departamento y municipios pequeños. Lo que podemos observar es una variada muestra de fallos de las diferentes regiones.

Operadores	Primera instancia	Segunda Instancia
Juzgados Municipales	93	-
J del Circuito	58	40
Tribunales	7	27
Corte Suprema	-	7

En cuento a los demandados tenemos que en 64 oportunidades el accionado fue el ISS como entidad pública y las restantes 94 corresponden a empresas privadas. Siendo reiterados sujetos accionados algunas EPS en particular.

De la lectura de estos datos podemos concluir que es muy baja la aplicación que están dando los jueces de tutela al precedente que en esta materia ha establecido la Corte Constitucional. Desde 1999 la Corte ha definido las subreglas a tener en cuenta a la hora de resolver situaciones relacionadas con la negación de las EPS a la licencia de maternidad por razones de pago extemporáneo de los aportes y sin embargo muchos jueces persisten en señalar que se trata de un asunto de mero rango legal ante el cual las actoras tienen otro mecanismo de defensa.

Esta línea permite observar un elemento curioso, antes del 2003 los fallos se negaban en su mayoría existir otro mecanismo de defensa judicial, luego del cambio jurisprudencial las razones de negación no variaron mucho, las principales razones para negar el amparo continuaron siendo razones de orden legal: la existencia de otro mecanismo de defensa y la falta del cumplimiento de requisitos legales para efectuar el pago de la licencia. Después del cambio de precedente se revocaron 21 fallos que negaron el amparo porque según el juzgador de instancia ya había pasado el término para amparar el derecho, lo que nos permite afirmar que estos jueces de instancia conocían al anterior precedente y no habían actualizado sus conocimientos en la materia.

En los fallos de tutela que negaron el amparo por considerar que no se vulneró el derecho al mínimo vital de la accionante y que después fueron revocados por la Corte, se observa por las razones de la Corte, que los jueces desconocen las reglas que sobre la tasación de la afectación al mínimo vital ha hecho la Corte. La Corte ha sido clara en señalar que las EPS tienen la carga de la prueba cuando de desvirtuar la afectación al mínimo vital se trata, los jueces de instancia siguen considerando en algunos casos extremos, que si la madre y el menor sobreviven a los 84 días de duración de la licencia entonces no se prueba la afectación al mínimo vital.

Los jueces desconocen los señalamientos de la Corte en materia de mínimo vital, el que se ha definido como aquellos “requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano”⁹⁴. Es por esto que ha precisado la Corte que el mínimo vital no necesariamente coincide con el concepto de salario mínimo ni con el estrato que ocupa el individuo ni con una “valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida”⁹⁵.

Un dato que no deja de sorprender es que en segunda instancia todos los recursos que se concedieron en primera instancia a excepción de uno fueron revocados y los demás fallos que se negaron en primera instancia y que llegaron a segunda instancia apelados por las actoras fueron confirmados. A pesar de que son jueces del circuito, tribunales y altas Cortes son los que resuelven en segunda instancia no se observa que su conocimiento acerca de los dictados del Tribunal Constitucional sean conocidos y acatados, se pensaría que por ser jueces de superior jerarquía existe una mayor complejidad en sus decisiones y un mayor grado de conocimiento de lo que sucede a nivel de los altos tribunales, pero los datos que observamos nos hacen pensar lo contrario. Los falladores de segunda instancia parecen ser jueces más apegados a la vieja tradición legalista, conservadores si se quiere, jueces demasiado inmersos en el campo del

⁹⁴Corte Constitucional, Sentencia SU-995-99.

⁹⁵ Ibid.

derecho en el que se desempeñan y que han dejado de lado los avances del derecho en materia de derechos fundamentales. Estos jueces mas que los municipales, resuelven las tutelas atados a sus campos de acción, los penales niegan las tutelas por existir otro mecanismo de defensa que de ser ignorado vulneraría el derecho a la defensa de las accionadas, los jueces laborales indican que la jurisdicción competente es la laboral y de la seguridad social, los jueces civiles indican que la actora tiene mecanismos como el proceso ejecutivo para recibir el pago que reclama.

No existe sustentación alguna sobre el por qué de la separación de los falladores de instancia de la doctrina constitucional sentada por la Corte. Solo unos pocos jueces hacen alusión a las subreglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte, pero su apreciación de los hechos no es correcta a la hora de empatarlos con las subreglas, esto se observa con mayor frecuencia en materia de mínimo vital. Muchos jueces le conceden la razón a las demandadas al observar que niegan la licencias de maternidad amparados en razones de orden legal.

En esta línea observamos como en la anterior, que el nivel de *penetración* que podemos observar es bajo. En esta materia no se muestra ni siquiera un aumento de tal *penetración* en la medida en que se va ascendiendo por la jerarquía judicial. Ni siquiera tratándose de funcionarios judiciales del “centro” la obligatoriedad del precedente en este asunto (la protección especial a las mujeres durante el periodo de descanso remunerado después del parto) no ha sido verdaderamente respetada, con lo que de nuevo la conclusión a nivel nacional es de un bajo grado de penetración.

3.4 LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE A NIVEL REGIONAL

Nos hemos querido ocupar en este apartado de la forma en que se aplica en precedente constitucional en general y los precedentes en particular que hemos venido estudiando en el Tribunal Superior de distrito de Bucaramanga, para esto hemos realizado la revisión de los fallos de tutela de segunda instancia proferidos en el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga.

El tribunal superior de Bucaramanga esta dividido en tres salas, Civil y de Familia, Laboral y Penal, cada sala se subdivide en salas integradas por tres magistrados, salas que son segunda instancia en los procesos de tutela que conocen los jueces del circuito.

La metodología adoptada fue la de hacer la revisión de fallos en las secretarías de cada una de las salas del tribunal, recopilando los datos que ya hemos venido analizando para el caso de los fallos revisados por la Corte Constitucional.

3.4.1 Estudio del precedente del fuero de maternidad en las tutelas resueltas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en segunda instancia: Este precedente se intento revisar todos los fallos del tribunal desde 1998 fecha en que se configura el precedente del fuero legal de maternidad, hasta el segundo semestre de 2005. Analizaremos por separado cada una de las salas del Tribunal y los datos encontrados en cada una de ellas.

3.4.1.1. Sala Civil y de Familia: En esta sala se logró hacer la revisión de fallos desde el año propuesto, allí se encontraron solo cuatro fallos de segunda instancia sobre fuero legal de maternidad. De dichos fallos se extrajeron los siguientes datos y consideraciones:

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Septiembre de 2001
Hechos:	Una mujer es despedida durante la lactancia, su labor continuó siendo prestada por otra persona. La trabajadora fue despedida sin el pago de la licencia de maternidad
Demandado:	Empresa Privada, sociedad anónima, de servicios temporales
Demandante:	Mercaderista-impulsadora
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Octavo Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo ordenando el reintegro como mecanismo transitorio. Concedió la tutela con el fin de proteger el derecho al trabajo, a la maternidad y a la vida digna, imponiendo a la accionante el deber de acudir a la vía laboral en el termino de cuatro meses, pero extendiendo los efectos de la tutela hasta tanto se resolviera el asunto en la justicia ordinaria.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	REVOCA: El accionado impugna el fallo de primera instancia. La Sala considera que la acción de tutela puede invocarse cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio. Considera la Sala que el asunto en cuestión es un debate que debe resolverse a través de la vía ordinaria, y que si bien es cierto que esta de por medio el sustento del menor también es cierto que “el derecho a suministrar la correspondiente cuota le concierne a su respectivo progenitor” (Folio 6, fallo de la referencia). Señala la sala que “el presunto despido no se produjo durante el embarazo, o por causa del mismo; y mucho menos – por causa injustificada- durante el periodo de la lactancia” (Folio 7), porque se trataba de un contrato pactado por el termino que durara la labor o la obra. Si la causa fue o no justa, y quien debe pagar la licencia es un asunto de la jurisdicción laboral.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-373-98

En este fallo la sala si bien parece conocer el precedente de la Corte Constitucional no lo aplica, no hace el análisis de las reglas consagradas en el precedente citado, podría señalarse que la única consideración que hace sobre el mínimo vital tiene que ver con la obligatoriedad de dar

alimentos al menor señalando que esta obligación recae en el progenitor y sin hacer ninguna otra consideración ni tener en cuenta lo señalado por la alta corporación sobre el mínimo vital. Este es un caso análogo a casos en donde la Corte ha aplicado su precedente y ha concedido la protección.

Se observa que el juzgador no emplea ninguna de las técnicas para separarse del precedente establecidas por el superior, con lo que estaría no sólo separándose del precedente, sino además infringiendo el mandato que se le impone en el sentido de argumentar los motivos de la no aplicación del precedente, si fuera el juzgador hubiere considerado que se trataba de un caso al que debía dársele otro trato.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	octubre de 2001
Hechos:	Una mujer notifica por escrito al empleador su estado de embarazo, y dos días después el empleador da por terminada la relación laboral.
Demandado:	Empresa Social del Estado
Demandante:	Trabajadora de la salud
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Octavo Civil del Circuito conoció en primera instancia, al igual que en caso anterior dicho juzgador concedió el amparo ordenando el reintegro como mecanismo transitorio. Concedió la tutela con el fin de proteger el derecho al trabajo, a la maternidad y a la vida digna, imponiendo a la accionante el deber de acudir a la vía laboral en el término de cuatro meses, pero extendiendo los efectos de la tutela hasta tanto se resolviera el asunto en la justicia ordinaria.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: El accionado impugna el fallo de primera instancia. La Sala con dos magistrados iguales al del anterior pronunciamiento considera que la acción que la acción es procedente con el objeto de proteger el derecho al mínimo vital de la accionante y su menor hijo, y en consideración a la especial protección que ha dado la Constitución a la maternidad.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-373-98

Es curioso como en dos casos en donde se reúnen los mismos presupuestos para conceder el amparo del derecho, con tan solo un mes de diferencia entre uno y otro solo se conceda en el último el amparo, aun tratándose de dos salas que coinciden en su composición, en dos de los tres magistrados que la integran, magistrados entre los que están los ponentes de uno y otro fallo. La sala confirma el amparo a la protección sin mayores consideraciones, sin mayor análisis de las subreglas jurisprudenciales y acogiendo los argumentos del juez de primera instancia. A pesar de conceder el amparo y de citar la sentencia hito de este precedente no hay un acatamiento estricto del precedente constitucional, pues no se hace un estudio de las reglas aplicadas al caso en concreto.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Junio de 2003
Hechos:	Una mujer notifica a su empleador en forma verbal su estado de embarazo, tiempo después al vencimiento del contrato no le renuevan la vinculación, a pesar de que verbalmente le señalaron que si la requerían para continuar su labor.
Demandado:	Empresa de servicios públicos
Demandante:	Auxiliar de oficina
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Tercero Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo ordenando el reintegro. Concedió la tutela con el fin de proteger a la maternidad y a la vida digna.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	REVOCA: El accionado impugna el fallo de primera instancia. La Sala considera que no existe prueba de que se surtiera la notificación y que al no existir prueba de ello se entiende que la terminación del contrato se produjo por la expiración del término en que se pacto.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-167-98, T-426-98, T-1633-00, T-426-98, C-588-95, C-016-98.

En este caso podemos considerar que la Sala hace un examen más juicioso de lo que han sido los pronunciamientos de la Corte en el tema. Sin embargo la Sala no examina si el embarazo se trata o no de un hecho notorio, evento en el que no era necesario que la trabajadora informara en forma escrita sobre su estado. La Sala no tienen en consideración la fecha de la no renovación del contrato, ni la del inicio del embarazo con el fin de determinar la notoriedad o no del embarazo, aspecto que debió ser considerado con el fin de establecer si era necesaria la notificación que no se pudo probar y sobre la que existía controversia entre las partes.

La Sala no considera la posibilidad de decretar pruebas de oficio, practica que le hubiera permitido al juzgador esclarecer los hechos que no se lograron probar y que hubieran podido definir otra solución al caso.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Enero de 2005
Hechos:	La trabajadora informo en forma verbal de su estado de embarazo cuando tenía 11 semanas de embarazo. Cuando tenía tres meses de embarazo terminó el contrato y no se lo renovaron
Demandado:	Empresa Social del Estado
Demandante:	Auxiliar de enfermería
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Séptimo Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo ordenando el reintegro de la trabajadora. Concedió la tutela con el fin de proteger a la maternidad y a la vida digna, y por considerar que se probó en forma suficiente que el empleador tenía conocimiento del embarazo a la hora de no renovar el contrato.

Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	REVOCA: El accionado impugna el fallo de primera instancia. La Sala considera que no existe prueba de que la trabajadora hubiere notificado su estado de embarazo al empleador y que no se trataba de un hecho notorio.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-736-99, T-735-00

En este fallo podemos señalar que existe una mayor penetración del precedente constitucional sobre la materia, la sala revisa aspectos que no había tenido en cuenta en fallos anteriores, existe un desacuerdo con el juzgador de primera instancia acerca de si el embarazo era un hecho notorio o no y por ende sobre la necesidad de que se surtiera la notificación por escrito al empleador, pero en general se observa la evolución de la penetración de la doctrina constitucional de la Corte en este aspecto.

En este punto, una vez finalizada esta primera revisión se debe aclarar que se ha hecho una lectura de los fallos de la Sala sobre el tema en forma lineal para observar la evolución del desarrollo de casos análogos. En general podemos señalar que la penetración de este precedente a nivel de sala civil ha sido muy lenta, el primer caso se resolvió en el 2001 luego de tres años de consolidación del precedente en esta materia. A la Sala solo han llegado cuatro casos en apelación lo que de alguna manera pude explicar la falta de estudio sobre el tema.

A pesar de que luego de tres fallos el cuarto es un poco mas completo aun no se hace en forma completa el análisis de los elementos señalados por la Corte Constitucional. Del desarrollo de la línea de fuero legal de maternidad en la Sala Civil y de Familia no nos atrevemos a formular otras apreciaciones pero si se deja entrever que el proceso de adopción del precedente constitucional es muy lento, que los magistrados de la Sala tomaron mucho tiempo en incluir los argumentos de la Corte dentro de sus consideraciones a la hora de resolver los casos y que solo se estaba haciendo alusión a las subreglas jurisprudenciales sin que se hiciera un estudio juicioso de los hechos en concreto vinculados al precedente. Se observa que se cita en forma aislada los argumentos de la Corte sin aplicarlos al caso en concreto, factor que es vital para la aplicación de un precedente.

3.4.1.2. Sala Laboral: Esta es una sala muy pequeña, integrada por tres magistrados. Los jueces laborales del circuito son sólo cuatro de manera que el número de posibles fallos de tutela a resolver en segunda instancia es muy limitado, pues a estos jueces se reparte un número inferior de tutelas. En esta sala solo se pudo hacer la revisión desde el 2001 hasta el segundo semestre del 2005, la revisión no logro extenderse hasta el año propuesto inicialmente porque no fue posible acceder a las fuentes, ya que solo están disponible en la secretaría de la Sala los fallos a partir de la fecha señalada, de los fallos anteriores al 2001 no se tiene un archivo que pueda ser consultado.

Se debe anotar que el número de casos que llegan a la Sala Laboral para conocer en segunda instancia, es menor que los que debe resolver la sala Civil y de familia, esto pues el número de jueces laborales que conocen en primera instancia es mucho menor al número de jueces civiles y de familia, sin embargo de los fallos revisados se encontraron nueve fallos de segunda instancia sobre fuero legal de maternidad, un número que dobla a los encontrados en la Sala Civil en casi igual periodo de tiempo, recordemos que en la Sala Civil a pesar de poder hacer la revisión de fallos desde el 98, fecha en que se establece el precedente, es hasta el 2000 que se registran fallos sobre el tema, de manera que los periodos a estudiar en cada Sala no son muy diferentes, lo que nos permitirá hacer algunas comparaciones. De los nueve fallos que reposan en la Sala Laboral sobre fuero de maternidad se extrajeron los siguientes datos:

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Abril de 2001
Hechos:	Una mujer que tienen contrato a término indefinido desde el 2000, en el 2001 se practica prueba de embarazo cuyo resultado es positivo, ese mismo día le cuenta a la jefe de patio quien le comunicó al gerente, a los pocos días le cancelaron el contrato de trabajo y le hacen el pago de la indemnización por despido injusto.
Demandado:	Empresa Privada.
Demandante:	Vendedora
Primera Instancia	NEGO: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito por considerar que existe otro mecanismo de defensa judicial.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considero que el embarazo debe notificarse al empleador por un medio idóneo. La empleadora comunicó en forma escrita al empleador el embarazo dos días después de que el empleador le notificara la terminación del contrato. Por esta razón la sala considera que el embarazo no fue la razón determinante de la cancelación del contrato, y que no se puede acreditar perjuicio alguno pues el empleador liquidó y pagó la indemnización por despido injusto.
Jurisprudencia Citada por la Sala	CSJ Sala Laboral, sentencia de 19 de noviembre del 86.

En este fallo la sala analiza dos de los aspectos del precedente de fuero de maternidad, y hace la aplicación de algunas subreglas al caso concreto, sin embargo es cuestionable, que no se practicasen pruebas para corroborar la versión de la actora en el sentido de que ella informó de manera verbal su estado de embarazo a la jefe de piso, lo que hubiera podido llevar al juzgador a una conclusión diferente a la que tomo.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Septiembre de 2001
Hechos:	La señora tiene un contrato de prestación de servicios, manifiesta que la no renovación del contrato se produjo como consecuencia de la comunicación que hiciera de su embarazo.

Demandado:	Entidad Pública
Demandante:	Trabajadora de la educación
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito conoció en primera instancia, el juez consideró "que el cobro de salarios dejados de pagar y el reintegro son asuntos que se salen de la orbita de la tutela y si se usa es para esquivar la justicia ordinaria". Existe otro mecanismo de defensa judicial.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La Sala considera que definir la naturaleza del contrato no es competencia del juez de tutela, asunto indispensable para determinar si se trata o no de despido. Por otro lado la actora interpuso la acción 19 meses después de vencido el contrato, lo que indica que no existe la inmediatez con que se requiere del amparo que brinda la tutela. La tardanza en la interposición de la tutela desvirtúa la existencia de un perjuicio y de la gravedad de los hechos. Por otro lado la señora reclama derechos de orden legal tales como salarios y licencias, y para hacer efectivos estos derechos existen otros mecanismos de defensa judicial.
Jurisprudencia Citada por la Sala	C-543-92, SU-961-99

En este caso la Sala no revisa expresamente si se configuran o no los elementos para conceder el amparo, desde la óptica del precedente constitucional sobre la materia. La Sala acoge otro tipo de argumentos sin integrar las reglas para los hechos del caso, la Sala revisa la procedencia excepcional de la acción de tutela al estudiar la fecha en que se interpuso el amparo y la existencia del daño consumado al dejar pasar tanto tiempo entre el presunto hecho vulneratorio y la solicitud del amparo, es un fallo interesante porque se hace aplicación de otras subreglas que permiten descartar el amparo por improcedente sin hacer la revisión de las subreglas jurisprudenciales sobre amparo de maternidad.

Se observa que en este caso la Sala se separa en forma legítima de la aplicación del precedente que la vincula, en la medida en que acata los señalamientos de la Corte Constitucional en materia de separación de su doctrina, al justificar debidamente la decisión que adopta.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Septiembre de 2001
Hechos:	La señora quiere que la reintegren en su labor, paso carta de renuncia y luego cuando se entero del embarazo solicito reintegro, el cual fue negado por el empleador.
Demandado:	Empresa privada
Demandante:	Cajera
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Cuarto Laboral conoce en primera instancia y niega el amparo por considerar que la actora se desvinculó voluntariamente de su cargo y nada obliga a su empleador a reintegrarla cuando ella voluntariamente se separo de su labor.

Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que la actora renunció previamente y luego manifestó su estado de embarazo con el fin de obtener el reintegro.
Jurisprudencia Citada por la Sala	Sin citas.

En este no es en estricto sentido un caso análogo a los casos en que se aplica el precedente, pero igual la sala revisa el momento de la notificación, elemento del precedente, para adoptar su decisión, lo que de cierta forma indica que la sala conoce le precedente.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Agosto de 2001
Hechos:	La trabajadora afirma haber notificado a su empleador su estado de embarazo, y cita a dos testigos que pueden dar fe de eso. Una de las testigos confirma la versión de la actora en el sentido de que era de conocimiento del empleador su condición de mujer embarazada, pues todos en la empresa se enteraron porque la señora sufrió en forma evidente y pública sus síntomas. La otra testigo manifestó no tener conocimiento sobre el conocimiento o no del empleador.
Demandado:	Empresa de servicios públicos
Demandante:	Secretaria
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo ordenando el reintegro de la trabajadora. Concedió la tutela con el fin de proteger a la maternidad y a la vida digna, y por considerar que el despido vulnera el fuero de maternidad.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	REVOCA: La sala considero que de los testimonios no se podía concluir nada de manera que no existe prueba de la notificación, el empleador no sabia que la señora se encontraba en estado de embarazo, de manera que el despido no es por causa del embarazo.
Jurisprudencia Citada por la Sala	Sin citas

En este fallo podemos señalar que si bien la Sala conoce el precedente no conoce los criterios de aplicación e interpretación que ha desarrollado la Corte y en especial los que tiene que ver con la prueba, la Corte ha aceptado que testimonios que indiquen que los demás trabajadores tenían conocimiento del hecho del embarazo y mas aún en el caso de una secretaria que es cercana a los cargos de dirección, es posible predicar que el empleador tuviera conocimiento. De nuevo se anota que el juzgador de segunda instancia teniendo como despejar sus dudas no hizo uso de su facultad para decretar pruebas de oficio.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Abril de 2002
Hechos:	Una mujer a quien le notifican de la no renovación del contrato de trabajo, la actora informó una semana después su estado de embarazo, al momento de la notificación de no renovación tenía siete meses de embarazo.
Demandado:	IPS privada.
Demandante:	Profesional de la salud.
Primera Instancia	NEGO: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito negó el amparo por considerar que el empleador comunicó a la actora la terminación del contrato motivada en el bajo rendimiento que ha tenido la trabajadora. Considera el juzgador que el empleador no tenía conocimiento del embarazo a la hora de comunicar la terminación del contrato, pues la actora informó después de recibir la notificación de no prorrogación. Por tanto concluye el juzgador que la causa de la terminación del contrato se produjo por razones diferentes al embarazo.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala consideró que el embarazo no fue la causa de la no prorrogación del contrato, pues el empleador informó a la trabajadora su determinación antes de que ella notificara su estado de embarazo .
Jurisprudencia Citada por la Sala	SU-062-99 sobre procedencia de tutelas contra particulares C-016-98

La Sala aplica la regla acerca de la notificación y considera por el material probatorio allegado que no es procedente el amparo.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Abril de 2002
Hechos:	Una mujer con contrato a término indefinido, notificó mediante escrito al empleador el embarazo el 18 de enero, el mismo día le notificaron la terminación del contrato.
Demandado:	Empresa Privada.
Demandante:	Promotora de ventas
Primera Instancia	NEGO: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito por considerar que la labor contratada fue hasta el 19 de enero, y que la actividad era temporal.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considero que si bien es cierto que la tutela es un mecanismo adecuado para la protección a la maternidad, en el presente caso no se cumplen los presupuestos establecidos por la jurisprudencia, de manera que en este caso no es la tutela el mecanismo idóneo pues no se cumplen los requisitos.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-426-98

Curiosamente en el presente fallo la Sala advierte que no procede el amparo por no cumplirse los requisitos, sin embargo la sala no analiza las subreglas, no las aplica al caso concreto, a la Sala le basta con afirmar que no se cumplen pero sin hacer ningún estudio sobre su posible subsunción al caso concreto. Deja de lado todas las consideraciones sobre los hechos y sobre las reglas, deja de analizar aspectos tan relevantes para la decisión a tomar como la continuación o no de la obra.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	2002
Hechos:	Una mujer que tienen contrato a termino fijo por tres meses, dos meses después de iniciar la labor la trabajadora notifica su estado de embarazo, pero no le reciben los documentos que acreditan su estado. Durante el término del contrato la señora sufre una amenaza de aborto que la incapacita por unos días. Vencido el término inicial no le renuevan el contrato.
Demandado:	Empresa Privada.
Demandante:	Cortadora de carnes
Primera Instancia	NEGO: El Juzgado Primero Laboral del Circuito por considerar que no procede el amparo para estos casos por no existir notificación al demandado, lo que excluye que el demandado tuviera conocimiento del embarazo y que la no renovación del contrato se produjera por esta causa. Por otra parte en ningún momento se acreditó que la incapacidad tuviera como origen amenaza de aborto
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considero que la tutela en estos casos procede como mecanismo transitorio en los casos en que la Corte Constitucional lo ha señalado, la Sala hace mención de las subreglas jurisprudenciales y se pregunta si la terminación obedeció o no a causas objetivas, encontrando que la expiración del plazo o término del contrato es un causa objetiva, que diferente sería si se tratara de una labor en donde continúan las causas que dieron origen al contrato de trabajo, pero en este caso como lo señala el demandado el contrato se realizó con el fin de atender un aumento en las ventas. La sala confirma la negación por considera que existe una causa objetiva de terminación del contrato, y que la actora no notifico al empleador el embarazo.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-373-98, T-207-97, T-01 y 126 del 97
Salvamento de voto de un magistrado de la Sala.	Un magistrado se aparta de la decisión mayoritaria y salva su voto por considerar que todo indica que el empleador conocía del estado de embarazo de la actora, en la contestación de la tutela el empleador manifiesta sobre su conocimiento del estado de embarazo de la actora que él “se entero por otro empleado” y manifiesta que la actora no le entrego los exámenes. La posición disidente considera el despido si obedeció al estado de embarazo de la actora y que por tanto procede el recurso.

Este es un caso muy interesante, no solo por la posición disidente del magistrado que salva su voto, sino porque se la Sala conoce las subreglas del precedente y en apariencia lo aplican, pero no dan relevancia a una declaración del actor en el sentido de que si conocía el embarazo a través de un empleado suyo, pero si toman como cierta la afirmación del empleador en el sentido de que el contrato se realizó con el fin de atender un alza en las ventas. La sala no examina si la labor para la que fue contratada la actora continua en la empresa y la realiza otra persona, le basta con tomar por ciertas las afirmaciones del demandado.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Julio de 2003
Hechos:	Una mujer con contratos a termino definido a quien siempre le renuevan el contrato, la señora afirma que debido a su embarazo no le han renovado el contrato, ni la afiliación en salud.
Demandado:	Entidad pública.
Demandante:	Docente
Primera Instancia	NEGO: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito negó el amparo por considerar que se trata de un hecho incierto el que el empleador tuviera que vincular a la actora a salud, si ya había terminado el contrato.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: Por hecho superado, la entidad ya vinculó con nuevo contrato a la actora, ya tiene nuevamente vinculación con salud.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-100-95, T-515-92

En conclusión de los fallos analizados podemos señalar que la Sala si bien conoce las subreglas jurisprudenciales señaladas por la Corte ha limitado su aplicación a la existencia de notificación escrita o no, descuidando los otros supuestos para conceder el amparo solicitado por las actoras. La Sala omite la practica de pruebas en casos en donde haber aclarado aspectos del conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo, así como acerca de la continuación o no de la labor para la que las actoras fueron contratadas, aspectos que son determinantes y que en los casos concretos hubieran sido determinantes a la hora de conceder o no el amparo. La Sala no hace uso de su facultad oficiosa de ordenar y practicar pruebas, que en estos eventos son muy sencillas por tratarse, en la mayoría de los casos de pruebas testimoniales o de la verificación de fechas y datos en archivos de la empresa o de las EPS.

3.4.1.3. Sala Penal: En esta sala solo se pudo hacer la revisión desde 2001 hasta agosto de 2005 la revisión no se pudo extender por la dificultad de acceder a la consulta de fuentes de los años faltantes, sin embargo este hecho no perjudica los resultados del trabajo pues en la sala laboral solo se pudo extender la revisión por igual periodo y en la sala civil aunque se hizo la revisión completa solo se encuentran casos a partir del 2000.

Se debe anotar que el numero de tutelas en apelación que llegan a la Sala Penal es bastante elevado en comparación con los que llegan a la Sala Laboral y es un número comparable con los que llegan a la sala Civil y de familia, sin embargo, de los fallos revisados, solo se encontraron tres sobre fuero legal de maternidad. De los fallos que reposan en la Sala Laboral sobre fuero de maternidad se extrajeron los siguientes datos:

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Diciembre de 2000
Hechos:	Mujer a la que su empleador desvincula de su trabajo, cuando su embarazo es un hecho notorio.
Demandado:	Empleador privado
Demandante:	Cajera
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Noveno Penal del Circuito concede en primera instancia con el fin de brindar protección a la maternidad, al hijo que esta por nacer, al derecho al trabajo, y al mínimo vital.
Consideraciones de la Sala.	CONCEDE: La Sala considera que en virtud de la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, así como de la protección al mínimo vital se debe conceder el amparo y confirma la orden de reintegro.
Incidente de Desacato	En febrero de 2002 la Sala resuelve incidente de desacato interpuesto por la actora, en donde la señora señala que el empleador no cumplió todo lo ordenado por el fallo, solo hizo el reintegro pero no a la labor inicial sino a otra y no efectuó el pago del periodo que estuvo desvinculada y le suspendió la seguridad social. La sala se reafirma en la protección a la maternidad y concede el desacato.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-016-98, T-426-98

Desde aquí la Sala ha sido respetuosa con el precedente constitucional, aplicando en su integridad las reglas y supuestos para conceder el amparo.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Mayo de 2004
Hechos:	Mujer con contrato a termino fijo que no es renovado, la señora instaura tutela contra el empleador y el juez Primero Penal del Circuito de Barranca concede la protección con el fin de proteger a la maternidad. El accionado instaura acción de tutela contra el juzgado por considerar que incurrió en una vía de hecho.
Demandado:	Entidad pública
Demandante:	Auxiliar de enfermería
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado primero Penal Municipal de Barranca niega en primera instancia por considerar que existe otro mecanismo de defensa.

Segunda Instancia	REVOCA Y CONCEDE: El juzgado Primero Penal del Circuito concede el amparo en consideración a la protección especial de la maternidad, y a que el despido se produjo por causa del embarazo.
Consideraciones de la Sala.	NIEGA LA EXISTENCIA DE VÍA DE HECHO: La Sala desestima las pretensiones del demandante, descarta que se configure una vía de hecho, examina las subreglas jurisprudenciales en el caso concreto y determina que el juez obró ajustado a ellas y que por tanto no hay vía de hecho.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-016-98, T-426-98

Este es un fallo interesante, porque la Sala tienen la oportunidad de revisar un fallo sobre fuero de maternidad y aplicar las subreglas con el fin de determinar si existió error en la decisión del juzgador de instancia, a pesar de lo interesante que resulta el ejercicio no podemos dejar de anotar que la tutela que instauro el accionado debió rechazarse por improcedente, pues la tutela no procede contra fallos de tutela.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Junio de 2004
Hechos:	Mujer con contrato a termino fijo que notifica su estado de embarazo al empleador, posteriormente es desvinculada de salud y no le renuevan el contrato.
Demandado:	Empresa Privada.
Demandante:	Asistente técnica en deportes
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Décimo Penal del Circuito concede el amparo en forma provisional y ordena el reintegro de la actora a su trabajo, por considerar que el despido vulnera el derecho a la vida y a la maternidad de la actora y del bebé por nacer.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: Considera la Sala que debe protegerse la estabilidad reforzada de maternidad, cuando subsisten las causas que dieron origen al contrato de trabajo, y que en este caso se observa que otras personas siguen desarrollando la actividad que la señora realizaba, lo que indica que el despido se produjo por razón del embarazo.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-286-03, T-311-01, T-040-01

En este fallo la Sala actúa conforme al precedente, dando mayor relevancia al hecho en concreto que permite resolver las pretensiones, como es la cuestión de la continuidad o no del servicio prestado, asunto relevante en los contratos a termino fijo.

Se observa que en las oportunidades en que la Sala ha tenido que referirse a la protección especial de la maternidad lo ha hecho conforme al precedente constitucional, lo que permite señalar que la Sala ha sido más receptiva de los lineamientos jurisprudenciales.

3.4.2 Estudio del precedente de licencia de maternidad en el tutelas resueltas en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga: En este apartado procederemos de la misma forma que en el anterior, haciendo el estudio de los fallos por salas y en forma lineal.

3.4.2.1 Sala Civil y de Familia: En esta sala se encontraron 13 fallos de segunda instancia sobre licencia de maternidad, esta línea es más interesante pues tres de esos fallos fueron revisados por la Corte Constitucional. De dichos fallos y su revisión se extrajeron los siguientes datos y consideraciones:

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Enero de 2000
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad porque el empleador realizó los pagos de las cotizaciones de dos meses en forma extemporánea.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga a juicio del juzgador, la pretensión de la actora puede exigir su derecho en un proceso ejecutivo, el cual excluye la tutela, pues esta acción “no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley”. Considera el juez de primera instancia que no existe perjuicio irremediable que haga procedente el amparo por medio de la tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio, pues está probado que la actora reclama su derecho “seis meses después de haberse causado. Diferente sería si el amparo por esa situación de extrema necesidad de que habla la actora se hubiere interpuesto oportunamente”.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que el pago de la licencia de maternidad debe solicitarse ante la justicia ordinaria, que el Seguro Social no sólo no vulnera derechos fundamentales sino que cumple estrictamente las directrices legales señaladas en el artículo 80 del Decreto 806 de 1998 y la Resolución 2266 de 1998 del Seguro Social, los cuales señalan, que en caso de mora patronal en el pago de las cotizaciones a la seguridad social, la prestación económica derivada de la licencia de maternidad debe asumirla el empleador. Por lo tanto considera que la mujer tiene otro mecanismo de defensa y confirma la negación del amparo.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-157-01, T-01-97, T-657-99, T-097-98 otras sin cita precisar la fecha.
Revisión de la	REVOCA Y CONCEDE: La Corte en la sentencia T-765-00 revisa los

Corte	anteriores pronunciamientos y considera que en el presente caso el no pago de la licencia afecta el derecho al mínimo vital de la actora y de su menor hijo, que no proteger su derecho va en contra de los preceptos constitucionales que brindan una especial protección a la maternidad. Por otra parte considera la Corte que la EPS tenía los medios para hacer efectivo el cobro de los meses debidos y que actuó de forma negligente con lo que se allano a la mora. En virtud de estas consideraciones revoca los fallos revisados y concede el amparo ordenando al ISS realizar el pago de la licencia de maternidad a que tiene derecho la cotizante.
-------	---

En este primer pronunciamiento sobre la materia, la Sala desconoce por completo el precedente constitucional y resuelve apelando a una de las razones más recurrentes de los jueces apegados a la tradición legalista: existe otro mecanismo de defensa judicial por tratarse de un derecho meramente legal.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Mayo de 2000
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	Empleador privado – ISS
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Tercero Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador negó el amparo, por considerar que existe otro mecanismo de defensa y que no se probó la existencia de un daño grave por el no pago.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que existe otro mecanismo de defensa judicial, que la señora se demoro un año en instaurar la tutela de manera que no se observa cual sea el perjuicio irremediable pues la accionante ya sobrevivió un año, más de nueve meses después de la licencia, “después de mas de un año de que nacieron los derechos en cuestión, lo que se ha demostrado es que ella sigue con toda vida, integridad y salud” (Folio 4 del fallo).
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-01-92, cita sobre la subsidiaridad de la tutela como mecanismo de defensa.

Sobre este fallo debemos apuntar para la época la Corte Constitucional aun no sostenía la tesis de que el amparo procedía únicamente si se invocaba dentro del termino de duración de la licencia (84 días), este requerimiento inicio desde septiembre de 2000 con la sentencia T-1168-00. La consideración que hace la Sala sobre la forma de determinar si existe o no afectación al mínimo vital no es la correcta y desconoce desde todo ángulo la tan elaborada doctrina constitucional que ha esgrimido la Corte. No es suficiente con conservar la vida para que con ello se desvirtúe la afectación al mínimo vital, el mínimo vital incluye el concepto de vida digna y no de mera subsistencia biológica. La Sala sigue sin incorporar el precedente constitucional en este punto de la línea.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Agosto de 2000
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Segundo Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que la mora en el pago de los aportes se produjo después de que la mujer se hizo acreedora del derecho al pago de su licencia. Considera el juzgador que de no conceder el amparo a la madre y obligarla a acudir a otro mecanismo de defensa se ocasionaría un perjuicio irremediable y que el no pago de la licencia afecta el mínimo vital de la actora y de su menor hija.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	REVOCA Y NIEGA: La sala considera que existe otro mecanismo de defensa judicial, que en el presente caso la accionante debe recurrir a las vías ordinarias con el fin de obtener la solución al conflicto planteado, que la legislación es clara en dar la competencia para estos asuntos al juez laboral quien debe resolver el conflicto y no el juez de tutela. Observa la Sala que no se afecta el mínimo vital de la actora y presume que esta debe estar recibiendo un salario.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-01-97, T-657-99, T-097-98 otras sin cita precisa.
Revisión de la Corte	REVOCA Y CONCEDE: La Corte en la sentencia T-157-01 revisa las anteriores decisiones, y considera que en el caso en concreto la actora recibe ingresos equivalentes a un salario mínimo, lo que hace a este caso en concreto similar a otros que “esta Corporación ha tenido oportunidad de abordar en casos pasados, en donde se ha puesto de presente que la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle protección a la madre el descanso necesario para poder reponer del parto y prodigarle al menor la atención que requiere”. Considera la Corte que esta probado que la actora recibe únicamente su salario para su manutención y la de su menor hijo y que si bien, su empleador realizó en forma extemporánea los aportes a la EPS, el ISS no realizó ninguna actuación con el fin de ponerse hacer efectivo el cobro de lo debido. Con merito en esto la Corte resuelve REVOCAR el fallo proferido por el tribunal y ordena conceder el amparo de los derechos vulnerados por la EPS y en consecuencia ordena pagar el valor de la licencia.

Hasta aquí es claro que no existe ninguna consideración a la hora de resolver los casos sobre el precedente constitucional en materia de licencia de maternidad. Los juzgadores se limitan a considerar que es un asunto meramente legal o que no existe vulneración al mínimo vital sin tener en cuenta las consideraciones de la Corte en materia de mínimo vital y de la forma de la carga de la prueba acerca de su vulneración o no.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Junio de 2002
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS y Municipio
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Quinto Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que la EPS se allano a la mora y que el no pago afecta el mínimo vital de la actora.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que el no pago afecta el mínimo vital de la actora, cita consideraciones expuestas por la Corte Constitucional sobre el objeto de protección.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-1418-00, T-365-99, T-792-98, T-093 y 139-99, T-1600, 1472, 950, 906 y 765 de 2000, T-145-99, T-258-00 y T-390-01

En este fallo luego de que la Corte Constitucional revocara tres decisiones del Tribunal, la Sala incorpora los planteamientos jurisprudenciales acerca de la licencia de maternidad, aunque aun no hace completamente la confrontación de las reglas al caso concreto, si pone mayor énfasis en la afectación al mínimo vital de la actora y de la omisión de la EPS al realizar el cobro.

Este fallo que introduce la doctrina constitucional sobre la protección al descanso remunerado de maternidad puede ser considerado como el resultado de la labor de revisión que ha hecho la Corte Constitucional, y de su tarea por unificar la doctrina nacional. No puede ser tomado como solo coincidencia que sea justo después de dos revisiones que revocan fallos sobre el mismo tema en forma consecutiva que la Sala integra las razones de orden constitucional dentro de las consideraciones que motivan su actual decisión.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Octubre de 2003
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad. La EPS asegura que no cumple con el periodo de afiliación requerido.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Segundo Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que la actora cumple los requisitos para obtener la prestación.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	REVOCA Y NIEGA: La sala considera que no es clara la fecha del embarazo. Considera la sala que la actora no cumplió los requisitos para obtener el pago de la licencia, agrega además que por tratarse de una prestación económica no es procedente la tutela para lograr el pago.
Jurisprudencia Citada por la Sala	Sin citas

En este caso aunque no se probó el término de duración del embarazo y no se probó si dicho término fue igual o no al tiempo de cotización que era el asunto a debatir, la Sala niega el amparo y de nuevo cita entre sus razones para negar la presunta naturaleza del asunto, argumentando que los hechos y pretensiones se encuadran dentro de un asunto meramente prestacional, razón por la cual no es procedente la tutela.

De nuevo la Sala deja sin considerar las reglas constitucionales y desconoce el precedente sin hacer uso de ninguna de las técnicas legítimas para separarse del precedente que la vincula.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Octubre de 2003
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad porque según la EPS le hace falta tiempo de cotización.
Demandado:	ISS –Cooperativa
Primera Instancia	NIEGA: Un Juzgado de Familia de Barranca conoció en primera instancia, dicho juzgador negó el amparo, por considerar que la tutela se interpuso seis meses después del término de vencimiento de la licencia, y que en ese caso el competente es el juez laboral, además no es claro sobre quien pesa la obligación de pagar la licencia, otra razón mas según el juez de primera instancia para negar el amparo por improcedente.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala adopta la posición del juez de primera instancia y considera que por haber pasado el término de la licencia no es la tutela procedente, “que a esa conclusión debe arribarse en todos los casos, inclusive el presente, en el cual la actora ha exigido directamente y en varias oportunidades el pago de la prestación económica” además que es un asunto que por su naturaleza no se debe resolver mediante este mecanismo.
Jurisprudencia Citada por la Sala	Sin citas.
Revisión de la Corte	REVOCA Y CONCEDE: La Corte Constitucional revisa los fallos citados en la sentencia T-304-04 y reitera el cambio de jurisprudencia acerca de la oportunidad para instaurar la acción de tutela en el caso de la licencia de maternidad, oportunidad que paso de ser 84 días que era el término de la licencia, a extenderse hasta el primer año de nacido del menor, este cambio en concordancia con los derechos fundamentales de los niños consagrados en la Carta del 91 y en los Tratados internacionales ratificados por Colombia. Considera la Corte que en el presente caso se configuran los elementos para conceder el amparo y que según la legislación vigente es claro que quien debe realizar el pago es la EPS. Con base en estas consideraciones la Corte Revoca los fallos de instancia y concede el amparo ordenado a la EPS hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad.

En este caso la Corte Constitucional revisa y reitera la ampliación del amparo hasta el año siguiente del nacimiento del menor, la Sala si bien aplica el precedente anterior con las subreglas en conjunto, desconoce la modificación que ha hecho la Corte de su propio precedente.

Hasta este punto la línea de solución de casos análogos ha mostrado tres variaciones: del desconocimiento absoluto del precedente hemos pasado por una aplicación total de las subreglas, un nuevo desconocimiento y un desconocimiento parcial del precedente. Esto en el número de fallos revisados muestra un alto grado de resistencia de la Sala al cambio que ha introducido la Corte Constitucional en materia de fuentes del Derecho, pues la Sala continuó durante un buen periodo aferrada a la idea de que las consideraciones de tipo legal priman a la hora de resolver los casos que se le presentan.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Mayo de 2004
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS y empleador público
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Segundo Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador negó el amparo, por considerar que la tutela no es el mecanismo idóneo para lograr la protección.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que la tutela no es el mecanismo idóneo para obtener la pretensión, que existe otro mecanismo de defensa, declara improcedente el amparo por no existir prueba de la afectación al mínimo vital de la actora. Ordena a la EPS que de respuesta al derecho de petición elevado por la actora.
Jurisprudencia Citada por la Sala	Sin citas.

En este caso la Sala no tiene en cuenta las consideraciones sobre el mínimo vital, y niega el amparo por no probarse la afectación al mínimo vital sin tener en cuenta los lineamientos que ha hecho la Corte constitucional acerca de a quien corresponde la carga de la prueba en materia de mínimo vital, cuando se trata de una controversia entre una EPS y uno de sus afiliados.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Septiembre de 2004
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Séptimo Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que el no pago de la licencia vulnera los derechos de los niños.
Segunda	CONFIRMA: La sala considera que el no pago de la licencia vulnera el

Instancia, consideraciones de la Sala.	mínimo vital de la actora.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-011-98

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Noviembre de 2004
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS y empleador público
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Octavo Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que la EPS no utilizó ningún mecanismo para hacer efectivo el cobro de los aportes atrasados, por lo que se allano a la mora.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala adopta las consideraciones del juez de primera instancia en el sentido de que la EPS se allano a la mora.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-844-02, T-059-97, T-334-97, T-553-98

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Noviembre de 2004
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Segundo de Familia conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que el empleador hizo los pagos y que por dicha razón la actora tiene derecho a la prestación que reclama.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que la EPS se allano a la mora al no hacer efectivo ningún mecanismo para hacer el cobro de los aportes atrasados.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-999-03

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Diciembre de 2004
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.

Demandado:	ISS y empleador público
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Cuarto Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que la EPS al no hacer ningún requerimiento al empleador sobre la forma en que se estaban efectuando los pagos, se allano a la mora.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que la tutela es procedente pues de no ordenar la protección la mujer se vería obligada a recurrir a otra vía judicial, es decir a la vía ordinaria, medio que no es eficaz para la efectiva protección.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-999-03

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Mayo de 2005
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Tercero Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que la EPS en ningún momento le manifestó al empleador que estaba incurriendo en mora de pagar.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera la especial protección a la mujer, y que el ISS a pesar de tener mecanismos para realizar el cobro efectivo, como la acción fiscal, no solicito el pago de los aportes extemporáneos.
Jurisprudencia Citada por la Sala	C-470-98,

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Agosto de 2005
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS y empleador público
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Quinto Civil del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concedió el amparo, por considerar que el no pago de la licencia afecta el mínimo vital de la actora y que la EPS recibió el pago de todos los meses.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que la mora no es responsabilidad del empleador, que el no pago de la licencia afecta el mínimo vital de la actora y que la actora probó durante el trámite de la tutela que estaba al día en los aportes con su EPS.
Jurisprudencia Citada por la Sala	SU-652-99, C-177-98

En resumen de los fallos relacionados desde septiembre de 2004 la Sala ha tenido en cuenta en gran medida las consideraciones de los juzgadores de primera instancia, algunos de ellos han practicado pruebas y tienen en cuenta las consideraciones de la Corte en cuanto al análisis de las subreglas.

En general se puede concluir de la observación de esta línea al interior de la Sala que la incorporación de las reglas sobre el amparo en el caso de licencia de maternidad ha sido muy lento si se tiene en cuenta que de 13 fallos de segunda instancia tres han sido revocados por la Corte Constitucional con un mensaje muy claro: no se están estudiando los casos concretos a la luz de las reglas constitucionales. La Sala ha ido muy despacio en el proceso de incorporación y a la fecha podríamos asegurar que aun no se estudia en forma juiciosa la aplicación de las reglas a los casos en concreto.

De los jueces de primera instancia podemos señalar que son más receptivos frente a la doctrina constitucional de la Corte, y que en comparación con el Tribunal Superior han incluido con mayor prontitud entre sus consideraciones argumentos de la Corte Constitucional.

De la revisión de los fallos de la Sala Civil y de Familia hay un dato curioso: no hay un solo salvamento de voto, de esto se puede inferir varias cosas: la primera es que al parecer las discusiones son muy apacibles dentro de cada sala, y que se aceptan con facilidad los argumentos del magistrado encargado de la ponencia; otra idea que hace mucho eco después de leer los fallos, que en algunos casos son muy diferentes, no obstante ser aprobados por salas muy similares, en realidad lo que ocurre es que no hay salas de decisión, parece que cada magistrado prepara su proyecto de fallo y los demás magistrados de sala, en forma muy respetuosa, le dan aprobación. Hay otro dato curioso debemos resaltar y es que no exista registrado en el fallo el número del acta de aprobación de ponencias como si se observan registrados en los fallos de las otras dos salas, esto hace pensar que ni siquiera hay actas de aprobación de ponencias en esta Sala.

La Sala civil deja entrever una situación que se da a nivel nacional, y es que los jueces civiles son más apegados a la tradición legalista y más resistentes a adoptar nuevas formas de solución a los casos que en principio parecen ser de orden meramente legal. Es más lenta la incorporación que hacen los jueces civiles de la doctrina constitucional vigente y persisten en resolver los casos con consideraciones legales. Esta situación es mayor en el nivel más alto de jerarquía y tiende a diluirse con mayor facilidad en los jueces de inferior jerarquía. Nuestra Sala no escapa a esta tendencia nacional.

3.4.2.2 Sala Laboral: En esta sala se encontraron sólo dos fallos de segunda instancia sobre licencia de maternidad. De dichos fallos y su revisión se extrajeron los siguientes datos y consideraciones:

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Agosto de 2001
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad porque el empleador realizó los pagos en forma extemporánea.
Demandado:	Empleadores, persona natural
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Segundo Laboral conoció en primera instancia, dicho juzgador negó el amparo, por considerar que existe otro mecanismo de defensa judicial.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala en sus consideraciones señala que la EPS no canceló la prestación pedida y remitió el cobro a los empleadores, indica la sala, “ni corta ni perezosa doña Gloria –actora- la emprendió contra los empleadores y utiliza la acción como medio coactivo de recaudo de los dineros que le asigna la ley a las madres trabajadoras. En su escrito de iniciación doña Gloria extiende un ropaje pseudo constitucional sobre su manifiesto propósito económico. Y así es que habla de violación al derecho de igualdad y ataque a la maternidad”. Considera la Sala que la acción no puede ser usada “en tan prosaicos menesteres”. Considera el ponente que existe otro medio procesal como el proceso verbal de mínima cuantía. Finaliza sus consideraciones manifestando que presume la buena fe de la actora y no la acusa de temeridad en el uso de la acción, y resuelve confirmar la decisión del juez de instancia.
Jurisprudencia Citada por la Sala	Sin citas

En este fallo evidentemente la Sala desconoce el precedente judicial no solo de licencia de maternidad sino de la procedencia de tutela en aquellos casos en que se pretende obtener el pago de salarios; por ejemplo casos en los que se protege el mínimo vital. Es un fallo sorprendente por el poco conocimiento del ponente sobre la procedencia de la tutela y los avances jurisprudenciales en este sentido. Sobra señalar que el juzgador no hace uso de ninguna de las facultades oficiosas que tiene, no vincula a la EPS por ejemplo, y que al desconocer las subreglas jurisprudenciales tampoco hace consideración alguna sobre el porqué de su separación de la doctrina constitucional.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Noviembre de 2004
Hechos:	Mujer a la que le es negado el pago de su licencia de maternidad por haber efectuado los pagos de sus aportes en forma extemporánea.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Primero Laboral del Circuito conoció en primera instancia, dicho juzgador concede el amparo, en consideración a la

	protección especial a la maternidad y en vista de que el no pago de la licencia afecta el mínimo vital de la actora, pues la licencia es el salario de la actora durante la época de licencia por maternidad.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: La sala considera que en este caso se protege el derecho a la vida en conexidad con el derecho al mínimo vital pues los dineros por concepto de licencia son un recurso necesario para la manutención de la madre y su hijo. Considera probado la realización de los pagos y que la EPS se allano a la mora, por estas consideraciones confirma la protección de los derechos amparados.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-1600-00, T-205-99, T-059-97, T-765-00, T-177-98

En este fallo la Sala sostiene una posición totalmente diferente a la mostrada en su primer pronunciamiento sobre el tema. En esta oportunidad la Sala aplica el precedente constitucional en materia de licencia de maternidad, haciendo una acertada valoración de los hechos.

Solo conocemos estos dos extremos de decisión de la Sala, con casi tres años de diferencia entre uno y otro, la Sala no tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el tema en otras oportunidades, sin embargo se puede señalar que la Sala mostró una rápida evolución en sus consideraciones al incorporar razones constitucionales en la segunda oportunidad en que tuvo que resolver un caso sobre la materia.

3.4.2.3 Sala Penal: En esta sala se encontraron cinco fallos de segunda instancia sobre licencia de maternidad. De dichos fallos y su revisión se extrajeron los siguientes datos y consideraciones:

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Octubre de 2002
Hechos:	Mujer a quien no le reconocen el pago de su licencia de maternidad por faltarle semanas de cotización. La señora manifiesta haberse afiliado a la EPS un año antes de iniciado su embarazo.
Demandado:	ISS
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga niega el amparo, considera el juzgador que el daño ya fue consumado pues la licencia terminó el 26 de marzo y el amparo se invocó el 26 de agosto, de manera que ya paso el tiempo de protección de la licencia y la accionante en la actualidad ya recibe un salario pues ya se reintegro a la vida laboral. En este evento existe otro mecanismo de defensa judicial.
Segunda Instancia, consideraciones	CONFIRMA: Considera la Sala que la tutela al instaurarse después de la fecha en que termino el periodo de protección de la licencia, la prestación económica pierde la transitoriedad de la protección especial, y deja de ser

de la Sala.	un derecho protegido vía tutela, de manera que la actora debe recurrir a otro mecanismo judicial, pues la tardanza en la interposición de la acción así como su vinculación laboral vigente prueban que no se vulneró el mínimo vital de la accioinante.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-595-00, T-6000-99.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Julio de 2003
Hechos:	Mujer con contrato a termino indefinido desde el 98, afirma que cuando el empleador tuvo conocimiento de su estado de embarazo empezó a darle malos tratos, dejo de cotizar a salud. El 18 de diciembre de 2002 le pasa carta de despido. El 20 de diciembre nació su bebé y la EPS no hizo el pago de la licencia por pago extemporáneo del empleador.
Demandado:	Empresa Privada.
Demandante:	Secretaria
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranca niega en primera instancia por considerar que no se vulnera el mínimo vital de la actora, según los lineamientos que ha desarrollado la Corte.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: Considera la Sala que por tratarse de un conflicto laboral es competente la jurisdicción laboral. Si bien se han definido unas subreglas en las que procede la tutela frente a conflictos laborales en el presente caso no se vulnera el mínimo vital de la actora y por tanto no procede el amparo, se considera no probada la vulneración al mínimo vital en virtud de que la señora en el momento de instaurar la tutela se encuentra laborando, y además espero cinco meses después de terminada la licencia para interponer el amparo.
Jurisprudencia Citada por la Sala	T-69-01, T-1496-00

Las consideraciones de la Sala sobre los anteriores pronunciamientos debemos manifestar que en cuanto al periodo de procedencia de la tutela la sala actúa conforme al precedente vigente para la fecha del pronunciamiento, época en donde la Corte aun mantenía la posición de que el amparo excepcional se extendía solo durante los 84 días que duraba la licencia, de manera que el juzgador actúa conforme a dicha subregla, y se muestra respetuosa del precedente en la medida en que se considera que ya se superó el peligro en que se ponía a la actora y su menor hijo, una vez vencido el término de la licencia.

En el último caso no se abordó el problema del fuero de maternidad, pues la actora no elevó ninguna pretensión al respecto.

La línea de las decisiones de la Sala que observamos hasta este punto deja ver el ejercicio judicial de una Sala que integra las subreglas jurisprudenciales a los hechos en concreto, haciendo un perfecto uso del precedente jurisprudencial, la Sala muestra una posición abierta a

los cambios introducidos por la Corte y en general a la nueva forma de aplicar el Derecho, que se separa de las consideraciones de rango meramente legales e incluye las doctrinas constitucionales vinculantes para los jueces.

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Abril de 2005
Hechos:	Mujer a la que le aprueban su licencia de maternidad, sin embargo hace tres meses que la prestación fue reconocida y no le han hecho el pago, la señora solicito el pago nuevamente mediante un derecho de petición que la EPS no ha respondido.
Demandado:	Caprecon.
Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Penal del Circuito de Málaga niega en primera instancia por considerar que ya paso un año desde el nacimiento de la menor, ordena a la EPS dar respuesta al derecho de petición de la actora.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: Considera la Sala que según las subreglas jurisprudenciales que ha diseñado la Corte Constitucional, no se vulnera el derecho al mínimo vital de la actora pues esta interpuso la acción un años después del nacimiento de su hijo, además señala la sala que la EPS ya reconoció el derecho a la prestación, aunque no se haya echo efectivo el pago.
Jurisprudencia citada	T-665-04, T-100-97

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Abril de 2005
Hechos:	Mujer a la que le niegan el pago de la licencia por hacer los aportes a la EPS en forma extemporánea
Demandado:	ISS
Primera Instancia	CONCEDE: El Juzgado Penal del Circuito de Barranca concede el amparo por considerar que el no pago de la licencia vulnera el mínimo vital de la actora. Además considera el juzgador que la EPS se allano a la mora y que aun no ha pasado un año desde que se causo el derecho, por tanto considera procedente conceder el amparo solicitado.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: Considera la Sala que se efectuaron los pagos en forma extemporánea sin que la EPS dijera nada al respecto, considera pertinente proteger el mínimo vital de la actora que se ha visto vulnerado por el no pago de su licencia de maternidad.
Jurisprudencia citada	T-1600-00, T-664-02, T-205-99, T-906-00, C-177-98, T-059-97, T-458-99, T-707-02, T-1073-03, T-743-03

Ficha datos fallos de segunda instancia	
Fecha:	Mayo de 2005
Hechos:	Mujer a la que le niegan el pago de su licencia de maternidad por realizar los pagos de forma extemporánea.
Demandado:	Caprecon.

Primera Instancia	NIEGA: El Juzgado Quinto Penal del Circuito niega por considerar que no existe vulneración al mínimo vital de la actora pues esta invocó la protección un años después de causada la prestación.
Segunda Instancia, consideraciones de la Sala.	CONFIRMA: Considera la Sala que la interposición de la tutela por fuera del año siguiente al nacimiento del menor hace presumir que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la actora.
Jurisprudencia citada	T-1600-00, T-205-99, T-999-03

En este grupo de pronunciamientos, que continúan con la línea de licencia de maternidad, dejan ver unos fallos de segunda instancia en donde la Sala ha sido muy acertada en la aplicación del precedente, fallos en los que se ha aplicado en su integridad la doctrina constitucional a la luz de los hechos.

Es muy interesante observar como en la Sala Penal se da sin ningún traumatismo el cambio de precedente jurisprudencial en materia de duración temporal del amparo, contrario a lo que ocurrió en la Sala Civil en donde cuando se hizo mención de las subreglas de licencia de maternidad se dio aplicación a las subreglas anteriores en vigencia la ampliación del periodo de protección.

La Sala Penal en los casos examinados ha mostrado ser un organismo receptivo de la doctrina constitucional en la materia, y ha hecho aplicación de las subreglas a los hechos en cada uno de los casos, logrando establecer con criterio acertado los casos en los que procede el amparo.

4. CONCLUSIONES

- Un precedente es una regla de Derecho que surge de la solución que dan los jueces a los casos que se le plantean. En Colombia la Corte Constitucional por sus calidades es la autoridad que elabora reglas con mayor grado de vinculación para los demás juzgadores. Sin embargo no todos los pronunciamientos del alto tribunal constituyen precedente, se ha considerado que constituye precedente las razones de la decisión o ratio decidendi.
- En la doctrina del precedente se incorporan elementos que pretenden llenar los vacíos y errores de un Derecho fundado en marcos normativos codificados que pueden dar paso a la consolidación de sistemas de Derecho conservadores, ambiguos y con mayores niveles de incompletud.
- En Colombia la Cultura Jurídica adoptó como suyo la primacía del principio de legalidad, que ha sustentado la mayor parte de la actividad judicial. A partir de la Constitución del 91 a pesar de que se respeta la tradición de primacía de la ley, con el señalamiento del artículo 4 de la Carta que da primacía la Constitución y con la inclusión de a la Corte Constitucional y las funciones de las que fue dotada, se inicia una especie de reparación a los vacíos que deja la ley.
- La función del juez ha dejado de ser considerada como la de un mero aplicador del derecho preexistente, para tomar un papel más protagónico e incluso en algunos casos asumir la tarea de crear derecho para dar solución al caso planteado. Se ha reconocido que la aplicación del derecho va siempre acompañada de un ingrediente creativo que realiza el juzgador cuando decide de que forma va resolver el caso concreto, exista norma o no, y como va a interpretar el ordenamiento jurídico existente.
- Las facultades que la Constitución le otorga a la Corte Constitucional, como guardiana y suprema interprete de las normas constitucionales, han permitido elaborar la doctrina constitucional sobre el precedente constitucional en Colombia y sobre la vinculación de los jueces a las decisiones de la Corte Constitucional. La Corte ha definido que las reglas que se establecen mediante la revisión de tutelas indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental, y estas normas son de obligatorio cumplimiento.
- Desde diferentes enfoques se puede fundamentar la obligatoriedad de la aplicación del precedente, en Colombia dicha fundamentación se puede ubicar en dos líneas de argumentación, la primera que tiene que ver con el derecho a la igualdad, derecho que se hace efectivo si se otorga un trato igual a personas bajo las mismas circunstancias. Y la segunda línea de argumentación para la obligatoriedad del precedente tienen que ver con

la fuerza de los pronunciamientos de Tribunal Constitucional Colombiano, que por mandato Constitucional es la guardiana y suprema intérprete de la Constitución.

- La Corte Constitucional en su tarea de construcción de la doctrina del precedente ha diseñado diversas estrategias con el fin de hacer penetrar su doctrina a los operadores de instancia. Entre dichas estrategias se encuentra la anulación de fallos de las salas de revisión que contradicen los dictados de la Corte, la revocatoria de los fallos de tutela que no aplican el precedente, la doctrina de las vías de hecho, así como otros mecanismos técnicos con el fin de difundir la doctrina.
- A nivel nacional en Colombia no se han hecho mayores estudios sobre el conocimiento y aplicación que hacen los jueces de instancia de la doctrina constitucional que configura precedente constitucional de obligatorio cumplimiento. Se tiene la idea de que los Tribunales y jueces superiores de las zonas de centro del país están más al día con las decisiones del Tribunal Constitucional, sin embargo el estudio de líneas de decisión a nivel nacional indican que aun es muy lenta la penetración de las doctrinas de la Corte Constitucional, y que los juzgadores de instancia siguen considerando improcedente la tutela en los casos en que la Corte ya se ha pronunciado sobre su procedencia. De la lectura de estos datos que se obtienen de los fallos revisados por la Corte constitucional se puede concluir que muchos niegan el amparo por considerar que se trata de un asunto de mero rango legal ante el cual las actoras tienen otro mecanismo de defensa.
- En las líneas observadas se encuentra que los jueces no tienen en cuenta elementos tan importantes de análisis como la doctrina sobre vulneración al derecho al mínimo vital que es un elemento que incide en la decisión de muchos otros supuestos de hecho, como el pago de pensiones, salarios, suministros de elementos y medicamentos no POS, etc. La falta de análisis de los elementos que configuran la vulneración al mínimo vital así como la obligación de probar la vulneración en cada caso, hace pensar que los jueces por no aplicar estos aspectos están dejando de aplicar varios precedentes en forma correcta.
- Se observa en la mayoría de los fallos revisados por la Corte que en segunda instancia todos los recursos que se concedieron en primera instancia, a excepción de unos pocos, fueron revocados y los demás fallos que se negaron en primera instancia y que llegaron a segunda instancia apelados por las actoras fueron confirmados. A pesar de que son jueces del circuito, tribunales y altas Cortes los que resuelven en segunda instancia no se observa un conocimiento y acatamiento de los dictados del Tribunal Constitucional. Se pensaría que por ser jueces de superior jerarquía existe una mayor complejidad en sus decisiones y un mayor grado de conocimiento de lo que sucede a nivel de los altos tribunales, pero los datos que observamos nos hacen pensar lo contrario. Los falladores de segunda instancia parecen ser jueces mas apegados a la vieja tradición legalista, conservadores si se quiere, demasiado inmersos en el campo del derecho en el que se

desempeñan y que han dejado de lado los avances del derecho en materia de derechos fundamentales.

- Los jueces que se separan del precedente constitucional no sustentan de ninguna manera el por qué de la separación con la doctrina constitucional sentada por la Corte. Solo unos pocos jueces hacen alusión a las subreglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte, pero su apreciación de los hechos no es correcta a la hora de empatarlos con las subreglas, esto se observa con mayor frecuencia en materia de mínimo vital.

- A nivel regional se comparten algunas de las conclusiones de la revisión nacional. Se pueden distinguir las conclusiones según las salas revisadas. En la Sala Civil y de Familia la adopción de las subreglas constitucionales fueron incorporadas con mucha lentitud, en el caso del fuero legal de maternidad el primer caso se resolvió fue en el 2001 luego de tres años de consolidación del precedente en esta materia, y en este primer fallo se observa la falta de penetración de las subreglas jurisprudenciales para el caso. Solo llegaron a apelación cuatro fallos lo que pude explicar en parte la falta de estudio sobre el tema. A pesar de que el tercer fallo es un poco mas completo aun no se hace en forma completa el análisis de los elementos señalados por la Corte Constitucional. Del desarrollo de esta línea en la sala no nos atrevemos a formular otras apreciaciones pero si se deja entrever que el proceso de adopción del precedente constitucional es muy lento, que los magistrados de la sala tomaron mucho tiempo en incluir los argumentos de la Corte en su repertorio y que solo se estaba haciendo alusión a ellos sin que se hiciera un estudio juicioso de los hechos vinculados al precedente, se observan citas aisladas de los argumentos de la Corte sin aplicarlos al caso en concreto.

- En el caso de la protección al descanso remunerado por maternidad, en la sala Civil y de Familia se observa al igual que en el caso anterior, que la penetración es muy lenta, a pesar de que el número de casos que llegaron a segunda instancia es mas elevado, lo que supone que el estudio del tema debía ser de mayor nivel. Debieron ser revocados tres fallos del tribunal en revisión de la Corte antes de que se introdujera la mención de las subreglas en las decisiones de la Sala, sin embargo, en la mayoría de los casos los juzgadores de instancia no aplican las subreglas a los casos en concreto, y les basta con enunciarlos.

- En la Sala Laboral se encuentra que la Sala conoce las subreglas jurisprudenciales señaladas por la Corte sobre fuero legal de maternidad. El número de tutelas en segunda instancia que ha tenido que conocer es considerable comparativamente, sin embargo, la Sala ha limitado su aplicación a la existencia de notificación escrita o no, descuidando los otros supuestos para conceder el amparo solicitado por las actoras y dejando de lado las precisiones que ha hecho la Corte sobre el medio de notificación, que no es únicamente valido si se hace por escrito. La Sala omite la práctica de pruebas en casos en donde haber aclarado aspectos del conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo y así como acerca de la continuación o no de la labor para la que se contrata hubieran sido

determinantes a la hora de conceder o no el amparo. La Sala no hace uso de su facultad oficiosa de ordenar y practicar pruebas, que en estos eventos son muy sencillas por tratarse de pruebas testimoniales.

- En el caso de licencia de maternidad hay dos pronunciamientos extremos, el primero en donde hay inobservancia completa del precedente constitucional y el segundo de solución muy reciente en donde la Sala adopta las subreglas, este dato unido al obtenido de la revisión de la línea de fuero legal de maternidad deja entrever que la Sala ha estado pendiente de la doctrina jurisprudencial vigente.

- En la Sala Penal contrario a las dos anteriores, las subreglas constitucionales han estado presentes desde el primer caso del que se tienen conocimiento en la revisión (2000). La Sala Penal se ha comportado de forma más garantista y protectora de los derechos fundamentales y del precedente sentado por la Corte, ha concedido y confirmado en los casos en que los hechos se ajustaban al precedente y ha negado en los que no, casos en los que ha sustentado en forma expresa y apoyada en la Jurisprudencia constitucional las razones de la negación. Son fallos muy estructurados y ligados a los hechos, con lo que se observa la puesta en práctica de la aplicación del precedente.

- En general los jueces de instancia omiten la práctica de pruebas. El tribunal por su parte no hace uso de su facultad oficiosa de ordenar y practicar pruebas, en casos en donde de haberlo hecho los resultados hubieran sido diferentes.

- En las Salas Laboral y Penal se observa la existencia de salvamentos de voto en los casos de las líneas revisadas y en otros no tenidos en cuenta, salvamentos sobre la discusión de valoración de pruebas y de hechos, contrario a lo que pasa en la Sala civil en donde no se realizan salvamentos de voto, no obstante que en algunas ocasiones avalan decisiones contrarias.

- En general el proceso de adopción de las subreglas jurisprudenciales ha sido lento, pero se puede afirmar que las pretensiones de obligatoriedad que ha sostenido la Corte son posibles de alcanzar y que los medios que la misma Corte ha implementado para alcanzarla son efectivos. De no ser por la revisión que hace la Corte es de suponer que la Sala Civil del Tribunal de Bucaramanga hubiera tardado más tiempo en incorporar las subreglas para la protección del descanso remunerado de licencia de maternidad. Por otro lado la divulgación que ha desarrollado la Relatoría de la Corte ha hecho que las actoras incluyan entre sus argumentos razones constitucionales señaladas por la Alta Corporación, casi se puede afirmar que la labor que hacen quienes interponen las tutelas es muy importante para la penetración de las subreglas jurisprudenciales en los juzgadores.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, CASTRO, PABÓN Y PALACIOS, Análisis jurisprudencial: maternidad y fuero laboral. En: Revista Kaleidoscopio N° 4, Febrero de 2004, Bucaramanga: Ed. Universidad Industrial de Santander.

ARAGÓN Reyes Manuel. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1997.

BERNAL Pulido Carlos. El derecho de los Derechos. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 417.

Constitución Política del 91

Decreto 2067 de 1991

GALANTER Marc, Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. En: Sociología Jurídica, Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, Editor GARCÍA Villegas, Mauricio. Bogotá: E.d. Unibiblos, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

Ley 19 de 1896, que subroga el artículo 10 de la Ley 153 de 1887; artículo 4 del Código Civil y el 8 de la Ley 153 de 1887.

López Medina Diego, *El Derecho de los jueces* Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

Lozano Villegas, Germán. El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000.

MAGALONI Dospel, Ana Laura, El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Ed. Mc Graw Hill, 2001. p. 216.

MONROY Gálvez Juan, Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law. En: Memorias XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal ICDP. Cartagena: Universidad Libre, 2004.

MORAL Soriano Leonor. El precedente Judicial. Madrid: Ediciones Marcial Pons, 2002. p. 269.

PUIG Butrau, José. La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Barcelona: Casa Editorial Bosch. p. 249

Jurisprudencia

Corte Constitucional Sentencia C-037-96.
Corte Constitucional Sentencia C-836 de 2001
Corte Constitucional Sentencia C-106 del 2004
Corte Constitucional Sentencia C-447-1997.
Corte Constitucional sentencia C-836 de 2001.
Corte Constitucional Sentencia C-836 del 2001.
Corte Constitucional sentencia T-568-96
Corte Constitucional Sentencia T- 034-04.
Corte Constitucional Sentencia T- 296-05.
Corte Constitucional Sentencia T- 365-99.
Corte Constitucional Sentencia T- 999-03.
Corte Constitucional Sentencia T-175-95.
Corte Constitucional Sentencia T-175-95.
Corte Constitucional Sentencia T-260 de 1995.
Corte Constitucional Sentencia T-260 del 95.
Corte Constitucional Sentencias SU-047 del 99,
Corte Constitucional Sentencia C-252 de 2001.
Corte Constitucional Sentencia SU-1553 de 2000
Corte Constitucional Sentencia T-082 de 2002.
Corte Constitucional Sentencias T-556, SU-640 del 98.
Corte Constitucional Sentencia T-068 de 2000.
Corte Constitucional Sentencia C-836 del 2001.
Corte Constitucional, Sentencia SU-995-99.
Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 1993.
Corte Constitucional. Sentencia SU-640 de 1998.
Corte Constitucional Sentencia C-037-96
Corte Constitucional Sentencia C-131 de 1993.
Corte Constitucional Sentencia T-175- 97
Corte Constitucional Sentencia T-486 de 1998
Corte Constitucional Sentencias C-113 de 1993

Corte Constitucional Sentencia C-131 del 93
Corte Constitucional Sentencia C-445 del 4 1995
Corte Constitucional Sentencia C-590 de 1995
Corte Constitucional Sentencia T-173 de 1996.
Corte Constitucional Sentencias T- 175-97
Corte Constitucional Sentencia T-321-98.
Corte Constitucional Sentencia T-597 de 1993.
Corte Constitucional Sentencia C-230 de 1994
Corte Constitucional Sentencia C-461 de 1995.