

**EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA LEY 1437 DE 2011 Y SU
MAXIMIZACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES**

ERICK BLUHUM

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2012

**EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA LEY 1437 DE 2011 Y SU
MAXIMIZACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES**

ERICK BLUHUM

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

Director:

Javier Rincón Salcedo Ph.D

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2012

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN	5
1. EL PROBLEMA.....	7
1.1 ANTECEDENTES.....	7
1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.3 SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.4 JUSTIFICACIÓN.....	15
1.5 OBJETIVOS	16
1.5.1 OBJETIVO GENERAL.	16
1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	16
2. MARCO TEORICO.....	17
2.1 ESTADO DEL ARTE Y DERECHO COMPARADO.....	17
3. HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	42
3.1 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL.....	42
3.2 EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL PRECEDENTE.....	54
3.3 PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO	65
3.4 EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL PRECEDENTE JURÍDICO.....	70
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	74
BIBLIOGRAFÍA.....	77

RESUMEN

El presente trabajo aborda el análisis de la efectividad del precedente jurídico como mecanismo tendiente a la maximización de los derechos constitucionales en el marco de la ley 1437 de 2011. Para el logro de este propósito es menester presentar el estado del arte sobre el precedente administrativo en Colombia, así como los casos de países con sistemas jurídicos similares en los que se aplica el precedente.

El trabajo también analiza la diferenciación entre precedente administrativo y jurisdiccional en materia administrativa y evalúa si el precedente es necesario para la efectivización de los derechos a la confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad.

Palabras c laves: Precedente administrativo, maximización de derechos, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, eficiencia, eficacia.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico colombiano emana de un sistema de derecho continental en contra posición al sistema anglosajón. Este se ha caracterizado y ha sido aceptado por ser un sistema de fuentes normativas con su respectivo valor e importancia dentro del mismo.

El sistema de fuentes en Colombia está acorde a la doctrina de la Pirámide de Hans Kelsen donde la Constitución es norma de normas y de allí se derivan otros actos, entre los que se encuentran la ley, los decretos y los actos administrativos. Adicional a ello se establecen unos criterios auxiliares entre los que se encuentra la jurisprudencia, como la forma de manifestación de los jueces, en ese orden de ideas, el rol del juez es mero aplicador de derecho, sin embargo, han surgido diferentes posiciones que han permitido concebir al Juez como un legislador negativo (teoría desarrollada por Carl Schimtt), donde a través de la interpretación jurídica de las normas crea derecho, así pues el Juez a través de sus pronunciamientos ha permitido que la Jurisprudencia tenga un valor vinculante y por ende, se modifique la concepción inicial del sistema de fuentes.

Así las cosas, en el sistema jurídico Colombiano con la creación de la Corte Constitucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se reforzó el papel del juez como interprete de la Carta al atribuir dicha función sólo a ese Tribunal. Posteriormente, con la expedición de la ley 1437 de 2011 (nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se evidencia que el ordenamiento jurídico colombiano ha dejado de lado ese sistema rígido de fuentes que nos brinda un sistema continental de

derecho y ha tomado notoria importancia el concepto de precedente, propio de un sistema Anglosajón.

Desde su promulgación y posterior control de constitucional, la ley 1437 de 2011, permite aplicar las sentencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional como fuentes obligatorias de derecho, consagra herramientas para su aplicación. Además innova con el concepto de precedente administrativo, es decir, la creación de precedente con las decisiones por parte de las autoridades administrativas.

En ese orden de ideas, el presente trabajo tiene como propósito establecer el alcance que en Colombia tiene el precedente jurídico y el precedente administrativo, especialmente como consecuencia de la reciente modificación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Para ello, se hace un análisis desde el derecho comparado, el precedente judicial como instrumento para la efectivización de los derechos constitucionales y las posiciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional frente al precedente judicial y administrativo.

1. EL PROBLEMA

1.1 ANTECEDENTES

A partir de la Constitución de 1991 el precedente judicial ha adquirido notoria importancia porque el rol del juez como interprete ha trascendido y ello ha permitido se hable de un precedente obligatorio, todo ello a pesar de que el artículo 230 de la Carta Política establece que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia debe emplearse en el derecho como un criterio auxiliar¹.

A nivel normativo la Constitución, como norma de normas, es la fuente primaria de todo el ordenamiento jurídico, invalidando cualquier otra disposición inferior que le sea contraria. Es así como, el esquema de fuentes de derecho actual en Colombia está conformado en primer lugar por la Constitución de 1991²; al mismo nivel se encuentran los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Colombia. En segundo nivel se encuentra la ley, subordinada a los contenidos formales y materiales de la Constitución³ y en este mismo nivel el precedente judicial de constitucionalidad de las leyes y el emitido en casos concretos por cualquier juez, o sea la regla o principio general que se deriva de la

¹ BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición 2005, Quinta reimpresión, 2008, Bogotá, 2008, pp. 149-151.

² Los tratados internacionales de derechos humanos sin limitación en estados de excepción se encuentran en un nivel supraconstitucional.

³ DE OTTO, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1995, pp.28-33.

sentencia, el cual se emplea para para resolver casos futuros⁴. En materia laboral y de seguridad social, en este mismo nivel están las Convenciones Colectivas del Trabajo⁵. Por último, en niveles inferiores se encuentran los actos administrativos.

No obstante lo anterior, al analizar la interpretación hecha por la Corte Constitucional, se concluye que superó la concepción de que la jurisprudencia es una fuente auxiliar, dando origen al concepto de precedente judicial con carácter obligatorio.⁶

Existen cuatro razones por las cuales el precedente tiene carácter obligatorio. En primer lugar está el respeto al principio de igualdad, que supone que los casos iguales se resuelvan de la misma manera, es decir, con base en la misma *ratio decidendi* o sub-regla, teniendo en cuenta que esto corresponde a un derecho constitucional propio de una democracia. En segundo lugar, el límite a la creación judicial del derecho que constriñe a los jueces a respetar esa sub- regla como elemento vinculante de una decisión anterior sin apartarse de ella, salvo en circunstancias excepcionales. Como consecuencia de la anterior, la tercera razón tiene que ver con que el precedente judicial es el que permite una evolución secuencial del ordenamiento jurídico.⁷ La cuarta razón es la garantía de la seguridad

⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, op. cit. pp. 194- 227

⁵ DE OTTO, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Óp. cit. pp.73 y 75

⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 037 de 1996, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C- 836 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil. C- 1195 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. En sede de tutela, la línea fue la siguiente: T- 123 de 1995, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T- 260 de 1995, MP: José Gregorio Hernández Galindo, T- 175 de 1997, MP: José Gregorio Hernández Galindo, T-321 de 1998, MP: Alfredo Beltrán Sierra, T- 566 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-009 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T- 068 de 2000 MP: José Gregorio Hernández.

⁷ BOTERO, Catalina, JARAMILLO, Juan Fernando, UPRIMNY, Rodrigo, (et. al), Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Andiaros, Fundación Konrad Adenauer y Dejusticia, Ed. Legis S.A. Bogotá, Primera Edición 2006. pp. xxiii- xxiv.

jurídica y del principio de la confianza legítima, lo cual exige coherencia y estabilidad de las reglas que tienen que ver con la aplicación del derecho a casos concretos.⁸

A pesar de esas razones, han existido en el país tendencias sobre el deber ser en materia de precedentes: una tendencia es la de la jurisdicción constitucional que reconoce el valor del precedente judicial⁹ y otra la de la jurisdicción ordinaria que le otorga a la jurisprudencia solo el valor de doctrina probable, lo que implica que se podría cambiar en cualquier momento y sin mayor carga argumentativa¹⁰. Sin embargo, con la Sentencia C- 836 de 2001 se dirimen estas dos posiciones y se establece a seguir sus propios precedentes¹¹. Así las cosas, es claro que en Colombia todos los jueces y en especial las Altas Cortes como la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, están atados a sus pronunciamientos anteriores cuando sean precedente frente a nuevos casos.¹²

Ahora bien, mediante la ley 1437 de 2011 El Congreso de la República expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el que se incluye la figura de la "*Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades*" (artículo 102). Esta figura establece que un interesado puede pedir la aplicación de un precedente jurisprudencial a su caso particular.

⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, op. cit. pág. 200

⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Segunda edición, Sexta reimpresión, 2008, Ed. Legis S.A. Bogotá, 2008, pp. 30-71.

¹⁰ *Ibid.* pp. 3-28.

¹¹ *Ibid.* pp. 74-107

¹² REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 836 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, F.J. 15, Bogotá, 2001.

El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-634 del mismo año indicó que al resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, con lo cual el Tribunal buscó reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, los cuales implican la obligación de fundar las actuaciones del estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos.

Así mismo la Corte en esta Sentencia prevé que para cumplir con dichas obligaciones, las autoridades deberán “tener en cuenta” las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten dichas normas. La Corte observó que con esto se reconoce una fuente de derecho particular a la cual el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues el precedente debe ser consultado, pero no aplicado coactivamente. Las autoridades a las que la Corte se refiere en esta sentencia son las que ejercen función administrativa, con exclusión de la competencia jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el artículo 10 está ubicado en la primera parte del Código, cuya finalidad es “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y

democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares”¹³.

De igual manera, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de noviembre 2011 declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 y al hacerlo se pronunció diciendo que siendo la jurisprudencia, en principio, criterio auxiliar de interpretación, ella tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales cuando se trata de la proferida por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones previstas en la Carta Política. Esa fuerza vinculante deriva de mandatos constitucionales en los que se consagra la supremacía de la Constitución, el deber de todas las autoridades públicas de sujetarse a la Constitución y a la ley, el derecho de igualdad ante la ley, el debido proceso, el principio de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas, no siendo contraria sino complementaria del concepto de la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación.

¹³ República de Colombia. Artículo 1, ley 1437 de 2011

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema jurídico que plantean los antecedentes citados es la aplicación estricta de los precedentes jurídicos en los términos en que lo define el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así las cosas, es necesario analizar si esta norma puede resultar efectiva para la maximización de derechos constitucionales de los ciudadanos o si por el contrario puede contribuir a que se limiten derechos.

De acuerdo con el artículo 10° de la Ley 1437 de 2011 al resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Este deber que tienen las autoridades en cumplimiento de este artículo genera a su vez un derecho que se materializa a través del artículo 102 de la misma ley, según el cual, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas pero al mismo tiempo podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones: 1) exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio; 2) exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos, y 3) exponiendo los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación.

De igual manera y con el ánimo de precisar el alcance del nuevo Código, también es necesario establecer las diferencias entre precedente administrativo y precedente jurisdiccional en materia administrativa. La realización de un juicio sobre la eficacia y eficiencia del precedente, así como la comparación entre las posiciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional respecto del precedente jurídico, permitirán en conjunto evaluar si el precedente es necesario y conveniente para la efectivización de derechos en Colombia.

1.3 SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

La pregunta central que surge respecto de este asunto es la siguiente: ¿El manejo que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece para el precedente jurídico resulta efectivo para la maximización de los derechos constitucionales? Además de esa pregunta, surgen otras preguntas secundarias que se necesita resolver: ¿Cuáles son los antecedentes del precedente en Colombia y en otros países? ¿Cuáles son las diferencias entre precedente administrativo y precedente jurisdiccional en materia administrativa? ¿En qué contexto el precedente es considerado dentro del nuevo Código? ¿El carácter obligatorio del precedente jurídico es necesario para la efectivización de derechos? ¿La aplicación del precedente jurídico es eficaz y eficiente? ¿Cuáles han sido las posiciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional respecto del precedente jurídico?

1.4 JUSTIFICACIÓN

Puede resultar jurídicamente peligroso someter a los jueces de manera indefinida a las sub reglas dadas por ellos mismos, dado que las dinámicas sociales, políticas, económicas y culturales de las sociedades se mantienen en constante cambio, lo que demanda transformaciones importantes en el derecho que se adapten a esas nuevas realidades. Adicionalmente, la Constitución Nacional establece que el precedente tiene un carácter auxiliar y no imperativo.

Sin embargo, tal como se estableció en el planteamiento del problema, existen razones construidas a partir de principios constitucionales que inicialmente sustentan la conveniencia de que el precedente tenga carácter obligatorio.

La existencia de estas dos posturas jurídicas amerita adelantar el presente trabajo con el fin de profundizar en el análisis del problema jurídico planteado por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación con la obligatoriedad de aplicar el precedente jurídico, frente a la efectivización de derechos constitucionales de los ciudadanos colombianos, con el fin de analizar si esta norma puede resultar efectiva para la maximización de derechos constitucionales de los ciudadanos o si por el contrario puede contribuir a que se limiten derechos.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo general.

Hacer un análisis del precedente en el derecho administrativo y de su efectividad para la maximización de derechos constitucionales.

1.5.2 Objetivos específicos.

1. Plantear el estado del arte sobre el precedente en Colombia y los casos de Ecuador, Chile, Argentina y Estados Unidos, como países con sistemas jurídicos similares y que aplican el precedente.
2. Estudiar el precedente (administrativo y jurisdiccional en materia administrativa) a nivel del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
3. Hacer el análisis del precedente a la luz del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991.
4. Evaluar si el precedente es necesario para la efectivización de derechos tales como derecho a la confianza legítima, seguridad jurídica y derecho a la igualdad.
5. Hacer un juicio de eficacia y eficiencia del precedente.

2. MARCO TEORICO

2.1 ESTADO DEL ARTE Y DERECHO COMPARADO

Dentro de los trabajos que se han publicado recientemente en concordancia con los objetivos del presente trabajo se destacan los que se mencionan a continuación:

Carlos Bernal Pulido. 2003. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. Universidad Externado de Colombia. El autor considera que la Constitución no parece decir nada sobre la jerarquía en el plano jurisdiccional, por lo que en Colombia no habría una única Corte, sino que la Corte Suprema de Justicia lo sería sólo en los asuntos de la jurisdicción ordinaria y las demás cortes en los ámbitos de sus competencias. Además, la Constitución no prevé cuál jurisprudencia debe prevalecer sobre las demás y adquirir el carácter y la fuerza vinculante de precedente.

Seguidamente, el Dr. Bernal Pulido agrega que la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-836 de 2001 establece la posibilidad de que en Colombia el juez pueda no aplicar la jurisprudencia a un determinado caso, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre éste y el primer caso en que se estableció la jurisprudencia, exigen otorgar al segundo una solución diferente. Igualmente, de acuerdo con la misma Corte, es posible apartarse de la jurisprudencia, cuando, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior; así

mismo un juez puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a valores, objetivos, principios y derechos del ordenamiento jurídico, o por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Wilson Herrera Llanos. 2005. Régimen de la Rama Judicial Colombiana (Segunda Parte). Revista de Derecho. Universidad del Norte. 23. Al referirse a las fuentes formales en el ordenamiento jurídico colombiano, el autor analiza el tratamiento del tema a partir de la Constitución de 1991 y en relación con el precedente judicial menciona que el artículo 230 de la Carta dispuso que “*los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*” y que “*la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

Así mismo, el artículo 243 consagró que “*los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a Cosa Juzgada Constitucional*” y después prohíbe a toda autoridad reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. El autor cita que a partir de esos puntos establecidos en la Constitución, algunos consideraron que se había derogado parte de la normatividad que la ley 153 de 1887 había consagrado en relación con las fuentes del derecho, por lo cual después de la Constitución de 1991 las fuentes formales que permanecen son la ley, la costumbre y la doctrina constitucional, mientras que se sitúan como criterios auxiliares la equidad, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Seguidamente, menciona como definición de las fuentes formales

del derecho la forma de producción de la norma jurídica y cómo ésta se manifiesta constituyendo el fundamento de las providencias judiciales, mientras que los criterios auxiliares son aquellos instrumentos para la correcta aplicación, interpretación, armonización e integración del ordenamiento jurídico.

El autor se refiere a que la Corte mantuvo el criterio de que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas organizado en forma de todo un *sistema*, por lo que es correcto hablar de lagunas en el derecho, si se tiene en cuenta que se establece entre las *fuentes formales principales* (es decir, la ley) y las *fuentes formales auxiliares* (o sea las demás) una *plenitud hermética del derecho*, en el que la principal fuente es la Constitución. El autor cita a la Corte para afirmar que “*mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Administrativo (reproducción de acto suspendido), tales providencias sólo tienen el carácter de criterio auxiliar (artículo 230) para los futuros casos similares, la Jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional (artículo 243), de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior*”¹⁴. También cita la sentencia C-083/95 en la que la Corte menciona que con la Constitución del 91 el criterio de la jurisprudencia adquiere un alcance más amplio en el sentido de que la Corte Constitucional con sus fallos crea pautas de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos: “*las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales*”¹⁵.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-104 marzo 11 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Herrera en su análisis también plantea que mediante sentencia C-131 de 1993 este tribunal declaró inexecutable el término *obligatorio* que aparecía en el inciso 10 del artículo 21 de decreto 2067 de 1991 por considerar que el legislador es incompetente para regular los efectos de los fallos de la Corte. Esta decisión la tomó el tribunal por considerar que, en lo que tiene que ver con el precedente, y al intentar responder si una sentencia de la Corte Constitucional era fuente obligatoria o fuente auxiliar para un juez, “la providencia respondía que claramente la respuesta a esa pregunta era la de que dicha sentencia es fuente obligatoria antes de desarrollar toda la explicación sobre las partes de la sentencia que en forma explícita y en forma implícita obligaban”¹⁶.

Ahora bien, con la sentencia T-123 de 1995 se produce un cambio de criterio, al considerar que a través de la jurisprudencia de los altos organismos jurisdiccionales se podía efectivizar el principio de la igualdad por la vía de la unificación doctrinal, por lo que era razonable exigir que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, puedan hacerlo siempre y cuando justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad. En ese mismo sentido, el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, declarado executable por la Corte, ordena que las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tengan carácter obligatorio inter partes, y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

¹⁶ HERRERA, Wilson. Régimen de la Rama Judicial Colombiana. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2005. pp. 341 – 391.

Lina María Escobar. 2006. La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. El artículo plasma ideas y análisis realizados acerca de la actividad de modulación del Consejo de Estado colombiano. Después del estudio realizado, la autora plantea que la actividad judicial del Consejo de Estado generó agitaciones institucionales con la Corte Suprema de Justicia, que era la única con potestades para definir la constitucionalidad de las normas. En el artículo muestra algunas manifestaciones del activismo judicial del Consejo de Estado, en las que en ocasiones se reconoce el precedente judicial de otras corporaciones, y en otras se limita a reiterar su propio precedente de forma deliberada y racional, aunque no siempre razonable.

Viridiana Molinara. 2011. El precedente constitucional: Análisis de la Sentencia T-292 de 2006. Revista de Derecho. Universidad del Norte. En este artículo se realiza un análisis de la posición de la Corte Constitucional colombiana, sobre la fuerza vinculante del precedente constitucional en materia de control de constitucional y de tutela. El autor cuestiona el hecho de que a partir de un fallo de tutela se busque materializar el carácter obligatorio de los precedentes constitucionales de un fallo de constitucionalidad; el cuestionamiento lo hace considerando que este fallo tiene fuerza de cosa juzgada constitucional y como tal debe ser acatado por los jueces, por los particulares y por el legislador. Así mismo considera que la Corte Constitucional busca la materialización del valor de igualdad con la revisión de los fallos de tutela y la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* en esta materia; para el autor no se están logrando mantener la coherencia e integridad del sistema judicial y la protección al valor de la igualdad. En cuanto a la fuerza

vinculante del precedente en materia de tutela no es totalmente cierto que no tenga carácter obligatorio, dado que su fuerza vinculante solo se puede desvirtuar, de acuerdo con el autor, por circunstancias que deben ser evaluadas por la Corte y no por los operadores.

Diego Eduardo López Medina. 2006. El derecho de los Jueces. Universidad de Los Andes. A lo largo de esta obra formula un análisis detallado en cuanto al tema del precedente constitucional. El autor plantea que desde 1991 apareció un movimiento jurídico que busca variar el sistema tradicional de fuentes de derecho, mediante la ampliación del valor jurídico del precedente constitucional, lo que terminó siendo normalizado dentro de un sistema jurídico positivista. De acuerdo con el autor: *“el antiformalismo de los treinta y el antiformalismo de los últimos años (1991 -2006) constituyen, una serie de teorías del derecho que tratan de identificar y reforzar las varias fuerzas que parecen estar desintegramiento la hegemonía absoluta del positivismo legalista en nuestro medio”*¹⁷.

Añade que la jurisprudencia constitucional no es la fuente "auxiliar" de antaño y que el nacimiento de un derecho judicial no ha sido completamente pacífico, pues el nacimiento de un principio de precedente en la jurisdicción constitucional ha originado una reflexión jurídica y política en relación con el papel de los jueces en el sistema de fuentes, así como sobre las implicaciones que ha tenido para el esquema general del poder en el país. El autor considera que el mantenimiento de una cultura jurídica encaminada a la protección responsable y auto sostenible de derechos fundamentales, exige tres elementos:

¹⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Segunda edición, Sexta reimpresión, 2008, Ed. Legis S.A. Bogotá, 2008, pp. 30-71.

El primer elemento es encontrar una proporción razonable entre "estructura" y "flexibilidad", entre "formalismo" y "antiformalismo", pues considera que un derecho constitucional estructurado cuenta con la solidez del derecho judicial que esté sobre los textos constitucionales con el fin de determinar en qué casos concretos y de qué forma se hacen valer las garantías constitucionales. López se refiere a este requisito como una "capa de derecho judicial", sin la cual se correría el peligro de que la Constitución sea un texto meramente retórico y sin fuerza jurídica; sin embargo esa capa no debe ser demasiado rígida, pues entonces le impediría al ciudadano su derecho a interpretar la Constitución desde múltiples localidades. Esto quiere decir que el derecho judicial es necesario para la efectividad de la Constitución, pero se deben controlar sus excesos de tecnificación y rigidez.

El segundo elemento necesario para el mantenimiento de una cultura jurídica encaminada a la protección de derechos fundamentales es, de acuerdo con López, la de promover y fortalecer la "constitución de grupos y productos académicos más numerosos, más plurales, más creativos y más críticos"¹⁸. Considera que faltan textos, publicaciones y cátedras que hagan eco de los nuevos problemas, las nuevas técnicas y la nueva dogmática del derecho constitucional. En cuanto al tercer elemento, consistiría en rescatar los detalles de la política y la sociedad nacionales y los desarrollos dogmáticos que desde esos contextos se han generado, dado que la compleja situación colombiana hace necesaria una

¹⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego. Óp. Cit. p. 339

reflexión adaptada a las circunstancias locales al momento de intentar adaptar los derechos extranjeros más "prestigiosos", dado que "no somos necesariamente franceses, ni necesariamente americanos"¹⁹, lo que hace necesario estructurar un derecho constitucional garantista y responsable frente a las presiones creadas como consecuencia del advenimiento de una "Constitución-Mundo".

Conciliar el principio de igualdad con el derecho de los jueces a ser autónomos en sus decisiones, puede conllevar a que ellos no acojan el precedente en circunstancias especiales, lo cual implica doble carga para ellos, pues de un lado deben actuar con transparencia reconociendo que existen precedentes en un sentido diferente, los que deben hacer explícitos; de otro lado deben argumentar para explicar y justificar por qué la nueva posición que proponen es la que se adecua.

El trabajo de López en torno a la evolución del precedente constitucional expuesto en su libro incluye el análisis del asunto inclusive desde el marco de la Constitución de 1886 y para ello cita a Antonio José Uribe, cuando dijo que:

Así como lo dice el artículo 17 del Código Civil, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria [...] Sin embargo, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 contenía una disposición muy restrictiva de este principio [...] De este modo cuando la Corte Suprema había dictado tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, los demás Tribunales tenían que conformarse a su interpretación y en contra de lo establecido en la ley civil sustantiva, la Corte gozaba de una atribución análoga a la de los antiguos Parlamentos: se declaraba que la tercera sentencia dictada por ella sobre un

¹⁹ *Ibid.*

punto de derecho, conforme a las anteriores, valía como sentencia general y reglamentaria.²⁰

Para López, lo citado anteriormente resume muy adecuadamente el consenso existente en el derecho nacional, que se apoyaba en el texto del artículo 4 de la ley 169 de 1896 en la que se restableció el valor de la jurisprudencia y dejó de ser meramente indicativa, sólo se alteró a partir de 1991 cuando tanto el Congreso como la Corte Constitucional señalaron la importancia de tener un sistema fuerte jurisprudencial.

Angélica Sofía Caicedo. 2009. El principio de confianza legítima en las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia. Revista electrónica. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. En el artículo el autor pretende realizar una reflexión frente la aplicación del principio de confianza legítima en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia y sobre el cambio de la jurisprudencia aplicable al momento de fallar un caso en la justicia colombiana. Dentro de las conclusiones, el autor señala que, de conformidad con el principio de confianza legítima, los ciudadanos tienen derecho a que los reglamentos y procedimientos establecidos por la administración sean respetados; así mismo, la falta de consagración constitucional del principio de confianza legítima no es razón suficiente para negar su existencia jurídica y a la actividad judicial se le exige también que las mutaciones jurisprudenciales no serán arbitrarias. Por último considera que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa debe existir una sala que se encargue de

²⁰ URIBE, Antonio José. Introducción a Jurisprudencia Colombiana, Imprenta Nacional, Bogotá, 1900, p. xxx-xxxii.

revisar los fallos judiciales dictados en casos similares a fin de ir unificando el criterio interpretativo, de la misma forma que existe en la Corte Constitucional.

Sergio González Rey. 2010. Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos: hacia un nuevo paradigma. Revista Digital de Derecho Administrativo. El autor registra que el Procurador General de la Nación, a través de la Circular 004 de 2009 señala que los Comités de Conciliación y los representantes legales de los entes públicos, deberán analizar con el mayor rigor el precedente jurisprudencial y deberán tener en cuenta las posiciones asumidas por el Consejo de Estado con el fin de visualizar la posible celebración de acuerdos conciliatorios en asuntos contenciosos administrativos. Igualmente cita el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 que establece que:

Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

Ingrid Ortiz. 2010. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia: Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010. Universidad Externado de Colombia. En el artículo se analizan los argumentos desarrollados por la Corte para declarar la constitucionalidad de la disposición demandada. La autora cita a Santamaría y Parejo quienes consideran que puede confundirse el concepto del precedente administrativo con el concepto de “*costumbre*”, aunque la diferencia ha sido aclarada en el sentido de que el precedente puede existir con un solo acto previo que

interpreta una norma en un determinado sentido, mientras que la costumbre exige una repetición en el tiempo de numerosos actos de idéntica significación interpretativa. En la sentencia analizada en este artículo la Corte establece que las entidades administrativas, al igual que los jueces se encuentran obligadas a respetar sus propias decisiones y sólo en circunstancias precisas y justificadas pueden cambiar su línea de orientación o bien exponer los motivos para inaplicarla en un caso concreto.

Rafael Enrique Mejía Alfonso. 2010. Ejecución y vigencia de la ley frente a la actividad administrativa y frente al contencioso administrativo: la acción de cumplimiento en la reforma del CCA. En este artículo el autor expone que la reforma del Código Contencioso Administrativo pretende incrementar la fuerza vinculante del precedente judicial, con el fin de obligar a los funcionarios a que integren en sus decisiones lo que ha sido reiterado por la jurisprudencia y plantea que las autoridades tendrán la obligación de aplicar todas las normas preestablecidas, así como los precedentes jurisprudenciales reiterados y provenientes del Consejo de Estado.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 2010. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo colombiano. Universidad Externado de Colombia. El documento plantea como problema jurídico a resolver el alcance que el concepto del precedente administrativo ha adquirido en el Derecho positivo colombiano, es decir, “*si el precedente administrativo configura un elemento autónomo, con dinámica y efectos jurídicos propios, directos y vinculantes en la construcción del sistema, o por el contrario,*

es un mero elemento coadyuvante o de colaboración para la consolidación de elementos sustanciales del sistema como son: son la Constitución, la ley y el acto administrativo”²¹.

En ese orden de ideas, el autor para dar respuesta al problema jurídico planteado parte del análisis de la institución del precedente judicial dentro del derecho administrativo en el “*Common Law*”, luego revisa la construcción del concepto del precedente administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De igual manera, estudia y crítica la normatividad en relación con el precedente administrativo, específicamente, la reforma que se plantea al artículo 209 de la Constitución, el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 y el artículo 10 de la ley 1437 de 2011. Finalmente, establece una serie de conclusiones mediante las cuales da respuesta a cada uno de los interrogantes planteados en relación con el papel del precedente administrativo en el sistema jurídico colombiano, especialmente su relación con los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y buena fe.

María Rosalba Buitrago. 2011. Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad Nacional de Colombia. El trabajo defiende la hipótesis general según la cual, el carácter vinculante del precedente judicial para todas las Altas Cortes en el modelo de fuentes adoptado por la Constitución de 1991 y la inexistencia de una metodología para su aplicación al interior de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se hace necesario aplicar a esa Corporación herramientas

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo colombiano. Universidad Externado de Colombia. Serie de Derecho Administrativo 11. Bogotá, 2010. p. 9.

metodológicas elaboradas por la doctrina y la justicia; dentro de sus conclusiones menciona que frente al esquema de las fuentes formales no solo la Constitución Política ha variado profundamente tal tema, sino que la Corte Constitucional ha determinado la importancia, relevancia y obligatoriedad del precedente en el ordenamiento jurídico, con lo cual el precedente no es solo una fuente auxiliar sino que es una fuente formal, al igual que la ley u otras normas jurídicas. Igualmente concluye que la jurisprudencia y la doctrina constitucional han elaborado una metodología del precedente, para decir que solamente la segunda constituye lo obligatorio frente a un caso nuevo similar al anterior, en virtud del principio de igualdad, de la confianza legítima y de la seguridad jurídica; igualmente plantea la existencia de vacíos metodológicos del precedente judicial en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Diego López Medina. 2011. Igualdad, precedente y derechos laborales: el argumento de Tamayo. *Ámbito Jurídico*. 2 a 15 de mayo de 2011. El autor se refiere a los conceptos de Javier Tamayo alrededor del principio constitucional de la igualdad, quien considera que la Corte Constitucional ha establecido un “precedente judicial obligatorio” que viola el texto del artículo 230 de la Constitución y que tiene incoherencias alarmantes que terminan por favorecer la voluntad de la Corte misma o de sus magistrados, pues, según Tamayo, el legislador ha establecido “*leyes y decretos que en principio generan desigualdad entre los magistrados y el resto de compatriotas*”²², violando el principio de igualdad. Para López, la crítica al trato desigual en materia pensional encierra la falta de consistencia en el

²² LÓPEZ MEDINA, Diego. Óp. Cit. p. 15

precedente y en las prácticas de selección de tutela de la Corte, por lo que considera que la posición de Tamayo “*ofende el sentido de justicia básico de la comunidad política (...) pues, exige coherencia jurídica en el trato de personas situadas en situación similar y, sin embargo, aborrece el precedente por violar el principio de legalidad*”²³.

De acuerdo con la Sentencia C- 634 de 2011²⁴ la Corte Constitucional busca evitar que ante la identidad de presupuestos fácticos y jurídicos, las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de derechos que ya han sido aceptados en sede judicial e impone un deber general de observancia de las decisiones de unificación por parte de las autoridades administrativas, para las que no es aplicable el principio de autonomía o independencia válido para los jueces, de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política.

El pronunciamiento de la Corte a través de la Sentencia C-816 de 2011²⁵ en el sentido de que en principio la jurisprudencia tiene un carácter auxiliar con fuerza vinculante para los funcionarios judiciales, como consecuencia de mandatos constitucionales superiores, también se refirió a que las autoridades administrativas son sujetos de estos mandatos superiores y en consecuencia, de la fuerza vinculante de los fallos emanados de las altas cortes jurisdiccionales. A juicio de la Corte, el legislador dispone de una amplia potestad

²³ *Ibíd.*

²⁴ Corte Constitucional. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ Corte Constitucional. M.P Mauricio González Cuervo.

de configuración para establecer parámetros de la actuación administrativa de naturaleza judicial.

En la misma sentencia el alto tribunal señaló que los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive, con efectos *erga omnes* en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes e inter partes para los fallos de tutela, por regla general y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi*.

Javier Tamayo Jaramillo y Carlos Ignacio Jaramillo. 2012. El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la Jurisprudencia. Pontificia Universidad Javeriana. Ambos autores hacen un análisis del papel de la jurisprudencia y valor del precedente judicial para ello cada uno plantea una posición frente al mismo partiendo del análisis del artículo 230 de la Constitución Política, la primera se refiere a la del autor Javier Tamayo Jaramillo quien expone las razones por las cuales “la tesis de la obligatoriedad del precedente no resulta tan coherente como pareciera, a la luz del artículo 230 de la Constitución Política, sostiene que la Corte Constitucional le dio el valor obligatorio al precedente judicial desconociendo el carácter auxiliar que la Constitución le otorgo a la jurisprudencia, para ello en primer lugar expone las principales consideraciones que han servido a la Corte Constitucional para concluir que dicho artículo consagra un precedente

judicial vinculante a través del análisis a la sentencia C- 836 de 2001”²⁶, luego desarrolla una posición crítica frente a tales consideraciones y a la conclusión de la Corte Constitucional, y finaliza analizando la posible inconstitucionalidad de las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011²⁷.

La segunda posición es la del autor Carlos Ignacio Jaramillo quien hace un análisis juicioso del estado actual del debate sobre la obligatoriedad del precedente para concluir que se requiere revisar el artículo 230 de la Carta Política con el fin de incorporar una jurisprudencia racionalmente vinculante, es decir, que conserva el carácter auxiliar y que sólo será vinculante cuando así se determine. El autor concluye su estudio con un análisis del papel que han desempeñado la Corte Suprema de Justicia frente al precedente, en sede de casación y en cumplimiento de su función unificadora de la jurisprudencia²⁸.

2.2 DERECHO COMPARADO.

Dentro del análisis de derecho comparado del precedente constitucional se incluyen los casos de Ecuador, Chile, Argentina y Estados Unidos.

²⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier y JARAMILLO J. Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia. Ed. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. 2012. P. XXXIX

²⁷ *Ibíd.* P. XXXIX

²⁸ *Ibíd.* P. XL

En el caso de Ecuador, Sebastián Espinosa se refiere al tema señalando que en ese país y de acuerdo con la Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC de 2008, los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante.²⁹ Sin embargo, la misma sentencia establece que la Corte podrá alejarse de sus precedentes pero debe hacerlo de forma explícita y argumentada; al hacerlo de esta manera se procurará garantizar la progresividad de los derechos.

El autor señala que en el régimen ecuatoriano se procura el redimensionamiento del principio de legalidad y es considerando intolerable escudarse en el mismo, para aplicar “normativa manifiestamente inconstitucional”³⁰; Espinosa cita las palabras del Tribunal cuando dijo que “subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”³¹.

Al resumir las reglas de derecho que aplican en relación el precedente, el Tribunal Constitucional precisó que, en concordancia con el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal tiene facultad para establecer que:

Tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se

²⁹ ESPINOSA, S. El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008. Universidad Andina Simón Bolívar. Programa de Maestría en Derecho. 2010. p. 35.

³⁰ *Ibid.*, p. 98.

³¹ *Ibid.*

estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.³²

El Tribunal definió así mismo una regla sustancial según la cual todo tribunal u órgano de administración pública se encuentra facultado y obligado a preferir la Constitución e inaplicar una disposición de un nivel inferior que la vulnere. Sin embargo al aplicar esta regla se debe observar el cumplimiento de dos principios: 1) que el examen de constitucionalidad resulte relevante para resolver una controversia planteada dentro de un proceso administrativo, y 2) que no sea posible interpretar la ley cuestionada de conformidad con la Constitución.

En el caso de Chile, Sergio Verdugo, al referirse al análisis de las ventajas del control preventivo obligatorio considera que si bien este control fortalece el principio de igualdad ante la ley, esta característica no es exclusiva del control obligatorio sino que este principio también se puede obtener cuando el Tribunal Constitucional es coherente con sus propios precedentes o cuando elimina un precepto legal de manera absoluta, según lo establece la Constitución. Sin embargo el autor señala que el Tribunal Constitucional ha desconocido sus propios precedentes, a pesar de que éstos sean recientes, afirmación que sustenta

³² ESPINOSA, S. Óp. Cit. p. 99.

citando ejemplos específicos.³³ Sin embargo el autor señala como se resalta con frecuencia por la doctrina el valor de la jurisprudencia constitucional. En el mismo sentido, Nogueria, al referirse también a Chile afirma que en ese país “*campea una concepción legalista de cuño continental superada por el constitucionalismo contemporáneo y la fuerza normativa directa e inmediata de la Carta Fundamental*”, y la fuerza de los fallos del Tribunal Constitucional para los demás órganos del Estado se limita a lo persuasivo; esa fuerza depende además de que esos órganos consideren o no pertinente tales criterios del TC en la materia específica que estén decidiendo. El autor concluye que dichas sentencias “carecen de imperio” pues se encuentran en una situación de debilidad institucional mayor que las de los tribunales de justicia, que son dotados de imperio por la Constitución.³⁴

Valbuena señala que en Argentina no está establecida la obligatoriedad del precedente en materia constitucional y que la doctrina elaborada por la Corte Suprema acerca de la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte es vacilante.³⁵ El autor cita a Garro quien menciona que Corte Suprema de Justicia “*se ha referido al deber moral de los jueces inferiores de conformar sus decisiones en casos análogos a los fallos de aquel alto Tribunal. Sin embargo, también se ha dicho que los jueces podrán apartarse de la jurisprudencia de la Corte cuando la misma violenta sus propias convicciones o cuando se controviertan sus fundamentos*”³⁶.

³³ VERDUGO, Sergio. Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador. Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1. 2010. pp. 201 – 248.

³⁴ NOGUEIRA, HUMBERTO. La Sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y Reflexiones Jurídicas. Estudios Constitucionales Año 8, Nº 1. 2010. pp. 79 - 116.

³⁵ VALBUENA, JOSÉ. Justiciabilidad del derecho a la salud en el derecho comparado de Argentina y Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Programa de Maestría en Derecho. 2010. p. 160.

³⁶ *Ibid.* p. 161.

En cuanto a Estados Unidos, de acuerdo con Mauro Viveiros, el modelo de control de constitucionalidad de las leyes que allí se emplea suele ser considerado la piedra angular de toda la estructura constitucional del país³⁷. La doctrina acentúa la sentencia de la Suprema Corte Federal norteamericana de 1803 con ponencia del Juez Marshall, según la cual se da el reconocimiento concreto de la supremacía de la Constitución. Es necesario tener en cuenta al analizar el sistema judicial americano el funcionamiento que tiene en ese país la teoría de la separación de poderes, influyendo en la limitación del legislador. El control de constitucionalidad de las leyes se opone a la tradición inglesa de la soberanía parlamentaria.

Existen conceptos jurídico-políticos que determinan la forma como se ejerce el control constitucional; uno de esos conceptos es el de *derecho natural*; la noción de un derecho fundamental o más alto (*higher law*), de acuerdo con Viveiros, era tributaria del concepto de *derecho natural* como superior al *derecho positivo* y es inderogable por éste; este *derecho fundamental* es reafirmado por los colonos americanos a lo largo de su lucha contra la Corona inglesa, a la que le reprochan su desconocimiento de los derechos personales y colectivos. John Locke afirmaba que la superioridad del Parlamento estaba limitada por la ley natural, ordenamiento que sirvió de base de la famosa sentencia del juez Coke de 1610 en Inglaterra. Coke y Locke fueron los mentores jurídicos directos de los colonos y concebían al Derecho natural como parámetro normativo superior a las leyes

³⁷ VIVEIROS, Mauro. El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual. Universidad Complutense de Madrid. 2011. 448 p.

positivas; ese Derecho natural es simultáneamente la vez expresión de una *lex eterna* y *lex legum*, ley para todas las leyes. Es así como la declaración de independencia señala que:

Sostenemos que estas verdades son evidentes por si mismas: que todos los hombres son creados iguales, que han sido investidos por su Creador de ciertos derechos inalienables (que entre estos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad) que para asegurar tales derechos, los Gobiernos han sido instituidos entre los hombres, cuyos justos poderes derivan del consentimiento de los gobernados.³⁸

Como consecuencia de lo anterior una característica particular de la Constitución de los Estados Unidos es el hecho de que representa el acto de fundación del país y no ser solamente su carta política, por lo que es considerada como expresión del contrato social que une a los ciudadanos y que legitima las autoridades instituidas. En el Título VI de la Constitución Norteamericana se recoge la declaración de la supremacía de la Constitución como la ley suprema del país, por lo que gozará de superioridad jurídica por encima de cualquier disposición opuesta o contradictoria contenida en las leyes o en las Constituciones de los estados de la Unión. Con lo anterior, desaparece de manera automática la noción de soberanía del órgano legislativo, dado que no considerarse soberano un cuerpo creador de derecho que está subordinado a otro.

Existen tres tipos de precedentes según sea el parámetro normativo utilizado. Cuando el juez aplica directamente la Constitución como norma decisoria del litigio, la sentencia constituye un precedente constitucional. Cuando acude al derecho legislado, se dice que el precedente es legal o *statutory precedent*. Por último, si se basa en las decisiones de las

³⁸ VIVEIROS, Mauro. 2011. Óp. Cit.

leyes comunes, *Common law*, su sentencia es un *common law precedent*. El “common law” está constituido por el acervo de sentencias dictadas por los jueces, por lo cual también es denominado como “derecho judicial”, en contraposición a la ley o “derecho legislado”.

De acuerdo con Jorge Vélez “su carácter “común” debe vincularse fundamentalmente al hecho de ser aceptado comúnmente por las partes en disputa en cualquier lugar del país, a diferencia de los estatutos o reglas locales motivo de serias sospechas entre los litigantes”³⁹. El autor considera que el derecho común se forma por la presencia de dos factores: por un lado, el sentido común, entendido como la materialización del derecho natural y la incorporación de éste en las sentencias y, por otro lado, la aplicación en la resolución de situaciones análogas o similares. “Empero, en la elaboración de la sentencia el juez está particularmente vinculado por éstos últimos, por los precedentes, contenidos en sentencias anteriores que de alguna manera hubieren versado sobre casos similares al que es materia actual de resolución”⁴⁰.

La “*Equity*” o equidad es “la otra fuente importante del derecho inglés, la cual, remedió las rigideces formalistas del common law, ampliando la posibilidad de pedir justicia mediante un sistema de “acciones libres innominadas”, como complemento al limitado catálogo de los writs (mandamientos) que inicialmente conforme al common law podían pedirles los querellantes a los jueces y que limitaban las posibilidades de impartir justicia por parte de

³⁹ VÉLEZ, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo ensayo de derecho público comparado. Institución Universitaria Sergio Arboleda. Bogotá, 1996. p. 40.

⁴⁰ *Ibid.*

los tribunales comunes”⁴¹. De acuerdo con el autor, en Estados Unidos, a pesar de la aparente exclusividad de los jueces y magistrados en el ejercicio del poder jurisdiccional, existen varias entidades administrativas (agencias) que ejercen poder de juzgamiento en disputas entre particulares y en disputas en que la administración se constituye como parte, por lo que en el Estado “... se estima erróneo considerar que sólo las cortes puedan cumplir la función jurisdiccional”, y, por el contrario, “la Corte Suprema de Estados Unidos ha ratificado en repetidas veces la competencia juzgadora de las agencias, bien con la tesis de que el Congreso puede conferírsela a entes distintos de las Cortes de ley previstas por el artículo III de la Constitución con tal de que se preserve el poder de revisión por las Cortes ordinarias, bien con el argumento de que la agencia es o se asimila a la especie de “Tribunal inferior” prevista en el mismo artículo”⁴².

El autor plantea que el Derecho Administrativo es una institución francesa y desde el punto de vista funcional su esencia radica en la creación y puesta en marcha de una jurisdicción especial que conoce y resuelve las controversias entre la administración y los administrados. Sus tribunales, o mejor sus jueces, han creado en Francia, por vía pretoriana, el conjunto de principios normas y reglas que se conoce como Derecho Administrativo.

En Inglaterra, en cambio, todas las controversias, sea las que surjan entre los particulares, o entre éstos y la administración, se ventilan y deciden ante los jueces comunes con aplicación de las leyes comunes (common law). Este sistema, enteramente contrapuesto al francés, es el llamado Rule of Law, o de la universalidad de la ley o “regla de ley” que aplican por igual los jueces comunes de los tribunales ordinarios tanto a las personas

⁴¹ VÉLEZ, Jorge. Óp. Cit. p. 41.

⁴² *Ibíd.* p. 233.

privadas como a la Corona en conflictos de esas personas entre sí o con la administración de la Corona, y ha originado un derecho administrativo particular ("Administrative Law").⁴³

A su vez, "el derecho administrativo es, en principio, un conjunto de doctrinas y técnicas que tratan de abarcar la totalidad de la actividad estatal en cuanto ésta busca y realiza cometidos inmediatos tanto de conservación y orden como de interés colectivo y bienestar social". Su génesis jurisprudencial no está delimitando actualmente su contenido material en ningún país y la ley formal; los reglamentos y los actos administrativos; los "*precedents*" (y las "*rules*" que emanan de ellos), del *Common Law*, los "*Statutes*" (Leyes del Parlamento), la legislación subordinada nacida de la delegación del legislador, las órdenes y los "*By laws*" o disposiciones locales y corporacionales de la órbita angloamericana constituyen también un sistema de Derecho Administrativo.⁴⁴

Este análisis del derecho comparado en cuanto a la vigencia del precedente en los países considerados pone en evidencia que el manejo y la jerarquía que se le confiere en Colombia a las Sentencias de la Corte Constitucional respecto de los demás órganos del sistema judicial parecen tener la ventaja de ser por lo menos consistente y racional. El hecho de que en Colombia solo la Constitución, los derechos en ella consagrados y la evolución social, económica y cultural, sean los únicos argumentos aceptables para que un juez pueda desconocer el imperio de los precedentes, parece contribuir al sostenimiento del principio de igualdad. No resulta válido afirmar que uno u otro de los modelos empleados en los diferentes países sea mejor o peor que otro, dado que los sistemas e instituciones

⁴³ VÉLEZ, Jorge. *Ibíd.* p. 2.

⁴⁴ VÉLEZ, Jorge. *Ibíd.* p. 32 - 33.

judiciales solo pueden valorarse cuando se hace considerando todo el conjunto que los constituye, sin embargo, puede afirmarse que la evolución histórica que se ha dado en Colombia desde que entró en vigencia la Constitución de 1991 en relación con la preponderancia del precedente, ha sido para bien, en la medida que contribuye a la perdurabilidad del Estado de derecho.

3. HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Aunque pudiera afirmarse que el artículo 230 de la C.P. le otorga valor secundario a la jurisprudencia, en la actualidad a nivel mundial parece estarse replanteando el papel de la función judicial en el establecimiento del derecho vigente, “bajo el entendido de que el juez, deja de ser operador jurídico, para tornarse en creador de sub-reglas que concretan el contenido y alcance de la normatividad vigente”⁴⁵.

Diego López al respecto plantea que el sistema jurídico colombiano se funda en los siguientes postulados:⁴⁶

- Los jueces se constituyen simplemente como aplicadores de derecho y no se les reconoce intervención en la creación del mismo.
- Cuando las normas son oscuras o ambiguas, los fallos judiciales permiten “ilustrarlas”.
- El hecho de que la justicia se sujete al derecho se concreta mediante el acatamiento que la autoridad competente hace a las normas.
- En ausencia de norma primaria, la jurisprudencia cumple la función de fuente auxiliar, por lo cual los jueces no se encuentran atados a los fallos judiciales.

⁴⁵ PARRA, María. El precedente judicial en el derecho comparado. En Criterio Jurídico. Santiago de Cali V.4 2004 p. 241.

⁴⁶ LÓPEZ, Diego. El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional. Legis, 2000.

Para el autor Javier Tamayo Jaramillo quien se opone al precedente obligatorio tal y como la corte constitucional lo establece, expone dos razones fundamentales para defender el carácter auxiliar que le otorgo el artículo 230 de la Carta Política a la Jurisprudencia: En la primera establece que el artículo 230 de la constitución política de Colombia sólo le da el carácter de fuente subsidiaria a la jurisprudencia, pero además desde un punto de vista doctrinal defiende la tesis “*que la obligatoriedad rígida del precedente, es nefasta para un ordenamiento jurídico debido a que tiene mas costos que beneficios*”⁴⁷. Sin embargo él no niega que en virtud de un principio de universalidad exista una jurisprudencia unificada. Para el autor es una amenaza a los jueces de inferior jerarquía el acatamiento a ese precedente porque de lo contrario incurrirán en un prevaricato y entonces en virtud de ese temor y amenaza los jueces aplicaran el precedente, aunque lo consideren injusto para el caso en particular. En síntesis el autor expone “*no definiendo la interpretación caótica y libre de las leyes. Pienso que la doctrina y la jurisprudencia como criterios auxiliares de la actividad judicial, según el artículo 230 C.P., son canales indicativos mas no prescriptivos de la interpretación y aplicación del derecho*”⁴⁸.

Como segunda razón fundamental el autor vislumbra que “cuando se hace una interpretación semántica que respeta hermenéuticamente el significado de las palabras que contiene el texto normativo. (...) la obligatoriedad sería menos nociva si esa fuera la interpretación utilizada por la altas Cortes. Pero sucede que la Corte constitucional, aplica la interpretación valorista según la cual los textos de la ley y de la misma Constitución

⁴⁷ TAMAYO JARAMILLO, J. Op. Cit. P. 4

⁴⁸ *Ibíd.* P. 4

deben ser desatendidos si ello es indispensable para lograr la realización del Estado Social de Derecho y demás valores constitucionales. Agrega el autor que bajo este criterio es imposible la creación de una línea jurisprudencial por caer en subjetivismos axiológicos carente de respaldo normativo (...) Estaríamos frente a un desconocimiento del principio de legalidad y convertiría en autómatas a los jueces de inferior jerarquía (...) la argumentación sería exclusivamente moral y para nada jurídica”⁴⁹.

Por otro lado, el autor Carlos Ignacio Jaramillo quien en una posición más conciliadora advierte que “(...) leído el artículo 230 de la Constitución Política, veinte años después, no creemos que sea posible desconocer, in toto, que su papel va más allá de un instrumento simplemente auxiliar, en especial en sede casacional, en donde campea un confeso propósito unificador y, de paso envolvente, y naturalmente en sede constitucional (sentencias unificadoras), hecho este que confirma que, en el día a día, ella se ha ganado un sitio más sustantivo –y jerárquico- que, indefectiblemente, no consulta el alcance lexicográfico atribuido al vocablo “auxiliar” (...)”⁵⁰.

El autor reconoce ampliamente el espacio que ha ganado y la importancia, que en sistemas como el civil law o Derecho continental, la jurisprudencia debe ser estudiada y aplicada en todas las sedes; Casacional, Constitucional y en lo Contencioso Administrativo. Pero este reconocimiento no puede ser más allá de lo racional y jurídicamente posible teniendo en cuenta tanto el sistema de Derecho que nos encontramos y un sistema de fuentes propio de

⁴⁹ Ibid. P. 5

⁵⁰ Ibid. P. 184

este. “ En fin, sin reclamar un Estado jurisprudencial, o inclinarnos por un viraje radical e esta materia, sí pensamos que a la jurisprudencia debe reconocérsele mayor abolengo y, correlativamente, mayor poder vinculante, sin saltos al vacío, y sin la adopción de esquemas que, sin duda, podría erosionar nuestro sistema imperante y nuestra rica tradición jurídica, en modo alguno irrelevante o deleznable (...)”⁵¹”.

La tesis de Carlos Ignacio Jaramillo puede concluirse en las siguientes palabras expresadas de él y me permito transcribirlo: “Lo anterior constata entonces que establecer con toda precisión los alcances y linderos de la jurisprudencia es labor ciertamente útil, a la vez que conveniente, todo con el propósito de despejar dudas, y de evitar la subjetividad en este campo (...) De allí las conocidas críticas Del Dr. Javier a esta interpretación expansiva, las cuales compartimos en su esencia, aunque propendamos, en la esfera tendencial y, por ello, propositiva, a que se le asigne a la jurisprudencia un papel más activo e influyente, sin desconocer el que ya tiene, lo que justifica que nos inclinemos por una reforma enderezada a precisar que la jurisprudencia inicialmente es vinculante por su fuerza racional, por su poder intrínseco de imanación argumentativa, aun cuando no en forma absoluta y mecánica, habida cuenta que es posible que un juez, argumentadamente, sin que por ello sea un hereje, se separe de la línea trazada en terreno jurisprudencial, posibilidad que estimamos profundamente democrática, a la vez que ceñida al genuino rol de un Juez, llamado a decir el Derecho, desde luego con responsabilidad y autoridad, y no

⁵¹ Ibid. P. 187

robóticamente, como si fuera una especie, mutatis mutandis, de “escáner judicial “que se limita a reproducir lo dicho por otros Jueces adscritos a las Altas Cortes, en cuyo caso ya no sería “boca de la ley”, como antes lo fue, sino “boca de las cortes”, que es igual o más pernicioso, incluso , en muestra de una esclavitud judicial, a todas luces arbitraria, arrogante, inconsulta y rayana en lo abrasiva.”

*En otras palabras, en línea de principio rector, en tales circunstancias imperará la jurisprudencia existente, razón por la cual solo excepcionalmente dejara de ser vinculante, con sujeción al cumplimiento de un preciso protocolo de desvinculación (verificación de la carga de argumentación o sustentación), para nada retórico o nominal. Aun así, empero, lo excepcional merece también toda la atención y salvaguarda. Por consiguiente, en consonancia con lo expuesto en precedencia, nos orientamos por, o hacia una **jurisprudencia racionalmente vinculante**” (...)”⁵².*

Ahora bien, si se analiza la evolución de los fallos judiciales posteriores a la Constitución del 91 relacionados con la constitucionalidad del precedente, se puede observar que el concepto ha atravesado varios períodos: En una primera fase se negó la vigencia de la doctrina del precedente, posición que se concreta con la sentencia C-131 de 1993, tal como se mencionó en los antecedentes previamente analizados. De acuerdo con esta postura, la Corte es el organismo que debe precisar los efectos de sus propias sentencias; el artículo 230 de la C.P. le da carácter principal a la ley y pone a la jurisprudencia y doctrina en el

⁵² Ibid. P.197 a 201

grado de criterio auxiliar. Las sentencias de la Corte Constitucional respecto de la exequibilidad o inexecuibilidad de una norma obligan a todas las autoridades y a los particulares, y solamente la parte resolutoria (ratio decidendi) de las sentencias adquiere el carácter de cosa juzgada.

Existe una segunda etapa que se ubica cronológicamente en 1995 en la que la Corte establece la doctrina del precedente, mediante la sentencia C-083 de 1995⁵³, en la que se reconoce como fuente de integración del derecho a la doctrina constitucional, particularmente cuando se presenten lagunas en el mismo⁵⁴. Cuando se intente la aplicación del derecho vigente y persista el vacío, la doctrina adquiere el carácter de obligatoria y se deben aplicar de manera directa las normas constitucionales.

Sin embargo, la Corte mantiene el carácter de auxiliar a la doctrina constitucional interpretativa y de jurisprudencia, por lo cual no genera ninguna consecuencia cuando sea desconocida. Los fallos de los altos tribunales cumplen una función unificadora, conforme al principio de igualdad, que debe aplicarse, de acuerdo con la Corte, tanto ante la ley como ante los tribunales; en los casos en que un juez no dé aplicación a este principio el afectado podrá acudir por vía tutela ante otro juez para que revise el fallo respectivo.

Por medio de la Sentencia T-260 de 1995 la Corte se refiere a su función en tres sentidos:

1) La unificación de los criterios en materia de interpretación y aplicación de las normas

⁵³ Corte Constitucional. MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴ PARRA, María. Óp. Cit.

consagradas en la Constitución; 2) La precisión del alcance de los derechos constitucionales, y 3) La fijación de la doctrina constitucional, con carácter obligatorio para los jueces.⁵⁵ La Corte plantea que el criterio de los jueces no puede tener como consecuencia dudas sobre el hecho de que existe una única Constitución.

La tercera etapa se refiere a la que consolida la doctrina y se sitúa entre 1996 y 2009. Esta etapa se caracteriza por cinco postulados. El primero reitera su propia competencia para fijar los alcances de sus sentencias. El segundo se refiere a la función de definir el alcance de los preceptos de la Constitución Política. El tercer postulado es la reiteración del tránsito a cosa juzgada que explícita e implícita, distinguiendo el carácter vinculante de la doctrina contenida en motivaciones de sus fallos (*ratio decidendi*), por lo que dichos fundamentos son de obligatorio acatamiento para los administradores de justicia e incluso corrigen la jurisprudencia; entre tanto, las otras motivaciones (*obiter dicta*) siguen teniendo carácter auxiliar. El cuarto postulado establece que los asuntos resueltos mediante acción de tutela tienen efectos para las partes, aunque cuando se refiere a doctrina relacionada con el contenido y alcance de los derechos fundamentales, ésta trasciende las situaciones específicas y se convierte en pauta unificadora y orientadora de la interpretación constitucional, por lo que su desconocimiento se considera violatoria del principio de igualdad, salvo en casos suficientemente justificados por el juez.

⁵⁵ *Ibid.*

El quinto y último postulado reitera que la jurisprudencia de los altos órganos administradores de justicia procura la preservación del principio de igualdad mediante la unificación de la jurisprudencia. Además se definen los métodos para la interpretación de precedentes como el *common law*.

Por otro lado, el reconocimiento del respeto que el estado de derecho debe conferirle al precedente fue dado por la Corte a través de la Sentencia C- 836 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, hito frente al desarrollo jurisprudencia del precedente, que al respecto destaca los siguientes puntos:

- Los derechos fundamentales están por encima de la autonomía judicial y de la libertad de los jueces para interpretar y aplicar la ley.
- El juez ejerce su función creadora cuando actúa como agente racionalizador e integrador del derecho a través la jurisprudencia.
- La Corte Suprema tiene fuerza normativa a partir de la autoridad que la Constitución le otorga para unificar la jurisprudencia.
- Los jueces están obligados a materializar el principio de igualdad tanto ante la ley como ante los tribunales.
- En virtud del principio de igualdad los jueces no pueden actuar autónomamente al interpretar y aplicar la ley con base en su entendimiento individual de la misma.
- En virtud del principio de seguridad jurídica, se le da valor normativo al precedente judicial, como requisito para que pueda existir confianza legítima en la

administración de justicia para que el sistema opere dando interpretación consistente y uniforme a la ley.

- La unificación coherente de la jurisprudencia es una necesidad que se sule en Colombia, en virtud de su condición de estado social de derecho, mediante la unidad del ordenamiento jurídico.
- Los jueces tienen una vinculación relativa con los precedentes en la medida en que pueden apartarse de éste en eventos tales como el cambio de legislación y la intención de responder a la realidad social cambiante generada por la transformación de la situación política, social y económica. De todas maneras en estos casos los jueces están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.

Con base en ella se reafirma la doctrina de un precedente obligatorio, no sólo para sentencias de la Corte Constitucional, sino para las del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

Para la Corte Constitucional el precedente es “(...) aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerarse necesariamente por un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”⁵⁶.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

En cuanto al papel de los jueces en relación con el precedente, la sentencia T-1009 de 2009 consideró que una parte de la función hermenéutica es una responsabilidad a cargo de los operadores judiciales, quienes, dentro de la autonomía estipulada en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, deben limitarse a lo definido por la ley con especial cuidado de proteger las garantías señaladas en la Constitución; el texto de esa sentencia al respecto establece que:

Se deduce de las normas constitucionales y legales a las que está sujeto, las decisiones que profiera en ejercicio de esta función deben contener un fundamento objetivo y razonable, ya que el principio de autonomía no prohíba las actuaciones arbitrarias, ni la manipulación de las normas con propósitos caprichosos y resultados perversos, en contra de los mandatos y propósitos legales y justos.⁵⁷

Sobre este mismo punto, a través de la Sentencia C-264 de 1996, la Corte Constitucional había detallado:

La *interpositio legislatoris*, no se omite ni siquiera respecto de los derechos enumerados en el artículo 85 de la C.P., en cuyo caso su preterición no se opone a su aplicación inmediata. Tanto en su ámbito como en el de los demás derechos y deberes, el desarrollo legal resulta indispensable si se piensa en la inevitable exigencia que surge de la vida de relación de coordinar y precisar las condiciones de ejercicio de los derechos y deberes, los que suelen formularse en la Constitución de manera abstracta y en sus contornos más notorios y generales. La solución de los conflictos y tensiones que ordinariamente se dan entre los distintos derechos y deberes, se resuelven por vía judicial. Empero, sin descontar la importancia de los precedentes judiciales, las soluciones de orden general a estas situaciones, es una tarea que no puede ser ajena al Legislador como que en su realización se cifra la efectividad de los derechos y la seguridad que se asocia a su ejercicio.⁵⁸

De acuerdo con la Corte, al momento de fallar los jueces no deben solamente observar la ley sino también la jurisprudencia, sin que se llegue al extremo de que resulten

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1009 de 2000. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-264 de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

completamente obligatorios los precedentes, aunque reconoce la prevalencia de la doctrina constitucional sobre la legal:

Si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir al de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de ésta el que prevalece, tal como se desprende con toda nitidez del fallo C-083 de 1995 que, al declarar la exequibilidad del artículo 8° de la ley 153 de 1887, fijó el alcance de la expresión “doctrina constitucional.”⁵⁹

En relación con sus propios fallos, la Corte Constitucional ha manifestado que el alcance de su interpretación es superior al de los otros jueces y órganos del poder público, hasta el punto que entre sus interpretaciones y la Constitución no puede interponerse ni siquiera “una hoja de papel”⁶⁰. Es así como en la Sentencia SU-640 de 1998 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, mediante la cual la Corte Constitucional dejó sin efectos una sentencia del Consejo de Estado por considerar que desconoció su interpretación sobre el período de los alcaldes y los gobernadores elegidos, sostuvo que:

A diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, la interpretación de la Corte Constitucional no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas (...). Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República (...). A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantienen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso.⁶¹

Del anterior análisis se puede concluir que la posición frente al precedente judicial ha ido evolucionando desde que se promulgó la Constitución Política de 1991 y que la tendencia

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-327 de 1995. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-640 de 1998. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes.

ha sido la de otorgarle cada vez mayor preponderancia en el ordenamiento jurídico, limitando las excepciones de su aplicación, a eventos o contextos particulares que deben ser plenamente justificados por el juez que considere pertinente apartarse del mismo.

3.2 EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL PRECEDENTE

Para valorar la eficacia y efectividad del precedente dentro del ordenamiento jurídico resulta pertinente tener presentes los conceptos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales. Exigibilidad y justiciabilidad son dos expresiones que muchas veces se asumen como idénticas, pero en realidad guardan una relación de género a especie. Para mostrar la diferencia que puede darse entre esta dos expresiones, podríamos decir que la exigibilidad es un concepto amplio que básicamente alude a la capacidad que tienen las personas para reclamar y obtener del Estado, y en ciertos casos de otros actores, el goce efectivo de sus derechos. De acuerdo con Valbuena la exigibilidad de los derechos puede verse como un proceso social, político y legal que puede ser ejercido individual o colectivamente, mientras que la justiciabilidad puede entenderse como la capacidad de procesar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado, como consecuencia de haber ratificado un instrumento internacional de derechos humanos o de haber reconocido como parte del ordenamiento jurídico interno tales derechos; quiere decir que la justiciabilidad supone la posibilidad de reclamar el cumplimiento de obligaciones que constituyen objeto del derecho.⁶²

La justiciabilidad es entonces un camino que puede conducir a hacer valer los derechos, mediante demandas ante algún organismo, que puede ser un juzgado, un tribunal o una corte de justicia sea nacional, regional o internacional. A su vez, para que ese camino

⁶² International Human Rights Internship Program. Una onda en aguas tranquilas. Washington, 1997

resulte efectivo, se necesita de una norma jurídica o instrumento que lo declare; a nivel internacional esas normas pueden ser la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre derechos del Hombre, y en general, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, los Convenios regionales, las constituciones de los países o algunas leyes nacionales o federales entre otros. Adicionalmente es necesario que exista un mecanismo, una acción o un recurso que se emplee para la reclamación o demanda ante los organismos competentes.⁶³

En este contexto, la exigibilidad resulta de mayor trascendencia que la justiciabilidad, dado que es probable que llegue a fracasar la segunda frente a la protección de los derechos de las personas en ciertos escenarios y momentos históricos, lo cual no implica que se agote la exigibilidad de tales derechos. La exigibilidad puede producirse no por la vía de la justicia sino a través de mecanismos de índole política y social, los que pueden incluir estrategias como los informes ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Dentro de los mecanismo sociales pueden presentarse también movimientos y organizaciones como la huelga, la manifestación pública, los plantones, los paros, las marchas, las movilizaciones, los mítines, entre otros.; también mecanismos de participación ciudadana, las comisiones de la verdad, los tribunales internacionales de

⁶³ VALBUENA, JOSÉ . Justiciabilidad del derecho a la salud en el derecho comparado de Argentina y Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Programa de Maestría en Derecho. 2010. 187 p.

opinión, los foros sociales, las campañas de solidaridad, las declaraciones de los movimientos sociales, las audiencias públicas populares y los parlamentos populares.⁶⁴

Al analizar este aspecto es conveniente tener en cuenta lo planteado por la corte en la T-406 de 1992:

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

Otro caso que puede aportar elementos de análisis sobre la eficacia y eficiencia del precedente frente a la protección de los derechos es el analizado por Buitrago refiriéndose a la sentencia SU- 640 de 1998. El problema jurídico planteado se refiere a si violaban derechos fundamentales las decisiones del Consejo de Estado de suspender provisionalmente la Resolución del Consejo Nacional Electoral en el sentido de extender el periodo de un alcalde a tres años y su posterior declaratoria de nulidad; la Corte Constitucional al respecto argumentó que *“estas decisiones omitieron toda consideración respecto de las sentencias emanadas de la Corte Constitucional sobre la materia, pese a su pertinencia como fuente obligatoria para resolver la controversia planteada, pues ya*

⁶⁴ VALBUENA, JOSÉ . Exigiendo los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, 2004.

había una ratio decidendi sobre el tema”⁶⁵. De acuerdo con la Corte, ese desconocimiento repercutió en la violación del derecho de participación política del actor quien entonces se vio privado de gozar del efecto erga omnes y de eficacia inmediata de las sentencias de la Corte Constitucional, viéndose imposibilitado de ejercer como alcalde por un período de gobierno de tres años. Para Buitrago, la razón de la decisión de una sentencia de constitucionalidad es precedente para un caso concreto, a pesar de que una sentencia de unificación no puede ser caso precedente frente a una sentencia de control abstracto, debido a que los hechos concretos limitan la configuración del precedente.

Al abordar el análisis de este asunto si en sus providencias judiciales las autoridades judiciales debieran someterse exclusivamente a las normas con fuerza de ley, la Constitución perdería todo su valor normativo y su supremacía jerárquica, al menos en lo que respecta a la actividad judicial.⁶⁶

Con respecto a la definición del carácter vinculante de la *ratio decidendi* para los jueces, señala que:

La *ratio decidendi* abarca el circuito jurídico determinante así como las razones inescindiblemente relacionadas con el *decisum* y sin las cuales la decisión del caso no sería comprensible o carecería de fundamento (...) La *ratio decidendi* surge de la propia lectura autorizada por la Constitución por parte del órgano encargado de velar por su interpretación y aplicación integrales. La *ratio decidendi* se proyecta - en virtud del principio de igualdad, de la seguridad jurídica, del principio de confianza legítima, y de la supremacía de la Constitución- más allá del caso concreto y tiene la fuerza y el valor del precedente para todos los jueces en sus decisiones. Una vez fijado con autoridad, por el órgano competente y siguiendo el procedimiento

⁶⁵ BUITRAGO, MARÍA M. Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema De Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad Nacional de Colombia. 2011. 212 p.

⁶⁶ BUITRAGO, MARÍA M. Óp. Cit.

constitucional para ese fin, el significado de la norma constitucional se integra a ella y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un estado social de derecho. El artículo 230 de la Constitución establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, concepto que no abarca exclusivamente las leyes en sentido formal, sino que comprende obviamente la Constitución en un sentido amplio, el derecho dentro del cual la ratio de las sentencias ocupa un lugar primordial puesto que le confiere efectividad a las normas, al concretar su alcance.⁶⁷

Al evaluar, tanto desde el punto de vista filosófico como desde el análisis de los casos concretos acá mencionados, se deduce que el precedente constitucional si puede cumplir y de hecho ha cumplido una función eficaz y efectiva respecto de la protección de los derechos consagrados en la Constitución. Más aún, la prevalencia del precedente frente a otras consideraciones legales para las autoridades judiciales, ha sido un principio cuya aplicación y alcance interpretativo la Corte ha venido perfeccionando teniendo como mira la preservación de tales derechos.

Al momento de evaluar la eficacia y la efectividad del precedente debe mantenerse presente el hecho de que el fin último que debe buscarse es la maximización del beneficio de la sociedad. En este contexto, el aspecto jurídico debe ir de la mano del modelo económico que prevalezca en la sociedad, por lo que vale la pena considerar la reflexión hecha por el filósofo y economista bengalí Amartya Sen, ganador del Premio Nobel de economía en 1998:

El hecho de que el desarrollo social, por sí solo, no necesariamente puede generar crecimiento económico es totalmente coherente con la posibilidad, actualmente comprobada a través de muchos ejemplos, de que facilita considerablemente un crecimiento económico rápido y participativo, cuando está combinado con políticas

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU -1219 de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

amigables a efectos de mercado que fomentan la expansión económica. El papel de la equidad económica también ha sido objeto de atención en este contexto, en relación con los efectos adversos tanto de la desigualdad del ingreso como de la distribución desigual de la tierra.⁶⁸

En este modelo de desarrollo propuesto por Sen tiene un papel prioritario la libertad en el desarrollo de las capacidades del hombre y las oportunidades para demostrarlas. Sen plantea que los derechos civiles y políticos se justifican por sí mismos, tanto en la medida en que contribuyen a ampliar las capacidades de los individuos para gobernar sus propias vidas, como en la medida en que sirven como incentivos democráticos que protegen a la población contra consecuencias graves ocasionadas por catástrofes y calamidades naturales o generadas por errores políticos.⁶⁹

Ahora bien, el análisis sobre la efectividad y eficacia del precedente lleva a resolver uno de los planteamientos formulados a lo largo de este trabajo referente a si éste realmente sirve para efectivizar derechos, diferente a protegerlos o garantizarlos, para ello nos propondremos revisar desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal los principios de **confianza legítima, igualdad y seguridad jurídica** para determinar si ellos se efectivizan a través del precedente.

⁶⁸ SEN, AMARTYA. Reflexiones acerca del Desarrollo a comienzos del Siglo XXI. Paper presentado a la "Development Thinking and Practice Conference". Septiembre 3-5, 1996, Washington D.C., Bid. Citado por Joan Prats Catalá. Por una gobernabilidad democrática para la expansión de la libertad. 2003.

⁶⁹ PRATS, Joan. Por una gobernabilidad democrática para la expansión de la libertad. 2003.

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado sobre los tres principios en el sentido de que todos van de la mano, por ello en la mayoría de sus pronunciamientos se refieren en conjunto.

En cuanto estos principios se pueden resumir los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en esto: “(...) *la certeza que la comunidad jurídica aspira a tener en el sentido de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma, es decir, la garantía de que el ejercicio de la función jurisdiccional atienda a los dictados del principio de la seguridad jurídica, como garantía de la estabilidad con la cual los ciudadanos precisan contar para ejercer sus derechos y libertades, así como para que se les asegure la vigencia de un orden justo -artículo 2 constitucional-. La previsibilidad de las decisiones judiciales, la seguridad derivada de que los jueces han interpretado y continuarán interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente, provee certidumbre sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, lo cual les permite actuar libremente, de conformidad con aquello que la práctica judicial ha señalado que constituyen actividades o comportamientos protegidos por el derecho. La obligatoriedad para el juez de no desatender injustificadamente los pronunciamientos judiciales antecedentes y la misma seguridad jurídica a la cual se ha hecho alusión, se constituyen en elementos sin los cuales no es posible materializar dos principios con entronque en el artículo 83 de la Constitución Política: la buena fe y la confianza legítima. De éstos se deriva, para los administrados, la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones que si bien aisladamente consideradas pueden estar provistas de fundamentos jurídicos, al ubicarlas en el contexto*

*del que ha venido siendo el sentido de las decisiones adoptadas frente a supuestos equiparables, en realidad resultan contradictorias, de suerte que defraudan la expectativa legítima que en el interesado en la determinación se había creado con base en el comportamiento anterior de quien decide frente a situaciones de naturaleza similar. Se trata de la garantía derivada del respeto por el propio acto, que también debe ser predicable de las autoridades judiciales, a las cuales, por tanto, les están vedadas - salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a los cuales se hará referencia más adelante- actuaciones que desconozcan la máxima latina venire contra factum proprium non valet; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la Administración de Justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, **sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción**”⁷⁰. (Negrilla y subrayado por fuera del texto).*

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C -836 de 2001. M.P y Consejo de Estado. Sentencia del 4 de marzo de 2008. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicado. 25000-23-26-000-1999-02724-01(31120). Aclaración de voto del Consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Contrario a lo anterior el autor Tamayo Jaramillo al analizar la sentencia C-836 de 2001, específicamente en cuanto al derecho a la igualdad menciona que el mismo artículo 230 de la Carta Política consagra un principio inherente al Estado Social de Derecho y a los Derechos fundamentales, pone de presente que de este artículo se deriva el principio de legalidad e igualdad. Estos principios no pueden desconocerse en virtud de un activismo judicial o valoraciones, ya que el constituyente primario dio como fuente primaria a un Derecho escrito y fuente auxiliar a la jurisprudencia. Desatender el texto del artículo 230 de C.P es cambiar el sistema de derecho escrito. Y a su juicio no sólo desconoce el artículo 230 sino el 3 de la C.P, en donde la soberanía reside sobre el pueblo y es este mismo que decidió que estuviéramos en un sistema de derecho escrito y que la jurisprudencia fuera de condición auxiliar interpretativa y de apoyo a los vacíos de la ley. Tamayo no se opone a un sistema, donde la jurisprudencia sea más allá de un criterio auxiliar, siempre y cuando se adopte por medio de la constitución y no a través de interpretaciones de la Corte, porque así se garantizaría un principio de legalidad que conlleva a la igualdad material⁷¹.

Por otro lado el autor afirma que la Corte, mal interpreta su papel de guardiana de la Constitución, ya que garantizar los derechos contenidos en ella “no significa realizar y materializar los Derechos de la Constitución cueste lo que cueste” (...), los Derechos contenidos en la Constitución son **prima facie**, es decir exigibles y aplicables en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible. La Corte no debe tomar supra poderes y

⁷¹ TAMAYO JARAMILLO. Op.Cit. P. 18

usurpar las funciones de las demás ramas para hacer cumplirlos. Se debe recordar que con base en los postulados del constitucionalismo moderno, no todos los derechos son materializables e inclusive la misma ley puede limitarlos siempre y cuando no lesionen el núcleo esencial de los mismos⁷².

Todo lo anterior, nos lleva a examinar los artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011 que materializan los principios mencionados al disponer un derecho para los administrados y una acción para hacer efectivo ese derecho, el primero consistente en que *“las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. y un medio para hacerlo exigible”* (Art. 10). Y el segundo se refiere a una acción por medio de la cual el administrado podrá hacer exigible, si acredita los mismos supuestos fácticos y jurídicos, a las autoridades extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho (Art.102).

Ahora nos preguntamos: ¿Dicha acción es suficiente para la efectivización de los derechos? o ¿sólo desde el momento en que el precedente adquiere el carácter vinculante, que las Cortes le dan, se efectivizan los derechos? Es claro que no sólo el carácter

⁷² Ibid. P. 19, 20

vinculante que se le ha dado al precedente es suficiente para la efectivización, sino que también la acción dispuesta en el artículo 102 garantiza que haya un medio, sin ser el único, para efectivizar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima porque permite que los administrados puedan hacer extensiva los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial a un caso similar, “de manera que se garantice la igualdad entre las personas, pero además se evite tener que acudir a la jurisdicción para obtener el mismo resultado final”⁷³.

Igualmente, es claro que la razón de ser de esta creación es generar agilidad y eficiencia en el sistema judicial y en el aparato estatal para dar respuesta a los administrados logrando así efectivización de los derechos.

Así las cosas, los artículos 10 y 102, establecen claramente que los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la **efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política** y la ley y la preservación del orden jurídico”⁷⁴.

⁷³ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimientos administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ed. Legis. P. 30

⁷⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. Artículo 103. Diario Oficial 47.956 de enero 18. 2011.

3.3 PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO

A partir de la expedición de la ley 1437 de 2011 surge claramente la distinción entre dos conceptos precedente administrativo y precedente jurisdiccional, estos no son excluyentes, por el contrario uno depende del otro, sin embargo, el primero se define en el ámbito de la administración pública y el segundo en la de la jurisdicción contencioso administrativa, así lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C -539 de 2011: “ *El problema jurídico planteado hace referencia directa a la aplicación del precedente judicial en materia administrativa, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, y no a la aplicación del precedente en materia judicial. Estos problemas, si bien presentan unos elementos comunes, como se puso en evidencia en el recuento jurisprudencial realizado en la parte motiva de esta sentencia, constituyen situaciones jurídicas bien distintas, tanto por los sujetos obligados a aplicar el precedente, que en este caso son las autoridades administrativas, como por el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial, que en el caso de las autoridades administrativas es estricto, en razón a que éstas se encuentran sujetas, como todas las autoridades públicas y servidores públicos en el país, a la Constitución y a la ley, más no gozan de la autonomía que se predica de las autoridades judiciales, en virtud de la cual les es permitido a estas últimas apartarse del precedente judicial impuesto por las Altas Cortes en ciertos casos excepcionales y razonablemente justificados*”⁷⁵.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 539 de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

En ese orden de ideas y conforme con Santofimio “*el precedente administrativo se entiende como la decisión administrativa que de manera consistente y vinculante, a partir de una solución jurídica a una situación fáctica específica, fija el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho*”⁷⁶. Dicho concepto está plasmado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en una clara referencia además a la aplicación del precedente jurisdiccional, dicho artículo señala que las autoridades deben aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos y con este propósito, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen las normas correspondientes, ello es un concepto novedoso porque no sólo se habla de precedente judicial sino que la administración también puede darle valor obligatorio a las decisiones judiciales para aplicarlo a sus propias decisiones. Con ello no sólo se logra garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica, sino que además el funcionamiento del aparato estatal administrativo es mucho más eficiente y ágil⁷⁷.

⁷⁶ SANTOFIMIO, J. Op. Cit. p. 70

⁷⁷ *Ibid.* p. 62

En cuanto al precedente judicial Buitrago analiza la forma como se puede interpretar judicialmente la ley considerando la existencia de diversos valores y principios en la sociedad, además de la pluralidad cultural y étnica y de la existencia de uno derechos fundamentales comunes a toda la sociedad, por encima de sus diferencias. La autora plantea que fue a través de la interpretación sistemática y la ponderación de principios en que la doctrina y la jurisprudencia dieron respuesta a este problema, apelando a la teoría de los principios de Dworkin⁷⁸ y la teoría de los derechos fundamentales de Alexy⁷⁹, las cuales no niegan la existencia de diferentes tipos de principios y de valores y en cambio se ponderan y se sopesan, debiendo analizarse en cada caso concreto las razones por las cuales uno de los principios o valores debería ceder ante otro que tenía una importancia mayor, sin desconocer la existencia del primero. Buitrago cita a Bernal Pulido quien al respecto afirma que *“en razón de esta función, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional”*⁸⁰.

Al procurar la aplicación de esta función de ponderación surgen casos en los que fácilmente se puede definir la prevalencia de un principio sobre los demás, mientras que en otros casos esta tarea no resulta tan sencilla; Buitrago cita como ejemplo el caso de los latigazos que algunas comunidades étnicas emplean como una forma de castigo, caso en el que se confrontan el respeto a la integridad personal y el reconocimiento de autonomía de

⁷⁸ DWORKIN, Ronald, El Imperio de la Justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Gedisa Editorial, Primera edición 1988, Segunda reimpresión, 2005, Barcelona, 2005.

⁷⁹ ALEXY, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28 Bogotá, 2003.

⁸⁰ BERNAL Pulido, Carlos, El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición 2005, Quinta reimpresión, 2008, Bogotá, 2008.

esas comunidades, disyuntiva que confirma, según la autora, que en derecho no existen soluciones únicas y que siempre habrá un margen de discrecionalidad judicial. Mediante la sentencia C- 037 se confirmó que cuando la Corte Constitucional interpreta la Carta, lo hace necesariamente con fuerza de autoridad y conforme a lo establecido en la misma Constitución, específicamente en el artículo 241, al tiempo que se declaró inexecutable la expresión contenida en el artículo 48 de la Ley Estatutaria revisada, el cual establecía que solamente la interpretación del Congreso de la República podía considerarse de carácter obligatorio general. De acuerdo con esta sentencia la interpretación que hace la Corte Constitucional por vía de autoridad tiene carácter obligatorio general⁸¹. También se declaró constitucional la norma contenida en la misma Ley según la cual la motivación de las sentencias de tutela constituye criterio auxiliar para los jueces.

Estos conceptos de la Corte se dieron al considerar que la doctrina constitucional definitoria “del contenido y del alcance de los derechos constitucionales de los fallos de tutela, trascendía las situaciones concretas y se convertían en pauta unificadora y orientadora de la interpretación de la Constitución, además que el principio de independencia judicial tenía que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corría el riesgo de incurrir en arbitrariedad”⁸². De acuerdo con la Corte esta unificación doctrinal persigue la materialización del principio de igualdad en cuanto a la jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales.

⁸¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 083 de 1995, MP: Carlos Gaviria Díaz, F.J. 6.2.5., Bogotá 1995

⁸² BUITRAGO, MARÍA M. Óp. Cit. p. 59.

De acuerdo con estos puntos se desprende, entonces, que el precedente jurídico debe entenderse operante tanto en materia administrativa como jurisdiccional administrativa, afirmar lo opuesto sería ir en contra del principio de igualdad que la Corte, como máxima autoridad en materia Constitucional, señala como obligatorio inclusive para sí misma, salvo en los casos en que rijan las excepciones y se expongan las justificaciones para proceder de manera contraria a los precedentes constitucionales.

3.4 EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL PRECEDENTE JURÍDICO

En sentencia C-634 de 2011 la Corte constitucional declaró exequible de manera condicionada el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, aclarando que además de las sentencias unificadoras proferidas por el Consejo de Estado, las autoridades deben considerar también las decisiones de la Corte Constitucional. Agregó, que sus decisiones deben considerarse de manera preferente respecto de las sentencias unificadoras del Consejo de Estado, además del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

De lo anterior se colige las diferencias que existen entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, inclusive desde que entró en vigencia la Constitución del 91. Frente a este asunto, Echeverry había afirmado que “si la Constitución es “Norma de normas” entonces la Corte Constitucional es “Tribunal de Tribunales” y en gran parte le corresponde su salvaguarda, y la difícil tarea de hacerla valer por encima de otras normas jurídicas de menor jerarquía, incluida la ley”⁸³. El autor considera que en Colombia todavía se presenta un control difuso de constitucionalidad y que, a pesar de que existen otros organismos judiciales que hacen una defensa constante de las disposiciones de la Carta, con la aceptación de tutelas contra sentencias de las demás cortes como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional genera un choque de trenes

⁸³ ECHEVERRY, CARLOS. C. El imperio de la discrecionalidad judicial. Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 8, No. 1 2008-1 pp. 195-216 ISSN 1657-3978. 2008. 22 p.

al concentrar el control de constitucionalidad, ampliando el espectro de los términos establecidos en el artículo 241 para dicho control.

Si bien han existido conflictos entre los altos tribunales respecto de la existencia o no de mutuas instancias superiores entre ellos, el artículo 10 precitado puede entenderse como una reiteración, desde el marco legislativo, de que el precedente también debe aplicarse en los asuntos de competencia del Consejo de Estado y, como consecuencia de ello, de las decisiones que las autoridades administrativas del Estado, al tener este órgano el máximo nivel consultivo del Gobierno. Esta situación puede además deducirse si se acepta que la observancia del precedente cumple función de garante del derecho de igualdad, el cual no puede ser válidamente ajeno a las actuaciones del Consejo de Estado y del Gobierno en general.

El Consejo de Estado en relación con el poder vinculante de sus decisiones fijó su posición en los siguientes términos:

(...) Es fácil colegir, que estos dos conceptos (la importancia o la trascendencia social), desde lo práctico y también desde lo sustancial, constituyen los elementos que le otorgan significado jurídico a las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, entendido constitucionalmente como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa. Nos explicamos: el fenómeno de la importancia jurídica representa un conflicto superior para la vida colectiva de la Nación y en esta proporción, la decisión que contiene la sentencia, que define dentro de este ámbito la aplicación del derecho, por supuesto representa un efecto de trascendencia superior en el funcionamiento del orden jurídico, por lo que aún, en el plano mismo del análisis objetivo del ordenamiento, no es posible negar que existe en estas sentencias un especial poder vinculante, que desde luego no puede ser desconocido por la Administración Pública o por la sociedad civil y mucho menos por los operadores jurídicos. Si una sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo expedida por importancia jurídica es ignorada por

esos tres agentes de la vida colectiva, lo que se produce inequívocamente conduce al evento de una violación constitucional en el ámbito preciso del contenido material del ordenamiento, vale decir, sin necesidad de entrar a examinar violaciones de derechos subjetivos de las personas. Desconocer este planteamiento equivale a ignorar el poder regulador de la Carta Política y el arbitrio (las competencias) de las autoridades públicas en el funcionamiento de la Administración de Justicia, lo cual hace patente un resquebrajamiento del Estado de Derecho. En lo relacionado a la trascendencia social a que se refiere el numeral 5° del artículo 97 del C.C.A.⁸⁴

Dentro de la Sentencia el Consejo de Estado analiza el artículo 237 Constitucional, en el que se definió que éste desempeña funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de donde se desprende, de acuerdo con la Sentencia, que la razón sustancial de esa Corporación supone la posibilidad de actuar como órgano de cierre en la definición del derecho, en lo que toca con el funcionamiento de la Administración Pública. Adicionalmente, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, le asigna a la Sala Plena, entre otras, la función de *“conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación.”*

En relación con las implicaciones del precedente para los jueces de tutela, la posición del Consejo de Estado es la siguiente:

Si dentro de los restringidos límites del defecto fáctico el juez de tutela encuentra que la determinación de los hechos efectuada por el juez natural parte de criterios irrazonables o se configura sobre la omisión en la valoración de pruebas necesarias, o bien, se construye omitiendo el decreto de pruebas imprescindibles para acercar la verdad procesal a la verdad real, y si ello tiene una evidente incidencia en el sentido de la decisión, es posible

⁸⁴ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-15-000-2010. Consejero Ponente: .Sección .Sala

efectuar una revisión constitucional del fallo pues el principio constitucional impide dar un valor absoluto a la cosa juzgada de decisiones que escapan al principio de razonabilidad, consustancial al concepto de debido proceso, y que en materia probatoria incluye la motivación de la valoración de la prueba y el respeto por los principios de la sana crítica.⁸⁵

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 11001-03-15-000-2010.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una de las primeras conclusiones que se obtiene del análisis hecho a la función del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano es que su aplicación ha tenido una evolución desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Esa evolución ha estado marcada por hitos que pueden identificarse dentro de sucesivas sentencias de la Corte Constitucional, en las que se ha precisado cada vez más el alcance y las implicaciones del precedente en el proceder de los jueces. Como producto de esa evolución, la posición más reciente de la Corte señala que los jueces y la administración deben observar, al momento de decidir, no solo la ley sino también las consideraciones de la Corte previamente proferidas en casos similares, con el propósito de garantizar de esta manera el derecho a la igualdad de todos los sometidos a la ley.

Sin embargo, la Corte también reconoce no solo la necesidad sino la conveniencia de que los jueces puedan apartarse en ciertos casos de los precedentes establecidos por los tribunales, lo cual debe suceder para que la justicia pueda adaptarse a cada caso particular y a la evolución social y económica de la nación. Sin embargo, esa opción que le otorga la Corte a los jueces para diferir de los precedentes jurídicos, tiene un límite y exige que cuando se utilice se haga presentando las correspondientes consideraciones que el juez haya tenido en cuenta.

En cuanto a la aplicación del derecho comparado en materia de aplicación del precedente constitucional, pudo observarse que en Colombia la evolución que ha tenido la

interpretación del alcance y las implicaciones del precedente constitucional se ha caracterizado por mantener una progresividad, situación que no todos los países analizados pueden reconocer frente al mismo asunto. Sin embargo, esto no quiere decir que la situación sea más o menos favorable en un país o en otro, dado que el análisis de los sistemas constitucionales y legales debe hacerse de manera holística y no analizando de manera fraccionada la forma como opera cada uno de los engranajes que los conforman.

Por otra parte, la ley 1437 de 2011 en la que se define el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae consigo el concepto de precedente administrativo y establece que en estas materias también debe observarse el precedente constitucional, y que las sentencias unificadas del Consejo de Estado serán el referente para el Gobierno al momento de decidir sobre la aplicación de las normas.

En ese orden de ideas, el artículo 10 y 102 de la ley 1437 de 2011 surge como otro medio para la efectivización de los derechos pues trae consigo la novedad de una acción para hacer exigible la aplicación del precedente jurisdiccional, además de un deber para la autoridades de aplicarlo cuando se den los supuestos normativos allí establecidos.

También pudo analizarse que el precedente contribuye a la efectivización de derechos constitucionales; dicho de otra forma, si no se respetara el precedente judicial podrían ponerse en riesgos algunos de esos derechos, empezando por el derecho de igualdad que debe conducir a que ante comportamientos iguales se produzcan decisiones judiciales

iguales. Por esta misma razón puede afirmarse que el precedente supera positivamente el juicio de eficacia y efectividad.

Finalmente, de todo el análisis realizado creemos que el precedente debe ser relativamente vinculante, en el sentido de que mantiene su carácter auxiliar y sólo será vinculante en algunos casos, tal y como se desprende de la reforma al artículo 230 de la Constitución política a través del Acto Legislativo 011 de 2011. Ello podría generar una mayor seguridad jurídica, pero a su vez mantener el concepto del derecho de los jueces a interpretar y no la dictadura de los jueces a sobrepasar lo dispuesto por la constitución y la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28 Bogotá, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos, La fuerza vinculante de la Jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición 2005, Quinta reimpresión, 2008, Bogotá, 2008.
- BERNAL, Manuel, GARCÍA, Diana. Metodología de la investigación jurídica y sociojurídica. Fundación Universitaria de Boyacá. Centro de Investigaciones para el desarrollo "CIPADE". Tunja, Colombia. 2003, p. 95.
- BOTERO, Catalina, JARAMILLO, Juan Fernando, UPRIMNY, Rodrigo, (et. al), Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Andiarios, Fundación Konrad Adenauer y Dejusticia, Ed. Legis S.A. Bogotá, Primera Edición 2006. pp. xxiii- xxiv.
- BUITRAGO María. Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema De Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad Nacional de Colombia. 2011.

- CAICEDO, Angélica. El principio de confianza legítima en las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia. Universidad de Antioquia. 2009.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. Artículo 103. Diario Oficial 47.956 de enero 18. 2011.
- DE OTTO, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1995.
- DWORKIN, Ronald, El Imperio de la Justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Gedisa Editorial, Primera edición 1988, Segunda reimpresión, 2005, Barcelona, 2005.
- ECHEVERRY Carlos. El imperio de la discrecionalidad judicial. Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 8, No. 1 2008-1 pp. 195-216 ISSN 1657-3978. 2008.
- ESCOBAR, Lina. La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. 2006,
- ESPINOSA, Sebastián. El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008. Universidad Andina Simón Bolívar. Programa de Maestría en Derecho. 2010. p. 35.
- GARCÍA Karen, ANDUQUIA Guillermo y CAÑÓN Orlando. El precedente constitucional y el reconocimiento de los derechos a los miembros de la comunidad

de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (L.G.B.T). Universidad Libre de Colombia. 2011.

GONZALEZ, Sergio. Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos: hacia un nuevo paradigma. Universidad Externado de Colombia. 2010

HERRERA, Wilson. Régimen de la Rama Judicial Colombiana. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2005. pp. 341 – 391.

International Human Rights Internship Program. Una onda en aguas tranquilas. Washington, 1997.

LÓPEZ, Diego. El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional. Legis, 2000.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Segunda edición, Sexta reimpresión, 2008, Ed. Legis S.A. Bogotá, 2008.

MEJÍA, Rafael. Ejecución y vigencia de la ley frente a la actividad administrativa y frente al contencioso administrativo: la acción de cumplimiento en la reforma del CCA. Universidad Externado de Colombia. 2010.

MOLINARES Hassan, Viridiana. El precedente constitucional: Análisis de la sentencia T-292 de 2006. Revista de Derecho N° 35. Universidad del Norte. Barranquilla, 2011.

- NOGUEIRA, Humberto. La Sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y Reflexiones Jurídicas. Estudios Constitucionales Año 8, N° 1. 2010, pp. 79 - 116.
- OLLERO, Andrés, Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda edición aumentada y actualizada, Madrid, 2005.
- ORTIZ, Ingrid. El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia: comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010. Universidad Externado de Colombia. 2010
- PARRA, María. El precedente judicial en el derecho comparado. En Criterio Jurídico. Santiago de Cali V.4 2004.
- PINZÓN, Luz. Importancia de la geografía económica y el desarrollo humano. Revista CIFE. 2006. Pp. 135 – 154.
- PRATS, Joan. Por una gobernabilidad democrática para la expansión de la libertad. 2003.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-113 DE 1993, MP: Jorge Arango Mejía; C- 083 de 1995, MP: Carlos Gaviria Díaz; C- 037 de 1996, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C- 836 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil; C- 1195 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra; C- 816 de 2011 MP: Mauricio González Cuervo, C-634 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva. En sede de tutela, la línea fue la siguiente: T- 123 de 1995, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T- 260 de 1995, MP: José Gregorio Hernández Galindo,

T- 175 de 1997, MP: José Gregorio Hernández Galindo, T-321 de 1998, MP: Alfredo Beltrán Sierra, T- 566 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-009 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T- 068 de 2000 MP: José Gregorio Hernández.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo colombiano. Universidad Externado de Colombia. Serie de Derecho Administrativo 11. Bogotá, 2010.

SEN, Amartya. Reflexiones acerca del Desarrollo a comienzos del Siglo XXI. Paper presentado a la “Development Thinking and Practice Conference”. Septiembre 3-5, 1996, Washington D.C., Bid. Citado por Joan Prats Catalá. Por una gobernabilidad democrática para la expansión de la libertad. 2003.

SERNA, Javier. El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo. Universidad de Antioquia. 2010.

TAMAYO JARAMILLO, Javier y JARAMILLO J. Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2012.

URIBE, Antonio José. Introducción a Jurisprudencia Colombiana, Imprenta Nacional, Bogotá, 1900.

- VALBUENA, José. Exigiendo los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, 2004.
- VALBUENA, José. Justiciabilidad del derecho a la salud en el derecho comparado de Argentina y Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Programa de Maestría en Derecho. 2010.
- VÉLEZ, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo ensayo de derecho público comparado. Institución Universitaria Sergio Arboleda. Bogotá, 1996.
- VERDUGO, Sergio. Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador. Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1. 2010.
- VIVEIROS, Mauro. El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual. Universidad Complutense de Madrid. 2011.
- YANTEN, Diego. La indeterminación judicial de la responsabilidad extracontractual del estado por funcionamiento anormal del servicio en la función administrativa. Universidad del Rosario. 2010.