

**LA DINÁMICA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

**TRABAJO DE GRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**PRESENTADO POR:**

**ALFREDO JAIME RODRÍGUEZ GARRETA**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**DIRECCIÓN DE POSGRADOS**

**BOGOTÁ – 2014**

**LA DINÁMICA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

**DOCENTE INVESTIGADOR**

**GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**DIRECCIÓN DE POSGRADOS**

**BOGOTÁ – 2014**

## TABLA DE CONTENIDO

|                                                                     | Pág.      |
|---------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>LA DINÁMICA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....</b>       | <b>1</b>  |
| <b>LA DINÁMICA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....</b>       | <b>6</b>  |
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>                                           | <b>7</b>  |
| <b>PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....</b>                               | <b>10</b> |
| <b>INVESTIGACIÓN SOCIO JURÍDICA.....</b>                            | <b>11</b> |
| <b>MÉTODO.....</b>                                                  | <b>11</b> |
| <b>HIPÓTESIS. ....</b>                                              | <b>12</b> |
| <b>RESUMEN .....</b>                                                | <b>13</b> |
| <b>ABSTRAC.....</b>                                                 | <b>15</b> |
| <b>GLOSARIO .....</b>                                               | <b>16</b> |
| <b>CAPITULO I ORÍGENES .....</b>                                    | <b>17</b> |
| 1. La dinámica de los orígenes del precedente. ....                 | 17        |
| 1.1. En relación con el constitucionalismo. ....                    | 17        |
| 1.2. Desde la perspectiva filosófica.....                           | 19        |
| 1.3. Common law versus civil law. ....                              | 21        |
| 1.4. El sistema inglés y su dinámica (Gutarrea).....                | 23        |
| 1.5. El sistema norteamericano y su dinámica.....                   | 27        |
| 2. Dinámica del precedente en algunos países latinoamericanos. .... | 29        |
| 2.1 La dinámica desde Perú. ....                                    | 30        |
| 2.2 La dinámica desde México.....                                   | 34        |
| 2.3 La dinámica desde Bolivia. ....                                 | 36        |
| 2.4 La dinámica desde Argentina.....                                | 37        |
| 2.5 La dinámica desde Ecuador.....                                  | 38        |
| <b>CAPITULO II EL MODELO COLOMBIANO .....</b>                       | <b>41</b> |
| 1. Diferentes tipos de modelo en Colombia. ....                     | 41        |

|      |                               |    |
|------|-------------------------------|----|
| 1.1. | Modelo Difuso. ....           | 41 |
| 1.2  | Modelo Dual y paralelo. ....  | 42 |
| 1.3  | Modelo concentrado.....       | 42 |
| 1.4  | Modelo Híbrido.....           | 43 |
| 2.   | La fuente del precedente..... | 44 |
| 3.   | La “ley”.....                 | 44 |

### **CAPITULO III DOCTRINA LEGAL Y PROBABLE A UN NUEVO PRECEDENTE**

#### **47**

|      |                                                                                                                             |    |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.   | El efecto de la doctrina de lo legal a lo probable neo constitucional.....                                                  | 47 |
| 1.1. | Un pasado legislativo “doctrina legal y probable” a un precedente de un derecho viviente de “doctrina constitucional”. .... | 47 |
| 1.2. | La perspectiva, relevancia y alcance de aplicación del precedente. ....                                                     | 51 |
| 1.3. | El efecto de armonía de los órganos del Estado.....                                                                         | 52 |
| 1.4  | El valor del imperio de la ley y su sometimiento frente al operador judicial.....                                           | 53 |
| 1.5  | El valor de la uniformidad de la jurisprudencia y el control de constitucional. ....                                        | 56 |
| 2    | La fuerza vinculante del precedente como fuente de derecho. ....                                                            | 57 |
| 2.1. | Los efectos de la jurisprudencia.....                                                                                       | 58 |
| 2.2. | Efectos de los fallos de la Corte Constitucional en asuntos constitucionales. ....                                          | 59 |
| 2.3. | Diferencias entre la jurisprudencia ordinaria de los tribunales y la jurisprudencia constitucional,.....                    | 60 |
| 2.4. | Corte Constitucional son fuente obligatoria art. 230 inciso 1º C.P. o un criterio auxiliar art. 230 inciso 2º. ....         | 61 |
| 2.5  | . Las sentencias de constitucionalidad tienen la fuerza de cosa juzgada.<br>62                                              |    |
| 2.6  | La fuerza vinculante del precedente de cierre. ....                                                                         | 66 |
| 3    | La dinámica del precedente frente la ratio decidendi y obiter dicta. ....                                                   | 67 |
| 3.1. | Teoría de huevo de la Ratio, Obiter dictum y stare decisis. ....                                                            | 68 |
| 3.2  | Resulta vinculante la ratio decidendi y subsidiariamente el obiter dicta como regla o sub regla del derecho.....            | 70 |
| 4.   | La dinámica del precedente en la constitución .....                                                                         | 71 |

|                                                                                                      |                                                                                                      |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.1.                                                                                                 | Los efectos dinámicos del precedente y su obligatoriedad. ....                                       | 71         |
| 4.2.                                                                                                 | Los efectos del precedente respeto al debido proceso. ....                                           | 74         |
| 4.3                                                                                                  | Efecto de validez y autonomía o independencia de los jueces frente al precedente.....                | 76         |
| 4.4                                                                                                  | El efecto judicial horizontal y vertical.....                                                        | 77         |
| <b>CAPITULO IV EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE POR EL OPERADOR JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO .....</b> |                                                                                                      | <b>80</b>  |
| 1.                                                                                                   | El operador judicial puede desconocer o apartarse del precedente. ....                               | 80         |
| 1.1.                                                                                                 | Cuando puede el operador desconocer el precedente. ....                                              | 80         |
| 1.2.                                                                                                 | El empleado administrativo, ¿puede apartarse del precedente? .....                                   | 81         |
| 1.3.                                                                                                 | El precedente en el sentido estricto, es obligatorio. ....                                           | 84         |
| 1.4.                                                                                                 | ¿El precedente es formalmente obligatorio, pero no estrictamente obligatorio? .....                  | 84         |
| 1.5.                                                                                                 | El juez inferior conserva un amplio margen de interpretación.....                                    | 85         |
| 1.6.                                                                                                 | El precedente frente a la descongestión judicial. ....                                               | 86         |
| 1.7.                                                                                                 | Efectos y alcance del delito de prevaricato por acción frente al incumplimiento del precedente. .... | 88         |
| 2.-                                                                                                  | Las tesis del tradicionalismo versus los reformistas .....                                           | 92         |
| 2.1.                                                                                                 | El tradicionalismo.....                                                                              | 92         |
| 2.1.1.                                                                                               | La no imparcialidad del juez tradicional.....                                                        | 94         |
| 2.2.                                                                                                 | El reformismo de avanzada del precedente.....                                                        | 95         |
| 2.2.1.                                                                                               | El precedente y su visión de obligatoriedad a partir de la ley 1395 y 1437 de 2011.....              | 98         |
| <b>CAPITULO V DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL .....</b>                                              |                                                                                                      | <b>100</b> |
| 5.                                                                                                   | Hacia el procedimiento constitucional.....                                                           | 100        |
| 5.1                                                                                                  | El precedente constitucional hacia la identidad del derecho procesal constitucional de cierre. ....  | 102        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>                                                                            |                                                                                                      | <b>105</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>                                                                            |                                                                                                      | <b>112</b> |

## LA DINÁMICA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL

*“Corrientes jurídicas sobre los precedentes constitucionales consolidados en la jurisdicción colombiana”<sup>1</sup>*

**JAIME RODRÍGUEZ GARRETA<sup>2</sup>**  
Universidad la Gran Colombia  
Bogotá – Colombia  
[garreta13@yahoo.es](mailto:garreta13@yahoo.es)

---

<sup>1</sup> El presente artículo hace parte de la línea de investigación de la tesis final como candidato a magíster.

<sup>2</sup> Candidato a Magíster en Derecho, Universidad la Gran Colombia, Bogotá D.C., especialista en pedagogía y docencia universitaria, Universidad la Gran Colombia, Bogotá D.C., especialización en Instituciones Jurídicas de derecho laboral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., abogado de la universidad la Gran Colombia, Bogotá D.C., estudios profesionales en medicina y salud ocupacional e higiene y seguridad industrial, resolución Ministerio de Salud 1990, Pontificia Universidad Javeriana, arte dramático, Universidad Distrital, Bogotá D.C. docente de pregrado y Post grado, defensor público de la Defensoría del Pueblo- Bogotá, asesor, consultor, doctrinante y litigante.

## INTRODUCCIÓN

***“Más fácil se concibe un sistema jurídico colombiano sin legislador positivo, que sin jueces garantes de justicia y precedente”.<sup>3</sup>***

“Deben adecuarse los contenidos normativos del legislador colombiano a la realidad del caso concreto o por el contrario, la realidad de un país, se debe ajustarse a la norma del precedente viviente”.<sup>4</sup>

La ley viene cediendo su tradicional posición predominante frente a los principios, derechos fundamentales, y el precedente constante dentro del sistema normativo.

Este proyecto de investigación se propone encontrar el alcance y su dinámica del precedente desde su origen, y su vinculatoriedad de las diversas categorías interpretativas de los operadores judiciales horizontales y verticales; asimismo replantear problemas que se viene teniendo en algunos países latinoamericanos, su fuente y modelo híbrido de la jurisprudencia por extensión de las sentencias unificadas y su comportamiento del nuevo

---

<sup>3</sup>Se retoma de base de Cosío y se complementa, Dr. Rodríguez Garreta Jaime.

<sup>4</sup> [www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas\\_juridico/172\\_C-539-11.rtf](http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/172_C-539-11.rtf)

derecho viviente en los operadores judiciales. Así como los conflictos presentes y la dinámica y validez en la realidad judicial y académica de Colombia.

*“En Colombia, a partir del año 2010, al promulgarse las Leyes N° 1395 (Ley de Descongestión Judicial y de manera especial su artículo 114) y, la Ley N° 1437 del 2011 (nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se abre nuevamente la discusión sobre el precedente, hoy desde lo legal y su obligatoriedad de cierre desde lo constitucional”<sup>5</sup>.*

La jurisdicción discute sobre la reiterada y obligatoria aceptación de los precedentes jurisprudenciales constitucionales *“razón de la decisión”*, *“ratio decidendi”*, versus el precedente jurisprudencial obligatorio de las altas cortes colombianas, doctrina probable *“jurisprudencia”* y las sentencias por extensión o sentencias importantes o también llamadas sentencias unificadas *“SU”*, en lo administrativo.

La importancia del Estudio radica en pretender desarrollar las nuevas disposiciones legales del precedente en las sentencias unificadas de la jurisdicción administrativa y ordinaria, los efectos y su dinámica en caso de conflicto entre las altas cortes y la corte constitucional; su cumplimiento y las excepciones de la aplicabilidad, así mismo las sanciones.

---

<sup>5</sup>[es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf](https://es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf)



Los debates permanentes sobre el “precedente”, se abren desde diferentes visiones académicas, qué es, y cuál es la obligatoriedad a los operadores judiciales verticales y horizontales, y siempre se produce silencio confuso, si es así; surge el interrogante cómo formamos nuestra opiniones o conceptos jurídicos sobre este tema, parece que en ocasiones cayéramos en la práctica del teléfono roto, aquel juego en que se empieza a transmitir un mensaje oral o escrito de una persona a otra y al final de la cadena se comprueba que se ha distorsionado, por sencillo que sea el mensaje.

En el presente trabajo inicia desde la visión general, sin embargo considero pertinente estudiar cual es el impulso constitucional y administrativo de la tradición Europea continental y norteamericana; y cual su influencia respecto al precedente latinoamericano, lo anterior con enfoque en Colombia y desde aquí abrir un panorama de los efectos, corrientes, aplicación y comparación del presente estudio y así llegar a comparar su aplicabilidad en la administración de justicia y su entendimiento en la academia universitaria y plantear alguna solución.

Si bien es cierto, los sistemas latinoamericanos tienen como referente la fuente del constitucionalismo concentrado (Has Kelsen), luspositivismo, no es menos cierto, que ha venido aceptando y conviviendo paralelamente con un constitucionalismo híbrido y dual, entre el precedente en materia constitucional y administrativa. Sin embargo la realidad es la aplicabilidad de la ley, mientras el derecho anglosajón constitucionalismo difuso (common law), elabora sus decisiones a partir del “precedente constante” en una “norma o sub reglas.

## **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:**

**¿Cuál es el alcance de vinculatoriedad del precedente constitucional y ordinario, en las diversas categorías interpretativas?**

### **Sub-preguntas del presente problema.**

- Como viene influyendo el precedente constitucional y legal en los distintos aspectos judiciales.
- El precedente y la jurisprudencia por extensión de las sentencias unificadas de las altas cortes, viene influyendo en el comportamiento del nuevo derecho viviente.
- El precedente ha logrado en los operados judiciales y la administración, una disciplina de unificación.
- El precedente es garante de la descongestión.
- La discrepancia entre la regla y el precedente, pueden llevar a conflictos al operador judicial.
- El apartarse del precedente sin motivación de fondo, produce sanciones disciplinarias.

- Es necesario crear una nueva jurisdicción y procedimiento constitucional para resolver de fondo el precedente de cierre y su obligatoriedad de aplicabilidad a los operadores judiciales.

### **INVESTIGACIÓN SOCIO JURÍDICA.**

Se estudia el derecho en la vida social, jurídica y cultural, la investigación internacional y nacional orientada en el efecto del precedente y la jurisprudencia por extensión, Lo anterior en concordancia con un derecho dual, rígido y híbrido; sus efectos en el principio de igualdad, su eficacia y aplicación frente al operador judicial.

Su objeto particular es llegar a analizar la influencia del derecho conforme el problema a desarrollar.

### **MÉTODO**

Establecer el impacto de la obligatoriedad del precedente y jurisprudencia unificada de las Altas cortes por extensión, se realiza tomando como fuentes de información los sistemas históricos culturales reseñados en los países europeos y Latinoamérica. Al interior se retoman como instrumentos el precedente de rango constitucional y los últimos fundamentos legales del congreso y jurisprudencia legal, las fuentes monográficas, boletines, textos, manuales, investigaciones, sentencias, precedentes, jurisprudencia, correos investigativos, revistas indexadas, etc.

## **HIPÓTESIS.**

A partir de la Ley 1395 de 2010 y 1437 de 2011, el legislador positivo por extensión jurisprudencial, o sentencias unificadas de carácter obligatorio, amplió el precedente, no solo para los operadores judiciales horizontales y verticales, sino para la administración pública, y por qué no decirlo con extensión al mismo legislador positivo; sin embargo, se observa que el legislador al expedir las leyes dejó un vacío legal, al no ser este extensivo al precedente constitucional.

La Corte Constitucional, por sentencia de asequibilidad condicionada aditiva, amplió el precedente de la alta corte cuando este sea contrario a la constitución, en este caso de conflicto prevalecerá este último.

## RESUMEN

La jurisprudencia no ha sido siempre la misma, ha estado sujeta a diversos cambios culturales, históricos, políticos y sociales. El discurrir histórico de la jurisprudencia, la ha forjado en fuente del derecho, sino también en principio de carácter vinculante.

La Corte Constitucional colombiana ha venido sosteniendo en sus precedentes y su vinculatoriedad a la justicia ordinaria colombiana en los siguientes términos..

*“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho art.1 CP; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución art.2; de la jerarquía superior de la Constitución art.4; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad art.29 CP; del derecho a la igualdad art.13 CP; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas art.83 CP; de los principios de la función administrativa art. 209 CP; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida*

*en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”.*<sup>6</sup>

“Toda decisión judicial fundada en un precedente sin importar en donde se aplique y que país lo aplique, siempre tendrá alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso”,<sup>7</sup> lo cual permitirá apreciar el suceso anterior y verlo con una realidad frente a una igualdad y seguridad jurídica, donde le permite unificar actos ya causados con hechos hoy causados por considerarlo semejante al presente. “Los precedentes pueden ser creativos, si crean o aplican una nueva norma y, declarativos, si se limitan a aplicar una disposición ya existente”<sup>8</sup>.

En este último aspecto se generó el precedente aplicable. De esta manera, la fuerza vinculante del precedente deviene en Colombia de la ratio decidendi. Son, precisamente, las decisiones del máximo organismo político de control de constitucionalidad de 1991, las que, referidas mayoritariamente a controversias jurídicas sobre la vulneración de derechos fundamentales, y desde la doctrina probable, donde las altas cortes deviene la aplicación en caso de unificación de jurisprudencia.

---

<sup>6</sup> CCons, C-536 de 2011. - [www.leyex.info/juris/Sentencia C 634de2011.htm](http://www.leyex.info/juris/Sentencia_C_634de2011.htm)

<sup>7</sup> *Ibimen*.

<sup>8</sup> [www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf)

## ABSTRAC

The jurisprudence has not always been the same. It has been subject to various historical, political and social changes. The historical course of jurisprudence the character of being source of law has forged, but also beginning of binding effects. In this last aspect, the applicable precedent was generated. In this way, the binding force of the precedent becomes in Colombia of the ratio decidendi. It is, precisely, the decisions of the highest political body of control of constitutionality of 1991, which, mainly concerning legal disputes about the violation of fundamental rights. Therefore, the current Colombian constitutional procedural law, has linked its Ius Ratio Decidendi doctrine, also called the binding precedent for judicial operators horizontal and vertical discipline, and if so, because some judicial operators do not welcome it, what is the basis taken into account, are the. **Key words:** constitutional precedent, jurisprudence, constitutional ius, constitutional doctrine, ratio Decidendi, obiter dicta, compared effects of the precedent.

**Palabras claves:** precedente constitucional, doctrina probable, jurisprudencia, ius constitucional, doctrina constitucional, ratio Decidendi, obiter dicta, derechos comparados del precedente, hibrido, dual, ius positivismo, neo constitucionalismo, derecho viviente, disciplina jurisprudencial, prevaricato, operadores judiciales, derecho verticalidad y horizontalidad.

## GLOSARIO

CN: Constitución Política de Colombia.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

CConst: Corte Constitucional.

CE: Consejo de Estado.

CSJ Laboral: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

C SJud: Consejo Superior de la Judicatura.

JI: Jurisprudencia importante.

Ratio Decidendi: razón suficiente.

Obiter Dicta: Dicho de paso.

Precedente: anterior al presente.

SU: Sentencias unificadas.

Regla: norma o ley.

Sub regla: precedente anterior.

Principio de *stare decisis*: Resolver casos análogos.

Common law: derecho anglosajón.



## CAPITULO I ORÍGENES

### 1. La dinámica de los orígenes del precedente.

#### 1.1. En relación con el constitucionalismo.

Traigo a colación al autor Gustavo Zagreblesky (2007), donde expone los distintos sistemas existentes para la defensa del constitucionalismo del sistema normativo, y los resume en dos grandes bloques: primero de control abstracto (típicamente europeo), que protege el orden constitucional en su vertiente global; y segundo de control difuso (característico del mundo anglosajón), ambos de protección concreta de los derechos subjetivos, mediante su constitucionalización.

La constitucionalización de los derechos, implicó la unión de dos tradiciones:

*“La de los derechos vinculados a la justicia y la de los derechos vinculados a la libertad. Todo esto significó darles la fuerza normativa de que gozan los textos constitucionales, considerados ahora como auténticas normas jurídicas y no como simples ideologías, de quien ostentaba el poder político. Los derechos orientados a la libertad, nacen del humanismo laico como reacción anti escolástica y se encaminan a evitar cualquier clase de opresión (los únicos límites son los derechos de los demás) y los dirigidos a la justicia (razón*

*y perfección), se originan en el humanismo cristiano, donde más que derechos son deberes, dirigidos al orden natural de las cosas, por encima de las voluntades individuales.”<sup>9</sup>*

El autor Gustavo Zagreblesky (Derecho Dúctil p. 156 Madrid), en su obra magistral procede a sellar este tema manifestando: “Derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles”.

Finaliza, examinando el papel de los jueces en el mundo del Derecho, donde su función va más allá del texto positivo, en su interpretación busca adecuar la norma al caso concreto y al respeto al propio ordenamiento jurídico. Todo lo anteriormente configura al juez como el auténtico "señor del Derecho" bajo tres conceptos: “el respeto a la ley; la protección de los derechos de los particulares, y la constante búsqueda de la justicia”.

Con todo, concluye:

*“El Derecho es propiedad de todos, no de un grupo reducido. En cuanto al legislador y relacionándolo con el tema del control de la constitucionalidad de las leyes, este debe ver sus creaciones como una parte del Derecho, no como todo el Derecho.”<sup>10</sup>*

---

<sup>9</sup> //www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21039. SENTENCIA-T-292/06.  
Referencia: expediente T-1222275.

<sup>10</sup> www.monografias.com/trabajos71/necesidad...dente-judicial-peruano-vinculante3.shtml

## 1.2. Desde la perspectiva filosófica.

Desde sus orígenes los Positivistas critican al constitucionalismo y sus precedentes, lo consideran un sistema de principios que encierra un vacío jurídico, y solo sirven para modelar una serie de ideales éticos y políticos.

Los Filósofos que defienden el constitucionalismo, como Zagreblesky, Ferrajoli, 2007, Alexis, 2005, Dworkin, Gargarella, etc., y algunos latinoamericanos tales como: López Medina 2004, Bernal, Arango, entre otros, han manifestado, que:

*“La Constitución y sus efectos en los principios son la manifestación más alta del derecho positivo, no del derecho natural, y sin embargo, otros pensadores, de la corriente lus-naturalista, consideran que la interpretación de la Constitución, nos conduce a una auténtica filosofía del derecho por la vía de la argumentación.”*<sup>11</sup>

El esquema argumentativo del derecho constitucional y del derecho natural es muy similar: partiendo de lo real (el ser) llegamos a lo obligatorio (el deber ser) por medio de la justicia (lo justo), combinando así los tres pasos clásicos del lusnaturalismo.

En síntesis, puede decirse que el neo-constitucionalismo, tiene como marco histórico la formación del estado constitucional de derecho y como marco filosófico al post-

---

<sup>11</sup>[www.monografias.com/trabajos71/necesidad...dente-judicial-peruano-vinculante3.shtml](http://www.monografias.com/trabajos71/necesidad...dente-judicial-peruano-vinculante3.shtml)

positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y con la aproximación entre derecho y ética.

No cabe duda que los antecedentes del neo-constitucionalismo, tienen que ver con la reconexión entre derecho y moral, y dando paso a un puente entre la normativa moral y la jurídica, asociada con la realidad social.

Siguiendo a Ferrajoli (2007), el futuro del constitucionalismo jurídico está confiado a esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, junto al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, junto al derecho público; y hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal.

Hans Kelsen, siglo XX, creador de la “Teoría pura del derecho”. Manifestó. Sólo el tribunal constitucional está habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley, así se estableció en la constitución de Austria de 1920, y se perfeccionó en su reforma de 1929. Kelsen afirma que si bien se dirimen conflictos políticos, precisamente la jurisdicción constitucional los convierte en controversias jurídicas.

Ossorio (2009.p. 749), en su “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, define el precedente como: “anterior en el tiempo o en el espacio. Resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para reiteración por aquel a quien favorece”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Ossorio 2009- p-749-2

Para Jhonny Tupayachi Sotomayor, (Tupayachi Sotomayor, 2009, pp.29), expresa que constituye un “precedente”, para los fines de interpretación jurídica, “toda decisión judicial que tenga alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso<sup>13</sup>”, lo cual permite apreciar que es una definición muy amplia, ya que no le pone restricciones al momento de emitirse esa decisión, ni a la categoría de la misma, sea auto o sentencia, además afirma.

*“Los precedentes pueden ser creativos, si crean o aplican una nueva norma y, declarativos, si se limitan a aplicar una disposición ya existente, a lo cual hay que agregar que Michelle Taruffo (2007, pp. 87). En su artículo “Precedente y Jurisprudencia”, señala la gran importancia de la utilización del precedente y de la jurisprudencia en la vida del derecho de los ordenamientos modernos, no sólo porque está presente en el sistema del Common Law, sino porque además se ha venido incluyendo en el sistema del Civil Law, donde precisamente se hace en verdad un amplio uso de la jurisprudencia.”*<sup>14</sup>

A continuación enlazaremos el proceso histórico y relevante de los elementos históricos del common law y civil law.

### **1.3. Common law versus civil law.**

Considero necesario desarrollar primero estos conceptos que impone como requisito el precedente de fuente de la investigación, además exige un estudio por tener una relación directa con el precedente.

---

<sup>13</sup> Tupayachi Sotomayor, 2009, pp.29

<sup>14</sup> [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci_arttext)

*“Common Law, su origen en el sistema Ingles. Los sistemas de civil Law, su origen es del derecho romano, donde se funda la codificación de las reglas, al contrario el sistema Common Law, se basan esencialmente en el derecho jurisprudencial. “Frente a la ley en estos sistemas no es desconocida como se ha pretendido manifestar por algunos doctrinantes frente al precedente jurisprudencial en Colombia, lo que sucede es que ley frente al precedente no ocupa una posición privilegiada en el sistema de las fuentes, mientras que el origen jurisprudencial tiene y desarrolla un fundamento y estudio propio de cada caso hacia el futuro.*

*Otro elemento de anotar, es la diferencias culturales de cada país y relativas a la formación de los juristas, en el presente estudio los latinoamericanos con énfasis en Colombia, que desarrolló su fuente es Romanista codificados (Civil Law), luego hablar de modo tradicional frente al precedente inglés o americano (Common Law) a partir de la constitución del 1991 de un derecho de fuentes y principios, no es nada fácil en Colombia, más cuando existe una constitución híbrida y dual.”<sup>15</sup>*

“Actualmente este nuevo sistema *Common Law*, se viene asistiendo, así pues, se asiste en la época contemporánea, aun significativo proceso de circulación de modelo de *Common Law*, en cuyo interior y nuevos movimientos que se hace referencia y afecta a las relaciones y la distancia entre *Common Law* y *civil Law* que se consuman a lo largo de los acontecimientos de la historia, sobre un plano primordialmente cultural” (Lopez, 2000).

---

<sup>15</sup>.[www.sututela.com/jurisprudencia/sentencia-de-unificacion-su540-de-2007-su540-07](http://www.sututela.com/jurisprudencia/sentencia-de-unificacion-su540-de-2007-su540-07) - Sentencia de unificación SU540 de 2007. SU540-07.

Otro panorama, es el hecho que debemos definir a que precedente del Common Law debemos dirigir el estudio, si frente al Inglés o Americano estadounidense, hay que ponerse de relieve es el de la existencia en el panorama internacional de dos prototipos del Common Law, modelo inglés y estadounidense, mostrando señales de divergencia, mientras los ingleses se registran en la discutida soberanía parlamentaria, la falta de una constitución escrita y una coherencia jerarquía jurisdiccional, en el derecho estadounidense existe presencia de una constitución rígida, jerárquicamente supra ordenada.

A continuación procederemos a desarrollar los procesos y dinámicas de estos dos sistemas y así entrar a profundizar uno de ellos, desde la visión de la jurisprudencia y precedente latinoamericano con énfasis en Colombia.

#### **1.4. El sistema inglés y su dinámica (Gutarrea).**

El precedente se remonta a Inglaterra, donde sir William Black Stone (Black, 2009), tuvo el mérito de ser uno de los primeros de ocuparse de esta figura en sus comentarios a las leyes inglesas.

“Desde 1658, después de la muerte del militar y estadista ingles Oliverio Cromwell; surgió de una tradición inglesa en la que el principio de la supremacía o soberanía

parlamentaria y el correlativo de la inmunidad de las leyes término prevaleciendo en el siglo XVIII.”<sup>16</sup>

Por su parte, el tratadista Hernán Alejandro Olano García (2011), desarrolla un estudio investigativo comparado<sup>17</sup>; para Cavanna (2010) el verdadero diseñador del sistema del *Common Law*, también conocida como consejo real o, especialmente en Inglaterra, como *Kings Council*, la cual, en tiempo de los normandos fue motor y centro de las actividades y funciones del gobierno y sede de las actividades decisorias relativas a los negocios del reino. Se agrega, para complementar el presente estudio evolutivo del precedente y siguiendo a Santofimio Gamboa, (2010, pp. 17-18), que para cumplir con las anteriores funciones, la *curia regia* generó tres grandes cortes judiciales de *Westminster*:

*“1. La Exchequer, corte creada en la primera mitad del siglo XII y cuyo oficio específico consistió en el juzgamiento de la actividad contable y financiera del Estado; con posterioridad también se extendió su competencia a la actividad privada.*

*2. La Court of Common Pleas (Corte de la audiencia común), creada como parte del King’s Council por el rey Enrico II en 1178; se caracterizaba porque acompañaba al rey en su administración de justicia por todo el reino; estaba compuesta por cinco jueces (dos eclesiásticos y tres laicos) y fue asignada a Westminster después de la Carta Magna de 1215;*

---

<sup>16</sup> Tomado Material de Clase de Práctica Procesal y Probatoria de Derecho constitucional -Docente. Bismarck S. Alemán Cabrera Facultad de Derecho Universidad La Gran Colombia- Bogotá. 2012.

<sup>17</sup> Téngase en cuenta que la reproducción literal de la investigación busca respetar del autor literalmente el estudio investigativo y los pies de página que desarrolló y por respeto literal es necesario traerlo a colación sin alteración alguna, pero en algunos apartes con comentarios.



*le correspondió el conocimiento de prácticamente todos los litigios entre particulares; fue, por así decirlo, la depositaria de la jurisdicción ordinaria, y*

*3. La Court of Eclesiásticos Beach, que era el organismo más vinculado al rey: sus miembros, se suponía, debían deliberar en presencia del rey; le fueron asignadas las causas más importantes del reino, tanto civiles como criminales, principalmente en materia de daños y de actos ilícitos realizados con violencia o cuando turbaran el orden y la paz del reino.”<sup>18</sup>*

Estas tres cortes con sus decisiones dieron origen al *Common Law*, prácticamente hasta la reforma constitucional de 1873, siendo fuentes conformadoras y fuentes del sistema inglés de justicia común para el reino.

El *Common Law* se convierte en un valor supra-jurídico, cuya definición más ajustada a su *ratio essendi*, la brinda el juez Edward Coke<sup>19</sup>, al señalar que:

*“La razón es la vida del Derecho, el propio Common Law no es nada más que razón; el cual debe entenderse como la perfección artificial de la razón, conseguida por el largo estudio, observación y experiencia, y no la razón natural de cada hombre(...) esta razón legal es summa ratio.”<sup>20</sup>*

---

<sup>18</sup> [www.cecococh.cl/docs/pdf/revista\\_9\\_2\\_2011/articulo\\_9.pdf](http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_9.pdf)

<sup>19</sup> Cfr. COKE, Edward. *The first part of the institute of the laws of England, or a commentary upon Littleton*. Edición a cargo de F Hargrave, C. Butler y R. Brooke.. Londres. Volumen I, 1794. Parágrafo 97 b. En: Rodríguez Santander, Roger. *Op cit.* p. 38.

<sup>20</sup> [edwinfigueroa.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/](http://edwinfigueroa.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/)

Conviene preguntarnos, si esta definición del *Common Law* se acerca a los fundamentos del Derecho Natural y creemos que la respuesta es sí, en tanto el *Common Law* admite un sentido de ubicación entre el Derecho Natural propiamente dicho y los valores de la jurisprudencia y la costumbre como signos de expresión de la jurisprudencia inglesa, de lo anterior se entra a definir.

*“(...) En efecto, el juez inglés parte de la importancia de asignar a sus fallos un valor para resolver los casos a futuro. Es a través de los jueces anglosajones, entonces, que comienza a forjarse la esencia de los precedentes y a expresarse a través de dichos fallos, una vinculación del derecho con la realidad propia del caso advertida por el juez”.*

*“La observancia por el precedente, en consecuencia, comienza a advertirse como una expresión del quehacer judicial y el acatamiento por los mismos, genera el principio stare decisis et non quieta movere, bajo la pauta de acatamiento y observancia por los principios de los tribunales superiores”.*

*“Así, aun cuando pudiera advertirse un oxímoron, el principio stare decisis implica un acatamiento del precedente pero al mismo tiempo, el precedente no se convierte en una categoría fija, absoluta, sin mayores opciones de cambio. Por el contrario, la dinámica de la realidad, y por tanto, del derecho como expresión de la jurisprudencia y la costumbre, comienzan a expresar nuevos horizontes en la labor de las Cortes”.<sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup> Precedentes vinculantes: ¿consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces? - Edwin Figueroa Gutarra.

### 1.5. El sistema norteamericano y su dinámica.

Norteamérica hereda algunos rasgos del derecho anglosajón, pero a su vez desarrolla sus propios parámetros conceptuales respecto al derecho. En el tema de los precedentes, una tarea de importancia se convirtió en generar los propios precedentes de la realidad norteamericana misma, y diferenciarlos de la realidad de Inglaterra.

Magaloni Kerpel (2001), al analizar el precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, nos brinda una aproximación conceptual al señalar que:

*“ los denominados Common Law cases son aquellos en donde el parámetro normativo para resolver el litigio no viene dado por algún precepto jurídico escrito, Constitución o ley, sino por el conjunto de principios y reglas que se derivan de las decisiones judiciales previas que versan sobre materias que no han sido reguladas expresamente por el legislador y en donde tampoco la norma constitucional se considera directamente aplicable al caso. Este tipo de decisiones conforman los denominados common law precedentes.”*<sup>22</sup>

La cita es de relevancia en la medida que señala un primer efecto de configuración del precedente respecto al ordenamiento jurídico y es propiamente la ausencia del legislador en ciertos temas sometidos al debate judicial. La naturaleza de implicancia resulta bastante congruente en tanto el legislador no podía regularlo todo, en desarrollo de la idea de (Cambacéres), y la realidad marcaba un ritmo de casuística que desbordaba los contenidos normativos.

---

<sup>22</sup> [edwinfigueroaag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/](http://edwinfigueroaag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/)

He aquí una cuestión gravitante respecto al precedente en su acepción general: ¿deben adecuarse los contenidos normativos a la realidad del caso concreto o por el contrario, es la realidad variante, difusa y diversa de los casos, la que debe ajustarse a la norma reglada y a sus contenidos prescriptivos.

La alusión, cuál esquema se ciñe el precedente judicial es puntual: buscará ceñirse a que sea la realidad y la dinámica de los hechos, la pauta que marque la resolución de los casos futuros. En rigor, el precedente ha de expresar un atenerse a los casos anteriores que resuelven un problema similar pero a la vez, no puede cerrar los ojos a la cambiante realidad del derecho. Ésa es, a grandes rasgos, la realidad del precedente.

Marbury Vs. Madison, cuando en la trascendental sentencia de 1803, el juez Jhon Marshall (entonces presidente de la Corte Sup. Federal de los E.E.U.U), concertó “the constitution is superior to any ordinary act of the legislatura”. El principio de la judicial review reconoce el poder de los tribunales para declarar inconstitucionales las leyes que fueren contrarias a la constitución; si bien nace en la Constitución Federal de 1787, posteriormente su diseño se perfecciona a través de enmiendas o adiciones a ésta hasta consolidarse al inicio del siglo XIX (Cabrera, 2012).

En los Estados Unidos, la doctrina del precedente, o del *stare decisis*, propia del Common law, según un tratadista argentino (Sagüés, 2007, pp. 150), concluyó dando efectos vinculantes a las sentencias de muchos tribunales, y de modo especial, a los fallos de la Corte Suprema de Justicia federal, en particular después de *Cooper Vs. Aaron*:

*“No será fácil a un tribunal inferior evadirse de la doctrina judicial de la Corte Suprema. Ese Derecho consuetudinario constitucional es por cierto muy sólido, y de cierta manera erosiona el carácter inicialmente ‘difuso’ del control de constitucionalidad, al limitar la capacidad de análisis constitucional de los jueces inferiores al alto tribunal. A su turno, cuando la Corte Suprema cambia de criterio, se toma generalmente el trabajo de justificar el cambio”.*

## **2. Dinámica del precedente en algunos países latinoamericanos.**

De acuerdo con la Real Academia Española (1992), precedente se define por la acción de preceder:

*"1. Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos. 2. antecedente, acción o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores. 3. Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta".<sup>23</sup>*

A continuación pretendo de manera breve pero detallada referirme al precedente Latinoamericano, sin embargo considero no pertinente, referirme a todos los países del cono sur, solo haré referencia algunos países que considero que al interior de su legislaciones se han manifestado al respecto.

---

<sup>23</sup> [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci_arttext)

Del anterior estudio, buscamos relacionar la evolución del precedente latinoamericano y entrar a confrontarlo con los demás países, en especial Colombia.

## **2.1 La dinámica desde Perú.**

Hoy en día se ha deslindado la expresión “Derecho” del significado de “jurisprudencia”, mostrando que esa es la labor encomendada a los jueces para producirla; según el tratadista peruano Grández Castro (2007, p. 81):

*“Es esta presencia inusitada de los jueces en las sociedades contemporáneas la que debe también ser valorada cuando se trata del precedente constitucional. Es decir, se trata de una herramienta para la incorporación ‘de aquello sobre lo que no se vota que es, en esencia, la actividad de los Tribunales Constitucionales en las sociedades contemporáneas. Si aquello sobre ‘lo que sí se vota’ se concreta a través de la legislación, en cambio, los derechos y su concreción a través de las decisiones del Tribunal Constitucional, parecen reclamar nuevas formas de expresión para hacer su ingreso en el sistema de fuentes del Derecho. Una aparición que, por cierto, reclama una especial ubicación: esto es, la de la dimensión de las normas con fuerza y jerarquía constitucional.”*<sup>24</sup>

El mismo Tupayachi Sotomayor (2009, p. 29), siguiendo a Chamberlain, nos comparte la definición del precedente en el *Common Law*, al decir que es:

*“Una decisión de un tribunal o de un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de*

---

<sup>24</sup> [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci_arttext)

*igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real”.*<sup>25</sup>

De lo anterior se puede llegar a plantear que Perú, Colombia y el derecho anglosajón americano, plantean la obligatoriedad del precedente judicial para los tribunales y jueces, sean estos verticales u horizontales, siendo este sobre casos reales y sobre hechos similares.

Con la vigencia del Código Procesal Constitucional en el Perú (2013)<sup>26</sup> manifiesta literalmente:

*“La actual y frondosa doctrina de ese país sobre la materia”, es un referente importante en cuanto al precedente, arrancando con el artículo VII del citado Estatuto, que dice: “(...) Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoría de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta el precedente”*<sup>27</sup>. (Subrayado fuera texto original).

---

<sup>25</sup> [www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf)

<sup>26</sup> PERÚ. Código Procesal Constitucional. Ley N- 28.237. En [www.caipe.org.pe](http://www.caipe.org.pe) consultado.

<sup>27</sup> [www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf)

Luego, en 2003, el Tribunal Constitucional del Perú en el expediente 024- 2003-AI/TC., definió el precedente como:

*“Aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto, la cual va a establecerse como regla general, y por lo mismo, deviene en pauta normativa para la resolución de futuros casos de naturaleza análoga. Su objeto sería, por un lado asegurar predictibilidad, orden y coherencia de su jurisdicción; y de otro lado, consolidar el rol y/o el poder normativo del juez y/o Tribunal Constitucional.”*<sup>28</sup>

Allí en el Perú, estudiosos como Víctor García Toma (Toma) (2009, p. 61-62), ha dicho que la función integradora del Tribunal Constitucional permite llenar vacíos normativos a través del precedente vinculante y dicha función, puede ser verificable a través de la expedición de sentencias que lo conformen.

Por tanto, la obligación de aplicar el precedente en esta nación vecina, es muy semejante con el origen del derecho anglosajón, y como consecuencia de manera comparada con otros países como el Norteamericano, y latinoamericanos, pero en especial con la doctrina constitucional colombiana, sin embargo observe que la disciplina de nuestro país vecino latino es coherente, ordenado y produce un orden jerárquico de su precedente, así se manifestó, al decir:

*“No vulnera la independencia judicial pues la magistratura del Perú se encuentra vinculada a la Constitución, la ley y los precedentes del Tribunal Constitucional. En caso de conflicto entre un precedente del Tribunal Constitucional y uno de la Corte Suprema prevalece*

---

<sup>28</sup> [www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci_arttext)



lo resuelto por el Tribunal Constitucional”<sup>29</sup>, (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 36). (Subrayado fuera texto original).

De esta definición podríamos concluir que mientras el precedente Peruano, manifiesta que en caso de conflicto entre las altas cortes, prevalecerá el de cierre constitucional por ser la vinculante. En nuestra nación colombiana, también se ha dicho que el precedente desde la Ratio Decidendi es de cierre, sin embargo siguen presentándose diferencia de interpretaciones, que entrare a aclarar en el capítulo de orígenes en Colombia.

(Meier Garcia, 2007), pág. 198. Dice el profesor peruano Javier Adrián Coripuna, que:

*“precisamente, la fuerza vinculante de la jurisprudencia puede ser entendida como aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige que tanto los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (precedente vinculante horizontal), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales*

---

<sup>29</sup> Olano García Hernán Alejandro, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N 2, 2011, pp. 395 – 428 ISSN0718-0195- Centro de Estudios Constitucionales Chile Universidad de Talca “Del Precedente Constitucional al nuevo precedente Contencioso Administrativo, expone en sus estudios. estos conceptos del precedente en Perú.

*supremos (precedente vinculante vertical)”<sup>30</sup> “(Coripuna, 2007, p. 119). (Subrayado fuera texto original)”<sup>31</sup>*

Podemos traer como referente comparativo en Colombia, la sentencia constitucional colombiana C-836 del 2001, donde plantea simular situación de desarrollo del precedente, sus limitaciones y aplicabilidad por el operador judicial.

Por tanto, la obligación de aplicar el precedente en esta nación vecina, “no vulnera la independencia judicial, pues la magistratura del Perú se encuentra vinculada a la Constitución, la ley y los precedentes del Tribunal Constitucional (...)”<sup>32</sup> , (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 36).

## **2.2 La dinámica desde México.**

---

<sup>30</sup> Olano García Hernán Alejandro, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N 2, 2011, pp. 395 – 428 ISSN0718-0195- Centro de Estudios Constitucionales Chile Universidad de Talca “Del Precedente Constitucional al nuevo precedente Contencioso Administrativo, expone en sus estudios. estos conceptos del precedente en Perú.

<sup>31</sup> [www.slideshare.net/harr/precedentes-vinc...vera-rodriguezjavier-adrian-presentation](http://www.slideshare.net/harr/precedentes-vinc...vera-rodriguezjavier-adrian-presentation)

<sup>32</sup> *Ibídem.* Hernán Olano García, *Estudios Constitucionales*, año 9 N- 2 -2011. pp 402-403

Rubén Sánchez Gil; Eduardo Ferrer Mac Gregor, 2009; junto con Sánchez Gil, 2009, p. 781, indican que:

*“El uso de precedentes busca primordialmente satisfacer el principio de igualdad en la aplicación de la ley: a casos iguales o análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también se cumpliría el fin ‘burocrático’ de mantener la estabilidad de la actividad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico; por lo tanto, la aplicación a un nuevo caso particular del principio abstracto de resolución que contenga una resolución judicial, está condicionado a que existan elementos similares que justifiquen seguirlo. En términos generales, el precedente judicial goza de una presunción de corrección como acto aplicativo del derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello.”*<sup>33</sup>

Por eso, el precedente no puede estar integrado por decisiones esporádicas e inconsistentes, sino que debe proporcionar *“uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional”* (Linares Quintana, 1987, p. 483 T.2).

Con la anterior definición, se permite sustentar la uniformidad del precedente, su obligatoriedad y motivación, en el vecino país Mexicano. En términos generales, el precedente judicial goza de una presunción de corrección como acto aplicativo del derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello.

---

<sup>33</sup> Olano García Hernán Alejandro, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N 2, 2011, pp. 395 – 428 ISSN0718-0195- Centro de Estudios Constitucionales Chile Universidad de Talca *“Del Precedente Constitucional al nuevo precedente Contencioso Administrativo, expone en sus estudios. estos conceptos del precedente en México.*

Si lo comparamos con Colombia, el precedente goza de presunción de constitucionalidad y legalidad, y el operador judicial debe argumentar las razones de fondo para apartarse del mismo, encontrando una gran similitud con el precedente de Colombia.

### **2.3 La dinámica desde Bolivia.**

José Antonio Rivera Santiváñez (2009) pág. 711, realiza un análisis de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, expresando que ésta se refiere a:

*“La obligatoriedad horizontal (para el propio Tribunal o Corte Constitucional o tribunales ordinarios de su misma jerarquía), y vertical (para los jueces y tribunales de jerarquía inferior) que despliega la parte de la Ratio Decidendi de una sentencia constitucional. Ello supone que la doctrina constitucional creada, es decir, las sub reglas creadas por el intérprete de la Constitución, extrayendo de las normas implícitas de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente, por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos.”*<sup>34</sup>

En otro estudio, se entró a demostrar que Bolivia ha avanzado frente a este tema al llegar a manifestar, Rivera Santiváñez, donde agrega:

---

<sup>34</sup> [www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal...imestre\\_2012/39665\(07-11-12\).doc.doc.doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal...imestre_2012/39665(07-11-12).doc.doc.doc)

*“En definitiva, la jurisprudencia constitucional debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en la aplicación de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico del sistema constitucional”<sup>35</sup>*

La precedente o llamada jurisprudencia constitucional en Bolivia, desarrolló el principio de igualdad, integró las normas del bloque de constitucionalidad, implantó la aplicabilidad y obligatoriedad del precedente por el resto de los órganos del poder público. Los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial deben ser respetuosos del mismo precedente de cierre, respecto a la resolución frente a todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos iguales.

## **2.4 La dinámica desde Argentina.**

Un país ajeno al sistema del *Common Law*, (Sagüés, 2007, p. 150), manifestó:

*“Su Corte Suprema Nacional “creó una especie de stare decisis criollo, respecto de los fallos de ella misma. No tan fuerte como el estadounidense, permite apartarse de su eficacia vinculante quizá con mayores excusas y posibilidades de éxito, en tanto que el tribunal del caso proporcione nuevos y relevantes argumentos para eludir la directriz de la Corte. Actualmente, muchos tribunales supremos provinciales, con o sin norma habilitante, están intentando lo mismo respecto de su jurisprudencia. En ciertos casos se trata de un Derecho*

---

<sup>35</sup> Ibídem. Olano García Hernán Alejandro., *Estudios Constitucionales*, Año 9, N 2, 2011, pp. 395 – 428.

*consuetudinario en gestación. Por lo demás, en el orden federal, la Corte Suprema ha señalado los caminos por los cuales ella puede dejar sus mismos precedentes “<sup>36</sup>.*

No podemos entrar a manifestar, que no existe un precedente, lo que podemos concluir que nuestro país vecino latinoamericano está desarrollando un proceso de precedente interno “criollo”.

Respecto de los fallos judiciales, no son tan fuertes como el estadounidense, peruano y colombiano, pero permite apartarse de su eficacia vinculante, quizá con mayores excusas que los países que han avanzado frente a esto conceptos de obligatoriedad, sin embargo la academia tiene avances en procedimiento constitucional y maestrías latinoamericanas frente al precedente.

## **2.5 La dinámica desde Ecuador.**

*Conforme el artículo primero de la constitución del Ecuador ha sido definido.*

*“Como un estado constitucional de derechos y justicia”, características de estado que denotan una serie de particularidades, entre ellas, el ser un estado garante de los derechos consagrados en la Carta Magna. Para efecto, se han instrumentalizado una serie de garantías, para hacer efectivos los derechos de las personas que comprende unos mecanismos de*

---

<sup>36</sup>[es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf](https://es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf)

*protección diversos, reafirmar y consolidar un estado de derechos y justicia que se rigen a su interior.”* <sup>37</sup>

Esos mecanismos diversos esta su precedente solido frente a los derechos fundamentales, la acción de cumplimiento de sus fallos y sentencias constitucionales en su integridad.

Considero pertinente observar que en este país, el desarrollo de la obligatoriedad del precedente constitucional es sólido, al establecer toda una autoridad en la constitucional tanto pública como privada, está obligado a cumplir los actos, sus precedentes y decisiones constitucionales de buena fe, es decir, que el obligado a cumplir deberá respetar de forma íntegra el contenido de la sentencia, el respeto a su precedente, sin realizar modificaciones o interpretaciones que tiendan a cambiar el sentido constitucional.

El cumplimiento y la certeza del precedente constitucional para este país, es la garantía básica para la existencia del estado constitucional de derecho y justicia, por lo anterior tanto los ciudadanos y servidores públicos ecuatorianos están dentro de la obligatoriedad del precedente de cierre constitucional para lograr un derecho vital.

Sin embargo, obsérvese que la experiencia de las constituciones, tales como la colombiana, peruana y otras latinoamericanas, han permito que esta constitución

---

<sup>37</sup> Velandia Canosa, Andrés. (2013). *derecho procesal constitucional Tomo IV capitulo iv. Pág. 81-82 P. Bogotá:*

ecuatoriana haya tomado las experiencias y madures de las anteriores, y con certeza se haya definido “***como un estado constitucional de derechos y justicia.***”



## **CAPITULO II EL MODELO COLOMBIANO**

### **1. Diferentes tipos de modelo en Colombia.**

Actualmente existen varios modelos jurisdiccionales de justicia de precedentes constitucionales, estos modelos determinan quién, cuándo y cómo realizar el fin de la justicia constitucional fuerte, según autor Eduardo A. Velandia Canosa.<sup>38</sup>

#### **1.1. Modelo Difuso.**

Surge en el ámbito angloamericano y se caracteriza por estar positivizado, ser de origen jurisprudencial, imponer a los jueces la obligación de efectuar una suerte de control constitucional sobre la ley aplicable al caso de su competencia, defender el principio de supremacía de la constitución y su precedente sólido de oficio o a petición de parte. En este modelo son paradigmáticos: i) el fallo proferido por el juez Edwar Coke en Inglaterra. (1610),

---

<sup>38</sup> Velandia Canosa, Andrés. (2013). *derecho procesal constitucional Tomo IV capítulo iv. Pág. 129, 130, 132, 133-82P. Bogotá.*

*Dentro del caso Thomas Bonham,<sup>39</sup> y ii) en 1803 en los Estados Unidos de Norte América por el Juez Jhon Marshall en el caso Marbury vs Madison<sup>40</sup>.*

## **1.2 Modelo Dual y paralelo.**

Este modelo se consolida en Colombia con el Acto Legislativo N- 3 de 1910. En este modelo se congregan los siguientes sistemas: i) otorga competencia al juez ordinario, para aplicar la ley contraria a la constitución, en procesos no especializados de control constitucional; y ii) atribuye competencia a la C.S.de J., como juez especializado. En efecto, por un lado se otorgó competencia a un juez ordinario de aplicar principios constitucionales al caso concreto de constitucionalidad, toda vez que se elevó a canon constitucional lo que Estados Unidos se conoció como modelo Difuso. “En todo caso de incompatibilidad entre la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

## **1.3 Modelo concentrado.**

Origen Austriaco e ideado por Has Kelsen, quien parecía realizar desde su perspectiva un perfeccionamiento a los modelos de precedentes de justicia constitucional<sup>41</sup>, El control constitucional no se puede confiar a cualquier juez, por no ser especialista en

---

<sup>39</sup> Crf. Rey MARTINEZ Fernando, “El Dr. Bonham’s Case” “y su aporte a la creación de la justicia Review”, en manilli Pablo Luis (Coord.) *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenario*, México, Porrúa e IMDPC, 2011, p 1-21 Edwar Coke es considerado como el precursor de este modelo, al decir el caso Tomás Bonham en 1610, temas de derecho procesal constitucional, Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2007, pag. 34

<sup>40</sup> Crf. Carbonell, Miguel, “marbury versus madison: el “descubrimiento” del control de constitucionalidad de las leyes, en Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Ed. Acad), *Anuario de derecho procesal constitucional: 2010*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y ACDPC, 2010, p 3-18.

<sup>41</sup> Cfr. Kelsen Hans, *jurisadicao constitucional*. Sao Paulo, Martins Fontes, 2007

temas de justicia constitucional como juez especializado del control constitucional, tesis que ha sido acogida por la mayoría de los países del mundo.

En este modelo se critica y aparta del modelo difuso y primer modelo dual, la legitimación es restringida y no popular como en el dual y paralelo.

#### **1.4 Modelo Híbrido.**

Hemos llegado a nuestro modelo constitucional, este modelo híbrido, son los que toman de los tres elementos, pero sin responder a coherencia alguna. En efecto, en estos modelos en la competencia objetiva se atribuye a más de un órgano el conocimiento de procesos de control de constitucionalidad, incluso siendo uno de ellos Corte o Tribunal Constitucional, deformando así el modelo de origen concentrado. Es decir nuestro caso colombiano, donde a pesar de haberse implementado en la constitución de 1991 una Corte Constitucional, simultáneamente se asignó competencia específica al Consejo de Estado para conocer de acciones de nulidad por inconstitucionalidad y a todos los jueces y funcionarios administrativos o de órganos de control, donde tienen extra poderes para inaplicar la ley en los procesos concretos, otorgando en su competencia objetiva a todos los jueces para conocer acciones constitucionales permitiendo ser excluyentes de muchas de ellas pero con la facultad de conocerlas todas.

Podría llegar a manifestar, que nuestro modelo híbrido, dual y paralelo de justicia constitucional, viene progresivamente rechazado y reubicándose un nuevo modelo contrario al tradicional histórico de origen de Has Kelsen, (modelo concentrado), (*El control constitucional no se puede confiar a cualquier juez*).

Es el momento de preguntarnos en este proceso investigativo: i) tienen efectos el proceso concentrado del iuspositivismo frente modelo dual híbrido; ii) el órgano legislador, “ley positiva” viene desplazando nuestro precedente constitucional dual paralelo, y iii) que hacer para que el modelo constitucional sea fuente única y no dual paralelo de cierre.

Empecemos a referirnos a la fuente de derecho “Ley”, sentido material. Kelsen, y a la expresión “fuente” hace referencia a diversos modos y formas de producir derecho, en los siguientes capítulos entraremos a relacionar el proceso histórico, métodos y la fuente de la ley y el derecho como fuente natural y así adentrarnos en la jurisprudencia y el precedente y su dinámica en nuestro país Colombia

## **2. La fuente del precedente.**

Encontramos diferentes clases de fuentes, las legales y extraordinarias de acto (la constitución y la ley), de hecho (costumbre, el precedente judicial) y fuentes de grado superior (que justifican y sirven de límite a las otras) y fuentes de grado inferior (instrumentos de realización y de especificación de los superiores), clasificación desarrollada por Kelsen para resolver antinomias (Ramírez, 2009).

## **3. La “ley”**

Si observamos en el sentido material, la ley por sí misma no es fuente de fuentes, si esto fuera así, tal como lo defienden los ius-positivistas, está hoy no sobreviviría por no ser autónoma, propia y seria, excluyente de otros derechos naturales.

La misma ley desde modelo concentrado parte en excluir los precedentes, el ratio decidendi, es decir, la Constitución, (modelo híbrido dual) que según el art. 4 de la Carta es norma de normas, y manifestó.

*“(…) si eso fuera así, también excluiría los tratados, convenios, recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en virtud del art. 93 Constitución Política (CP), cuando se den las condiciones en él señaladas, prevalecen en el orden interno. Además excluiría los decretos que no tienen fuerza de ley, como aquellos que desarrollan las leyes marco o los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria ordinaria. Igualmente, excluiría los acuerdos municipales y las ordenanzas departamentales. Finalmente, todas las demás fuentes de rango inferior a la ley dejarían de ser obligatorias para los jueces.”<sup>42</sup>*

Desde otro punto de vista de Genero de ley y excepción, según la constitución política de Colombia, art. 150, la función de crear, interpretar, reformar o derogar leyes corresponde al Congreso de la Republica, sin embargo, en esa misma norma se le permite revestir, hasta por seis meses al Presidente de la Republica de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o conveniencia pública lo aconseje.

---

<sup>42</sup> [www.usergioarboleda.edu.co/derecho/dercomercial/C-0836-01.rtf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/dercomercial/C-0836-01.rtf)

Lo anterior significa que existe una regla y una excepción. La regla el Congreso, la excepción el Presidente, pero este con autorización del Congreso (Méndez, 2010).

De tal manera, que la palabra “*ley*” sólo puede ser interpretada en el sentido de “derecho” para evitar contradicciones con otras normas constitucionales que han venido reiterando y desarrollando una disciplina jurisprudencial del precedente, al manifestar en sus reiterados fallos, que la *ratio decidendi* (motivación de la decisión) de la corte constitucional, por lo menos estos, tiene fuerza vinculante al decirse “*la Constitución es norma de normas*”.

Situación que nos lleva a analizar el desarrollo jurisprudencial desde su dinámica de sus orígenes de las teorías legal y probable y la vinculariedad del precedente y los fundamentos que la llevaron para la obligatoriedad.

### **CAPITULO III DOCTRINA LEGAL Y PROBABLE A UN NUEVO PRECEDENTE**

#### **1. El efecto de la doctrina de lo legal a lo probable neo constitucional.**

##### **1.1. Un pasado legislativo “doctrina legal y probable” a un precedente de un derecho viviente de “doctrina constitucional”.<sup>43</sup>**

A continuación procederé a retomar el precedente desarrollado por la Corte Constitucional colombiana en su precedente sentencia C-836- 2001.

---

<sup>43</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm)

“El artículo 10<sup>44</sup> de la Ley 153 de 1887<sup>45</sup>, Ley 153 de 1887 que adicionó y reformó los códigos nacionales, Ley 61 de 1886<sup>46</sup>. La ley 57 de 1887<sup>47</sup>, establecía que:

---

<sup>44</sup> **Artículo 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente:** *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.*

*Texto original de la Ley 153 de 1887: **Artículo 10.** En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.*

<sup>45</sup> *Ley 153 de 1887 - (Agosto 15). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Parte primera. Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes artículo 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable. El texto en cursiva fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 2000, bajo el entendido de no vincula al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora, en los términos de la Sentencia. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE en el mismo pronunciamiento. ARTÍCULO 13. La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva. La Corte Constitucional declaró EXEQUIBLE este artículo mediante la Sentencia CCons,C-224 de 1994, en el entendido que la expresión "moral cristiana" significa "moral general" o "moral social", como se indica en la parte motiva de la sentencia.*

<sup>46</sup> **Ley 61 de 1886** (noviembre 25) Diario Oficial No. 6.881 - 6.882 de 5 de diciembre de 1886, Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales.

<sup>47</sup> *Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la constitución de la república, declárase incorporado en el código civil el título iii (arts. 19-52) de la misma constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873. **Capítulo i. Objeto y fuerza de este código artículo 1o. Disposiciones comprendidas.** El código civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles. **Artículo 3o. Obligatoriedad.***



*“En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”. Posteriormente, Ley 105 de 1890<sup>48</sup> sobre reformas a los procedimientos judiciales, en su artículo 371 especificó aún más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal, estableciendo que “es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes.” <sup>49</sup>*

*“También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”. <sup>50</sup>*

---

*Considerado este código en su conjunto en cada uno de los títulos, capítulos y artículos de que se compone, forma la regla establecida por el legislador colombiano, a la cual es un deber de los particulares ajustarse en sus asuntos civiles, que es lo que constituye la ley o el derecho civil nacional. **Capítulo ii. De la ley artículo 4o. Definición de ley.** Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.*

<sup>48</sup> *Doctrina Legal: Artículo 371 Ley 105 de 1890, (reformas a los procedimientos judiciales), especificó aún más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que, “es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal.*

<sup>49</sup> [www.usergioarboleda.edu.co/derecho/liter...la\\_crisis\\_de\\_las\\_fuentes\\_del\\_derecho.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/liter...la_crisis_de_las_fuentes_del_derecho.pdf)

<sup>50</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm)

A su vez, el numeral 1º del artículo 369 de dicha ley estableció como causales de casación, la violación de la ley sustantiva y de la doctrina legal.

*“Posteriormente, en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 (Recurso de Casación)<sup>51</sup>, estableció la facultad de los jueces inferiores y de la Corte Suprema para apartarse de las decisiones de éste último, y la institución de la doctrina legal fue remplazada por la de doctrina probable. Sin embargo, con ello no se estaba avalando la plena autonomía de los jueces inferiores para interpretar la ley, pues la misma Ley 169, en su artículo 2º, determinó que, como causal de casación, la violación directa de la ley sustantiva, podía surgir por "efecto de una interpretación errónea de la misma", o por la "indebida aplicación de ésta al caso del pleito.*

*De tal modo, la Ley 169 de 1896, pretendió flexibilizar la obligación de los jueces de seguir la doctrina legal dictada por la Corte Suprema, abriendo la posibilidad de transformar el derecho por vía jurisprudencial, sin que ello significara prescindir de la casación como mecanismo para unificar la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico, centralizando dicha función en la Corte Suprema de Justicia.*

*Por otra parte, sin embargo, al interpretar jurisprudencialmente el artículo 16 de la Constitución de 1886, la Corte Suprema fue incorporando paulatinamente el principio de igualdad ante la ley<sup>52</sup>. Con ello fue desarrollando sus diversas facetas, y dándole un carácter*

---

<sup>51</sup> **Artículo 1o.** Con el fin principal de uniformar la jurisprudencia, y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en asuntos civiles y en juicio ordinario o que tenga carácter de tal; y contra las que se pronuncien en los juicios de concurso de acreedores y los de sucesión por causa de muerte, siempre que la cuantía en estos últimos sea o exceda de seis mil pesos (\$ 6.000). En los demás casos bastará que la cuantía del juicio al tiempo de la demanda sea o exceda de tres mil pesos (\$ 3.00).

<sup>52</sup> Así, ya en 1950, la Corte Suprema de Justicia resaltó la importancia de analizar la igualdad a partir de los términos concretos y específicos de la situación analizada, afirmando que: "el principio de igualdad ante la ley,

*material, cuya aplicación el juez está obligado a argumentar en sus decisiones, anticipándose al concepto de igualdad de trato en casos iguales,<sup>53</sup> que quedaría posteriormente plasmada en el artículo 13 de la Constitución de 1991 como obligación para todas las autoridades del Estado como un nuevo derecho viviente del neo constitucionalismo, pasaremos a analizar el alcance de la aplicabilidad conforme el análisis del intérprete de la constitución en sus sentencias relevantes, hito CConst 836 de 2001".<sup>54</sup>*

## **1.2. La perspectiva, relevancia y alcance de aplicación del precedente.**

Desde la perspectiva de la jurisprudencia en concepto emanado en la sentencia CCons, C-836 de 2001, "la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 69 de 1896, que precisa la noción de "*doctrina probable*", su alcance y aplicación, a partir de cuyo análisis la Corte realizó importantes precisiones que son relevantes para el presente estudio de constitucionalidad y la dinámica del mismo respecto a la obligatoriedad del precedente"<sup>55</sup>.

---

*no es una norma rígida y absoluta que pueda indiscriminadamente aplicarse a todas y cada una de las personas o entidades a las cuales se dirige sino muy por el contrario, de naturaleza relativa a las múltiples aptitudes de quienes deben contribuir al bienestar común, y a las necesidades que está llamado a satisfacer, para que ¿quién tiene mucho pague mucho, el que posee poco pague poco y el indigente no pague nada¿. Dentro de este concepto de relatividad en la aplicación del principio, la ley inferior no puede reputarse incompatible con el contenido de aquél, **sino cuando los términos concretos y específicos de que se valga, consagren la desigualdad**" (resaltado fuera de texto original).*

<sup>53</sup> CSJ Sentencia de septiembre 4 de 1970 (M.P. Eustorgio Sarria).

<sup>54</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm)

<sup>55</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm)

### 1.3. El efecto de armonía de los órganos del Estado.

En este pronunciamiento<sup>56</sup> la Corte analizó los artículos 230 y 228, en armonía con los artículos 113, el principio de igualdad art. 13 C.P.- y la prevalencia del derecho sustancial.

Además se planteó a su interior el sentido del sometimiento de los jueces al imperio de la ley.

A este respecto, La Corte Constitucional colombiana precisó:

*“la autonomía de los jueces, debe estar mediada por el concepto de sometimiento de los jueces a la Constitución y a la ley, cuya finalidad es la garantía de los principios y derechos fundamentales, y al principio de razón suficiente, de tal manera que esta potestad no puede entenderse hasta el extremo de implicar el desconocimiento de estos principios, derechos y deberes. “<sup>57</sup>*

---

<sup>56</sup> Mediante esta sentencia se declaró exequible el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

<sup>57</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm)

#### 1.4 El valor del imperio de la ley y su sometimiento frente al operador judicial.

La Corte frente a la expresión “*imperio de la ley*” a la cual están sometidos los operadores judiciales, se debe entender bajo la égida de dos garantías fundamentales, de la cual manifestó en los siguientes términos:

*“En esta sentencia la Corte afirmó que la función creadora del juez mediante su jurisprudencia se lleva a cabo a través de la construcción y ponderación de principios de derecho, que informan el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, y que es allí precisamente donde radica la importancia de la tarea del juez y del precedente judicial.”* <sup>58</sup>

Luego la dinámica de fuerza vinculante del precedente doctrinal probable, adquiere fuerza para el operador judicial, dictada por la Corte Suprema de justicia, la Corte encontró que esta proviene de:

*“La autoridad constitucional que le es otorgada y su función de unificador de la jurisprudencia ordinaria; (b) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad de trato frente a la ley y de trato por parte de las autoridades; (c) del principio de buena fe; y (d) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretenda regular.”* <sup>59</sup>

En este último aspecto, la Corte evidenció que tres decisiones, hoy cinco decisiones conforme la ley 1149 y 1437 sobre un mismo punto de derecho, pueden no ser suficientes

---

<sup>58</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-468-03.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-468-03.htm)-  
T- 468/2003, C- 836/2001.

<sup>59</sup> [www.redalyc.org/pdf/820/82040203.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82040203.pdf)

para dar certeza a los jueces sobre el alcance interpretativo de la ley, pero no puede ser óbice para desconocer las interpretaciones que hace la Corte Suprema de Justicia.

En referencia con la discrecionalidad, no es lo mismo que el concepto de autonomía judicial, la cual debe necesariamente ejercerse en presencia y prioridad con los principios y derechos de la Carta, y la igualdad. Una actuación contraria de del funcionario judicial manifestando en sus fallos la presunta autonomía judicial sería arbitraria y se encontraría en clara contravía de la Carta Política.

Resaltó la Corte Constitucional al pronunciarse frente a la seguridad jurídica y se pronunció en diferentes fallos:

*“Que la certeza que puedan tener los ciudadanos y la comunidad jurídica acerca de las decisiones similares de las autoridades es una garantía basada en el principio de seguridad jurídica, ya que la previsibilidad de la interpretación y aplicación de la ley en las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones, certeza que tiene un valor indiscutible para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas, razón por la cual se excluye la posibilidad de cambios arbitrarios de la jurisprudencia<sup>60</sup>. Por el contrario, la falta de seguridad jurídica conduce a la anarquía y al*

---

<sup>60</sup> La Corte Constitucional ha aceptado desde sus comienzos la necesidad de que los cambios jurisprudenciales por parte de una misma autoridad judicial obedezcan a razones fundamentadas explícitamente. En la Sentencia T-256/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), dijo: “17. **El derecho de igualdad ante la ley abarca dos hipótesis claramente distinguibles: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley.** La primera está dirigida a impedir que el Legislador o el Ejecutivo en ejercicio de su poder reglamentario concedan un tratamiento jurídico a situaciones de hecho iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. **La segunda, en cambio, vincula a los jueces y obliga a aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, lo que excluye que un mismo órgano judicial modifique arbitrariamente el sentido de decisiones suyas anteriores.**”

*“La igualdad en la aplicación de la ley por parte de los órganos judiciales guarda íntima relación con el derecho fundamental a recibir la misma protección y trato de las autoridades (CP art.13). En este orden de ideas, un mismo órgano judicial no puede otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hecho iguales, sin que exista una justificación razonable para el cambio de criterio.”*

*desorden social, razón por la cual tampoco puede aceptarse la facultad omnímoda de los jueces para interpretar la ley, sino que estas decisiones deben considerar la doctrina de la Corte Suprema.”*<sup>61</sup>

Así mismo, en la sentencia reseñada se insistió en que. “desde un punto de vista subjetivo, la seguridad jurídica también está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta máxima se aplica en general para toda la actividad del Estado, y con mayor razón de la actividad judicial”<sup>62</sup>.

---

“La desigual aplicación de la ley se concreta, en consecuencia, no obstante existir una doctrina jurisprudencial aplicable a supuestos de hecho similares - término de comparación - el órgano que profirió el fallo se aparta de su criterio jurídico previo de forma no razonada o arbitraria, dando lugar a fallos contradictorios y allanando el camino a la inseguridad jurídica y a la discriminación.” (resaltado fuera de texto)

<sup>61</sup> [www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508](http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508)

<sup>62</sup> La Corte ha referido la prohibición de venirse contra el acto propio y el principio de la confianza legítima tanto a las autoridades estatales, como a los particulares. Refiriendo este principio a la actuación de la administración, ver Sentencias CCons,T-475/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), CCons,T-578/94 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), entre otras. Refiriéndolo a la actividad de los particulares ver: Sentencia T-503/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), CCons,T-295/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), entre otras.

Además de lo anterior, el efecto y su vinculariedad a los jueces inferiores, en relación de las decisiones de la Corte Suprema frente a los jueces verticales inferiores, la misma manifiesta que está desarrollado en art.1, este manifiesta que existe una unidad en el ordenamiento judicial.

Además adiciona que la unificación de la jurisprudencia, produce unidad al ordenamiento jurídico, tanto en la jurisdicción ordinaria, en la contencioso administrativa y en la constitucional.

### **1.5 El valor de la uniformidad de la jurisprudencia y el control de constitucional.**

Corte estableció que la parte del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces de conformidad con el artículo 230 C.P., enumeró los múltiples fines constitucionales que cumple la uniformidad de la jurisprudencia, entre los cuales manifestó: “(a) los derechos y la justicia material, (b) la confianza, credibilidad y buena fe, (c) la unificación de la interpretación razonable y la disminución de la arbitrariedad, (d) la estabilidad y seguridad jurídica, entre otros”<sup>63</sup>.

Al respecto debe existir la necesidad que nuestra jurisprudencia se adapte a las realidades sociales, jurídicas, económicas, políticas e internacionales, no se le puede llegar a una forma sólida de petrificación del derecho viviente y constante frente a permanentes cambios en un Estado Social de Derecho y frente a formas flexibles y cambios sociales de la sociedad en general.

---

<sup>63</sup> Ver también Sentencia CCons, C-104 de 1993



*La corte ha sostenido que: “Sobre el cambio de jurisprudencia se aceptó la posibilidad de variar el precedente judicial para evitar la petrificación y corregir eventuales errores o equivocaciones, o dar una interpretación más progresiva o garantista de los valores y derechos constitucionales, o adecuar a las cambiantes necesidades socio-jurídicas”*<sup>64</sup>.

## **2 La fuerza vinculante del precedente como fuente de derecho.**

“Ahora bien, sobre el tema relativo a la fuerza vinculante del precedente judicial”,<sup>65</sup> como fuente de derecho, la corte constitucional ha desarrollado un amplio precedente y doctrina constitucional de importancia, así mismo se ha planteado diversos problemas sociales y jurídicos sobre el grado de vinculatoriedad que le corresponde a la jurisprudencia de las altas cortes, y a la jurisprudencia constitucional en el marco de su disciplina jurisprudencial que se ha venido implantando en diferentes fallos reiterados de la Constitución de 1991.

Nuestra corte y su interprete ha venido determinando un precedente de derechos y principios de rangos fundamentales como columna vertebral de nuestra constitución, entro

---

<sup>64</sup> Ver sentencias CCons, SU-047 de 1999 y CCons, C-836 de 2001.

<sup>65</sup> Ver sentencias CCons, C-113 de 1993, CCons, C-131 de 1993, CCons, C-083 de 1995, CCons, C-037 de 1996, CCons, C-037 de 2000, CCons, C-836 de 2001, CCons, T-292 de 2006, CCons, C-335 de 2008, entre otras.

a definir como primacía la Constitución y sus derechos fundamentales, y la prevalencia del derecho sustancial.

Al referirnos los ciudadanos, administración y los operadores judiciales sobre el concepto del precedente judicial, y catalogarlo como fuente de derecho, donde es de resorte obligatorio a las autoridades públicas de carácter judicial, ha hecho de la fuerza vinculante del precedente judicial, la obligación de las autoridades en general y, de las administrativas en particular, de aplicar las leyes y normas de que resultan relevantes.

### **2.1. Los efectos de la jurisprudencia.**

En la sentencia C-104 de 1993<sup>66</sup>, la Corte afirmó que la diferencia entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la constitucional<sup>67</sup> se da en los siguientes estadios:

*“(i) las sentencias de la Corte Constitucional, como las del Consejo de Estado (C.E) que declaren o nieguen una nulidad art. 175 del código contencioso administrativo, tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes; de manera que, (ii) la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio<sup>68</sup>, constituyendo solo un criterio auxiliar, art. 230 superior, mientras*

---

<sup>66</sup> CConst, C- 104 de 1993, V. Naranjo.

<sup>67</sup> Tienen diferente fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el resto de la jurisprudencia del país. Es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia.

<sup>68</sup> El precedente obligatorio es denominado "stare decisis" en el sistema anglosajón.

*que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.”*<sup>69</sup>

## **2.2. Efectos de los fallos de la Corte Constitucional en asuntos constitucionales.**

La Corte constitucional debido a diferentes posiciones del legislativo y ejecutivo frente a los efectos de sus fallos, sus limitantes que el legislador positivo pretendía y el congreso sobre las diferentes posiciones de legislados, y conforme al inmenso debate, se produce la sentencia CCons, C-113 de 1993,<sup>70</sup> la Corte estudió el artículo 21 del decreto 2067 de 1991, que regula los efectos de los fallos de la Corte en asuntos de constitucionalidad, para concluir que:

*“ (i) las decisiones en firme de la corte son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades, además de las decisiones que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad; (ii) en relación con el inciso segundo que fijaba los efectos de las decisiones de la Corte en cuanto determinaba que éstas sólo podían tener efectos hacia el futuro, salvo en tres materias: penal, policiva y disciplinaria, para garantizar el principio de favorabilidad, la corte afirmó que sólo esta corporación, con fundamento en la Constitución, puede en la misma sentencia, señalar los efectos de sus sentencias, máxime cuando se trata*

---

<sup>69</sup> [www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas\\_juridico/172\\_C-539-11.rtf](http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/172_C-539-11.rtf)

<sup>70</sup> *La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. No hay que olvidar que, según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para la Corte Constitucional, como para todas las autoridades pero con mayor fuerza. Por ello, recortar, mediante una norma de inferior jerarquía, la facultad que la Corte tiene de fijar el contenido de sus sentencias, podría impedirle defender los derechos de los súbditos frente a las autoridades. Salta a la vista que el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de las facultades que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente, pues éstas se le confirieron para dictar el "régimen procedimental", dentro del cual, como se explicó, no están, no pueden estar, comprendidos los efectos de las sentencias ejecutoriadas dictadas en asuntos de constitucionalidad.*

*de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad. Esto encuentra fundamento en el claro mandato superior del artículo 241 C.P. a esta Corporación de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", en cuyo desarrollo la Corte debe fijar los efectos de sus sentencias " <sup>71</sup>*

### **2.3. Diferencias entre la jurisprudencia ordinaria de los tribunales y la jurisprudencia constitucional,.**

En la sentencia CCons, C-131 de 1993, la corte constitucional señaló que la doctrina constitucional expedida por la misma *"será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia"*<sup>72</sup>.

Mediante este pronunciamiento, entra a definir y ordenar un proceso de disciplina a todas las autoridades, donde se debe reconocer que la Constitución es norma de normas (art. 4 Superior), de manera que toda norma que expida el país por sus legisladores deben someterse a la norma de normas o Constitución, que es *norma normarum*.

Respecto a que es una fuente del derecho las cuales pueden ser formales o materiales., se refirió al contenido del artículo 230 C.P., donde se desprende que las fuentes están constitucionalmente clasificadas en dos grupos, siendo estos de diferente jerarquía constitucional y legal:

---

<sup>71</sup> [www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508](http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508)

<sup>72</sup> CCons, C-131 de 1993.

*“(i) Una fuente obligatoria: el "imperio de la ley" (inciso 1º), y (ii) las fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (inciso 2º). Aclaró la Corte en esa oportunidad que por "imperio de la ley" debe entenderse”.*

*“ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal la expedida por el órgano legislativo. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución -art. 4º CP-“.<sup>73</sup>*

La Corte precisó que el artículo 243 C.P. implica tanto que las sentencias de constitucionalidad de la Corte producen los siguientes efectos:

*“ (i) Tienen efectos erga omnes y no simplemente inter partes, (ii) obligan por regla general para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto, (iii) tienen certeza y seguridad jurídica, en cuanto no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos, y los fallos de constitucionalidad no pueden ser nuevamente objeto de controversia; y (iv) a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional art. 243 CP. En este sentido concluyó que “Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional.”<sup>74</sup>*

#### **2.4. Corte Constitucional son fuente obligatoria art. 230 inciso 1º C.P. o un criterio auxiliar art. 230 inciso 2º.**

La Corte en la sentencia CCons, C-104 de 1993, entró a diferenciar entre la jurisprudencia de tribunales y la jurisprudencia constitucional, plantea la pregunta problema ante las demás cortes, al decir: Corte ***Constitucional son fuente obligatoria art.***

---

<sup>73</sup> [www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html](http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html)

<sup>74</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm)

**230 incisos 1º C.P. o un criterio auxiliar art. 230 inciso 2º.** En punto a este tema sostuvo la Corte:

*“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1º del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional **y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares** (negrillas fuera de texto).”<sup>75,76</sup>*

## **2.5 . Las sentencias de constitucionalidad tienen la fuerza de cosa juzgada.**

Sobre el tema, hay que entrar a diferenciar dos fuentes diferentes, el fallo y la parte resolutive, ambas gozan de cosa juzgada explícita, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución, en referencia a la cosa juzgada implícita son aquellas donde la parte de la sentencia que motiva la decisión de fondo guarda unidad y relación directa con la decisión, los cuales la corte en reiterados pronunciamientos a definido que las mismas son también de efectos obligatorio para las autoridades judiciales, además procede a corregir la jurisprudencia.

El debate está centrado entre las cortes frente a su obligatoriedad de cumplimiento en la parte motiva, las anteriores cortes justifican al decir que las mismas se someten a la decisión resolutive y no motiva, luego frente al mismo la corte ha manifestado que al separarse de la razón de la motivación, y si este no justifica los motivos de fondo, estarían en los linderos de los efectos del prevaricato por acción, y los actores pueden acudir a la vía de procedibilidad (acción de hecho) para que se le garantice el precedente de acción de

---

<sup>75</sup> CCons, C-104 de 1993

<sup>76</sup> [www.cej.org.co/observatoriocpayca/index.php/jcc/91-sentencia-c-634-11](http://www.cej.org.co/observatoriocpayca/index.php/jcc/91-sentencia-c-634-11)

obligatoriedad, tanto en su parte resolutive como motiva, también llamado (Ratio decidendi).

Desconocer las decisiones y su obligatoriedad de sus fallos en su parte resolutive o motiva y sus sentencias de efectos de cosa juzgada, sería como entrar a la misma Corte Constitucional y si interprete, en el sentido que esta es la suprema guardiana de la Constitución.

Su desconocimiento por las autoridades judiciales atentaría contra la seguridad jurídica, como lo afirma el artículo 4° superior., así mismo la misma Corte afirmo. “sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias. (...)”, razón por la cual entro a definir de fondo que la norma no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corporación, cuya determinación le compete exclusivamente a la Corte Constitucional tal como se encuentra de manera expresa en la misma constitución en el artículo 241 Superior.

“La sentencia CCons, C-083 de 1995, la Corte declaró exequible el artículo 8° de la Ley 153 de 1887”<sup>77</sup>, norma preconstitucional respecto de la cual se trataba de dilucidar si había operado el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviviente.

En esta oportunidad la Corte entro a definir frente a las lagunas de jurisprudencia constitucional, así:

---

<sup>77</sup> Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen los casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

*“(i) Consideró que en el derecho no hay lagunas, por cuanto existiendo jueces existe también la posibilidad de una valoración jurídica para cada conducta en concreto; (ii) analizó la jurisprudencia constitucional a partir de los conceptos de analogía, doctrina constitucional y reglas generales del derecho, y distinguió entre la función interpretativa e integradora de la doctrina.”<sup>78</sup>*

Con base en lo anterior, la Corte concluyó que el artículo 8 de la ley 153 de 1887, se encontraba ajustado al art. 230 de la Constitución, lo anterior al referir a las normas constitucionales como fundamento inmediato de la sentencia, y a la jurisprudencia constitucional, produciendo efectos de seguridad jurídica y garante del principio de igualdad, luego el efecto debe entenderse en el sentido de ser integradora del derecho. Hay que entenderse que nunca ha existido o existirá el choque de trenes, por el contrario la constitución produce efectos integradores, luego el art. 230 C.P., integra mandato que el juez está sometido a la **Constitución** normas de normas y al imperio de la ley, luego el efecto debe entenderse como integrador.

Las sentencias en los términos del artículo 241, tienen efectos hacia el futuro a menos que “resuelva lo contrario”.

Respecto de los efectos y alcances de las sentencias de la Corte Constitucional, esta Corporación reiteró los criterios fijados en la sentencia CCons, C-131 de 1993, en cuanto a:

*“Cosa juzgada constitucional y sus características como a) tener efectos erga omnes y no solo inter partes, b) su obligatoriedad para todos los casos futuros e imposibilidad de volver a juzgar por los mismos motivos, c) la vinculatoriedad de las decisiones para todos los*

---

<sup>78</sup> CCons, C-083 de 1995, la Corte declaró exequible el artículo 8° de la Ley 153 de 1887



*operadores jurídicos, y d) la obligatoriedad de la parte resolutive y de la parte motiva que tenga relación directa con la decisión. “*<sup>79</sup>

*“En relación con el tema de la doctrina constitucional, en este fallo se reiteró lo ya expuesto por la sentencia CCons,C-083 de 1995, razón por la cual se declaró la exequibilidad de la norma por cuanto (i) solo es de obligatorio cumplimiento la parte resolutive de las sentencias de la Corte, y (ii) la parte motiva constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general, y solo tendrán fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive. “*<sup>80</sup>

Acerca de la obligatoriedad a los jueces y su vinculatoriedad de control concreto, la Corte precisó que:

*“(i) Si bien estas decisiones solo tienen efectos para las partes en los procesos en concreto, (ii) la doctrina constitucional que fija el contenido y alcance de los derechos constitucionales, trasciende las situaciones concretas y constituyen pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución, (iii) en razón de que debe existir un equilibrio y armonización entre los principios de independencia judicial y de igualdad en la aplicación del derecho. “*<sup>81</sup>

En lo correspondiente al numeral tercero, la función unificadora de la doctrina es el eje central de la igualdad en los casos y sobre los fundamentos facticos.

---

<sup>79</sup> CCons, C-131 de 1993

<sup>80</sup> [www.redjuridicacutctc.com/jurisprudencia/SU1300-01.rtf](http://www.redjuridicacutctc.com/jurisprudencia/SU1300-01.rtf)

<sup>81</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-351-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-351-11.htm)

## 2.6 La fuerza vinculante del precedente de cierre.

A mera conclusión de este capítulo de la vinculatoriedad del precedente constitucional en Colombia, sus efectos y consecuencias ante los ciudadanos, administración y los operados judiciales verticales y horizontales, esta misma corporación ha reiterado en conclusión lo siguiente:

*“(i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre decissum, ratio decidendi y obiter dicta, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la ratio decidendi del fallo; y (iii) las características de la ratio decidendi y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, **tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional**”.*<sup>82</sup> (Resalta la Sala).

*“Así mismo, la Corte ha aceptado que el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte puede conllevar, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción.”*<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Sentencia T-292 de 2006.

<sup>83</sup> Ver sentencia C-335 de 2008.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera sistemática, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal), y que cuando se apartan del precedente horizontal o vertical deben ofrecer un argumento suficiente que justifique el cambio, asegure la igualdad y conjure la arbitrariedad.<sup>84</sup>

Por tanto, esta Corte ha precisado.

*“El precedente constitucional es vinculante y que su desconocimiento por parte de los servidores públicos tanto administrativos como judiciales, da lugar a (i) la interposición de acciones judiciales, como la tutela, y (ii) da lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al configurarse dicho desconocimiento como una vía de hecho judicial.*

*“ 85*

### **3 La dinámica del precedente frente la ratio decidendi y obiter dicta.**

**Obiter dictum** (o en plural, **obiter dicta**) hace referencia a una expresión latina que en el castellano significa *"dicho de paso"*. Este término expuesto en la parte de fundamentos de las consideraciones del fallo judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

---

<sup>84</sup> Ver sentencia T- 698 de 2004.

<sup>85</sup> [www.avancejuridico.com/actualidad/ultimoscomunicados/C-335-08\(D-6943\).html](http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimoscomunicados/C-335-08(D-6943).html)

Es el propio juez el que opina acerca de un tema en concreto, y es esta opinión la que más tarde se puede tomar como válida para el uso en un juicio, pero nunca tendrá valor de ley.

El obiter no quiere decir que no tiene valor, por el contrario el valor que presenta es amplio en lo académico, las referencias, filosofía, los referentes, lo importante es entender que no integra la parte de la decisión judicial, pero es un complemento general del fallo.

Ratio decidendi es una expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte de los considerandos de la sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

En el *Common Law*, es decir, en el derecho anglosajón, la ratio decidendi tiene gran importancia, pues al revés del obiter dictum, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obligan a los operadores judiciales cuando deben resolver casos análogos (principio de stare decisis). Se encuentra al final de las sentencias.

### **3.1. Teoría de huevo de la Ratio, Obiter dictum y stare decisis.**

Entrar a diferencias y entender estos conceptos de la Ratio, Obiter dictum y stare decisis., han sido confusos, sin embargo consideramos de manera pedagógica y elemental traer como ejemplo interpretativo, el siguiente simbolismo.

La teoría del huevo, para diferenciar, la sentencia, ratio, obiter y decisión.

### **Huevo crudo.**

Cuando pretendemos leer una sentencia de constitucionalidad, y no separamos e identificamos detalladamente los apartes integrantes de la misma; es como pretender en un huevo crudo separar sin contaminarse, la cascara, la clara con la yema.

### **Huevo cocinado.**

Si, ustedes leen una sentencia detalladamente y juiciosamente como jurista, pretenderán en sus conclusiones, lograr la independización y entendimiento razonado en sus contenidos facticos, jurídicos y argumentativos.

Si, confrontamos estos efectos con la teoría del huevo, podemos llegar a entender de manera simbólica, lo siguiente: i) la sentencia en su conjunto completo, es comparable con la cascara del huevo; luego esta se puede retirar por pedazos; la sentencia se lee de diferentes maneras, sin requerir un entendimiento en conjunto, lo más sencillo es cuando tenemos un fallo escrito, lo primero que leemos es la parte resolutive, y dejamos lo demás para luego analizarlo; ii) la clara cocinada del huevo, se puede separar en su conjunto y retirarla, es pieza importante del huevo, le podemos llamar dichos de paso y lo llamaremos "Obiter Dictum", no podemos proceder a descartarlos como materiales no importantes para el juez que está conociendo el precedente. En efecto, en muchos casos sirve como fundamento académico que puede ser utilizado para otros casos de otros operadores judiciales. No quiere decir que no tiene valor, por el contrario, el valor que presta es amplio en lo académico, pero es un complemento general del fallo; es como decir que el huevo puede dar vida sin la clara, siendo esta parte vital del alimento del nuevo ser viviente; iii) La yema, si está bien cocinada, es fácil retirarla y separarla de la clara y la cascara; se dice que es el alimento final del mismo, o sea, "la Ratio decidendi", "razón para decidir" o "razón de dar vida". Hace referencia a aquellos argumentos planteados en la sentencia.

Sin embargo, falta algo muy importante. El huevo para dar vida, necesita de todo en conjunto, la clara, la yema y ser fecundado para dar nacimiento a ser viviente. La yema tiene

un núcleo que permite nacer, este núcleo fue fecundado en su conjunto, y está inmerso dentro de la misma yema. No se puede separar o independizar, así usted lo desee, por ser un acto naturalmente imposible, o sea, pretender independizar la (Ratio de la decisión).

Si observamos las dos están inmersas e inseparable, yema y núcleo del huevo; Ratio, razón de la decisión y la decisión en firma, la primera produce precedente erga omnes, y la segunda produce efectos de decisión, y depende de su tipología se aplica.

### **3.2 Resulta vinculante la ratio decidendi y subsidiariamente el obiter dicta como regla o sub regla del derecho.**

*“La ratio decidendi de un caso determinado sobre temas facticos y fundamentos de derecho, por supuesto, no es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia, Frente a este proceso que en ocasiones no es fácil de aplicar y extraer de los fallos, considera la corte que este “Ratio Decidendi no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión.*

*Con todo, los obiter dictan o “dichos de paso”, no necesariamente deben ser descartados como materiales no importantes para el juez que está conociendo el precedente. En efecto, en muchos casos sirve como fundamento académico que puede ser utilizado para casos futuros en preceptos relevantes. “<sup>86</sup>*

Estos conceptos sirven de fundamento para su aplicación en casos similares, no es necesario que sean iguales, lo importante son los conceptos en lo factico y así su

---

<sup>86</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-335-08.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-335-08.htm)

aplicabilidad respetando el principio de la igualdad y creando confianza jurídica y seguridad jurídica y credibilidad en la administración de justicia.

En línea con lo expuesto, es pertinente indicar que CCons, T-1317 de 2001, refiriéndose a la *ratio decidendi*, determinó.

*“Sea lo primero advertir que el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda<sup>87</sup>. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias<sup>88</sup>, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. “<sup>89</sup>. (Resaltado fuera texto original).*

#### **4. La dinámica del precedente en la constitución**

##### **4.1. Los efectos dinámicos del precedente y su obligatoriedad.**

La Constitución, así mismo su intérprete, en la sentencia CCons, C- 539 de 2011, desarrolla un profundo estudio del precedente y su dinámica de obligatoriedad, Hoy con el

---

<sup>87</sup>Auto \*\*\* de 2001.

<sup>88</sup> Por oposición a los principios.

<sup>89</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia CCons, SU-047 de 1999, CCons, T-1625 de 2000, CCons, SU-544 de 2001.

pronunciamiento del legislador positivo consagra expresamente en la ley el deber de las autoridades administrativas de acatar y aplicar el precedente judicial, tanto en la jurisdicción ordinaria y en la contencioso administrativa.

Así mismo busca dar aplicabilidad a la seguridad jurídica, especialmente en algunas materias neurálgicas que han producido gran congestión judicial a partir de las acciones judiciales, por ende al precedente judicial de las Altas Cortes, en desarrollo de los siguientes conceptos de la constitución desarrolla el precedente, así:

*“Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; los fines esenciales del Estado art.2-; la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; el debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; el derecho a la igualdad –art.13 CP-; la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; la fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad - artículo 241 de la Carta Política-. En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Sala reitera igualmente, las reglas jurisprudenciales expuestas en detalle en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, que han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, entre las más importantes las siguientes: (i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes; (ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales; (iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley; (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos; (v) el respeto*



*del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P; (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces; (vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes; (viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; (ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto; (x) 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 (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas; (xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas,*

*especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley.<sup>90</sup> De manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.”<sup>91</sup>*

#### **4.2. Los efectos del precedente respeto al debido proceso.**

La jurisprudencia viene desarrollando una nueva tesis sobre el respeto y obligatoriedad del precedente unificado por extensión, y el principio de la igualdad, esta corporación ha precisado el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas y sus funcionarios judiciales respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa contemplados en los artículos 29, 121 y 122, en cuanto a los siguientes criterios<sup>92</sup> :

*“(i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.; (v) las*

---

<sup>90</sup> [www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html](http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html)

<sup>91</sup> CCons, C-536 de 2011.

<sup>92</sup> [www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-539\\_1911.htm](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-539_1911.htm).

*actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.”<sup>93</sup>*

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

*“Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un caso concreto, tiene por efecto que **todo funcionario, no sólo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la ratio decidendi.**”<sup>94</sup>(Resalta la Sala)*

Se ha resaltado frente al desarrollo del debido proceso y conforme a su aplicabilidad al principio de legalidad, entrar a motivar sus propios actos, obligación que incluye el entrar a aplicar la racionalización de la doctrina judicial que sirve de fundamento para cada actuación y decisión.

---

<sup>93</sup> A este respecto la Corte señaló: “Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). **Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en** ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.” Sentencia CCons, T-079 de 1993. (Resalta la Sala)

<sup>94</sup> Sentencia, CCons, T-439 de 2000.

Lo anterior, en cuanto, a:

*“(i) Garantiza la certeza por parte de los sujetos, partes y ciudadanos en relación con la ley y la jurisprudencia, (ii) asegura una interpretación y aplicación consistente y uniforme de las mismas, (iii) lo cual a su vez promueve la estabilidad social, la certeza, la seguridad jurídica, y la igualdad, evitando la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. “<sup>95</sup>*

#### **4.3 Efecto de validez y autonomía o independencia de los jueces frente al precedente.**

Hoy nuestros jueces, se encuentran obligados conforme mandato legal a respetar la jurisprudencia por extensión frente al casos iguales, de otra parte el intérprete constitucional colombiana ha reiterado que las autoridades administrativas están obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, sin embargo es necesario aclarar tal como se ha venido sosteniendo que los jueces pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

*“Lo señalado acerca de los jueces **se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos.** Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber*

---

<sup>95</sup> [www.acj.org.co/o/conceptos/concep\\_ord\\_003-2009.htm](http://www.acj.org.co/o/conceptos/concep_ord_003-2009.htm)

*justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.”<sup>96</sup> (Resalta la Sala).*

Así mismo en otros pronunciamientos la corte ha reiterado en sus ratios decidendi frente al asunto:

*“La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. **Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas más que ello, obligadas a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.**”<sup>97</sup>*

#### **4.4 El efecto judicial horizontal y vertical.**

En lo correspondiente al concepto del efecto judicial horizontal y vertical, la Corte entro a definirlos en los siguientes conceptos:

---

<sup>96</sup> Sentencia CCons, T-566 de 1998.

<sup>97</sup> Sentencia CCons, T-439 de 2000

**Precedente horizontal**, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro de igual nivel o superior.

**Precedente vertical**, Proviene de superior jerarquía o autoridad judicial. Se debe garantizar un mínimo de seguridad jurídica, los operadores judiciales a fallar lo mínimo que deben consultar en caso de duda es la regla jurisprudencial que para el caso concreto exista, o el superior proceda a producir efectos de unificación

La Corte Constitucional ha abordado ampliamente el tema y ha manifestado y reiterado la fuerza vinculante de las sentencias, no sólo como providencias que resuelven un caso en concreto, sino como manifestación de interpretaciones del ordenamiento jurídico. Al respecto, en la sentencia CCons, SU-047 de 1999 la Corte señaló: “El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas<sup>98</sup>.

Existen algunas razones de relevancia constitucional, en los siguientes términos de la cual la corte ha reitera en diferentes nichos doctrinales constitucionales.

*“En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.*

---

<sup>98</sup> CCons, T-13 de 1995 y CCons, C-400 de 1998

*En segundo término, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.*

*En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez, y*

*En cuarto término, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces sean estos horizontales, verticales o de otra especie de rango, que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.*

*Igualmente y frente a este tema, la Corte ha distinguido entre precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite Unificador”<sup>99</sup> en la jurisdicción ordinaria o en la constitucional. Si pretenden apartarse del precedente, en ejercicio de la autonomía judicial, pesa sobre ellos una carga de argumentación”<sup>100</sup>*

---

<sup>99</sup> <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-148-11.htm> ftn27# ftn27

<sup>100</sup> [www.consejodeestado.gov.co/sentencias ...s/11001-03-15-000-2012-00137-00\(AC\).docx](http://www.consejodeestado.gov.co/sentencias...s/11001-03-15-000-2012-00137-00(AC).docx)

## CAPITULO IV EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE POR EL OPERADOR JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO

### 1. El operador judicial puede desconocer o apartarse del precedente.

#### 1.1. Cuando puede el operador desconocer el precedente.

La Corte Constitucional ha considerado que su jurisprudencia puede ser desconocida de cuatro formas:

*“Primero: Aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; Segundo: Aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; Tercero: Contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y Cuarto: Desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.”*<sup>101</sup>.

Según se perfiló en líneas anteriores, los precedentes constitucionales aplicables vinculan a todas las autoridades en cuanto la derivación directa de la norma fundamental. Sin embargo, debido a que una práctica jurisprudencial saludable no puede basarse en la petrificación de determinadas decisiones o concepciones, el principio de autonomía funcional del juez implica que éste puede apartarse del precedente jurisprudencial siempre

---

<sup>101</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias CCons,T-086 de 2007, CCons,T-292 de 2006, CCons,T-158 de 2006, CCons,SU-1184 de 2001, CCons,T-462 de 2003, CCons,T-1625 de 2000, CCons,SU-640 de 1998 y CCons,SU 168 de 1999, entre otras.



y cuando “(...) encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte”<sup>102</sup>.

Bajo tal marco, El operador judicial puede no acoger el precedente mediante una justificación debidamente fundada cuando, por ejemplo:

*“los **hechos** en el proceso en estudio se hacen inaplicables al precedente concreto <sup>103</sup> o cuando “elementos de juicio no considerados en su oportunidad, permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica”<sup>104</sup> o ante un tránsito legislativo o un cambio en las disposiciones jurídicas aplicables, circunstancias que pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas. “ <sup>105</sup>. (Resaltado y subrayado fuera del texto).<sup>106</sup>*

## **1.2. El empleado administrativo, ¿puede apartarse del precedente?**

---

<sup>102</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia CCons,T-292 de 2006.

<sup>103</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia CCons,T-1625 de 2000 [...]. Ver también T-566 de 1998 y CCons,T-569 de 2001. [...].

<sup>104</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia CCons,T-1625 de 2000 [...] Ver también T-566 de 1998 y CCons, T-569 de 2001. [...].

<sup>105</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia CCons,T-292 de 2006.

<sup>106</sup> [www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292\\_2006.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292_2006.htm)

Ahora bien, hay que entrar a diferenciar el operar judicial y el empleado administrativo, el primero administra justicia y puede entrar a separarse del precedente cuando lo motiva, tal como quedó demostrado en los estudios anteriores.

La autoridad administrativa, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que esta se encuentra sujeta al precedente constitucional en los mismos términos exigibles a las autoridades judiciales. Sin embargo, ha precisado que la administración, en la medida que carece de autonomía judicial, no tiene la posibilidad de separarse del precedente mediante una argumentación persuasiva y razonada. Así lo expresó la Corporación en sentencia T-566 de 1998: “Lo señalado acerca de los jueces [respecto del precedente constitucional] se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos”.<sup>107</sup>

Más adelante en sentencia CCons, T-569 de 2001, el Tribunal avanzó en la configuración del carácter vinculante de la interpretación normativa efectuada por esta Corte frente a la administración, enunciando cuanto sigue:

*“La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas más que ello, obligadas a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí*

---

<sup>107</sup> [www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292\\_2006.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292_2006.htm)

*que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto. (Resaltado fuera texto original).”*<sup>108</sup>

La sentencia CCons, T-292 de 2006 reiteró la jurisprudencia relativa a la fuerza vinculante del precedente en el ámbito de la administración pública, y puntualizando lo siguiente: “Por lo tanto, es claro que se derivaría una violación grave de la Constitución de decisiones administrativas que desconozcan derechos fundamentales<sup>109</sup>, en los mismos términos precisados para las autoridades judiciales, cuando se desconozca la ratio decidendi constitucional.”.<sup>110</sup>

En conclusión. Podemos llegar a afirmar sin asomo de duda, la obligatoriedad de los precedentes constitucionales a todos los operadores judiciales, sean estos ordinarios o administrativos; lo anterior por estar los mismos sometidos a acatar el principio de legalidad y normatividad superior. Así, frente al claro enfrentamiento entre una disposición legal vigente y normas constitucionales amparadas por reglas judiciales vinculantes, la autoridad administrativa debe cumplir los postulados constitucionales, sin eludir el respeto a la ley.

---

<sup>108</sup> [www.arkhaios.com/?cat=3&paged=7](http://www.arkhaios.com/?cat=3&paged=7)

<sup>109</sup> *En la sentencia CCons, T-590 de 2002. [...] se indicó que “tal institución (la vía de hecho) ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, pero es aplicable también en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos.*

<sup>110</sup> [www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292\\_2006.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292_2006.htm)

### **1.3. El precedente en el sentido estricto, es obligatorio.**

*“Un juez inferior si se aparta del precedente superior, la alta corte correspondiente revocará la sentencia de éste juez inferior. Es en este sentido que se dice que un precedente es formalmente obligatorio en sentido estricto. Esto es lo que sucede generalmente en los países de derecho común donde impera la regla del "stare decisis.”* <sup>111</sup>

Desde la perspectiva colombiana es el más común, el juez inferior se aparta y motiva y el superior revoca y modifica, el precedente es obligatorio para el superior, pero el inferior no está obligado a acogerlo.

### **1.4. ¿El precedente es formalmente obligatorio, pero no estrictamente obligatorio?**

*“Un precedente puede ser obligatorio para todos los jueces inferiores a la alta corte que lo sentó, y debe ser aceptado por el juez inferior, excepto en los siguientes casos: se aparte de él exponiendo razones poderosas para justificar su decisión. En este sentido se dice que el precedente es formalmente obligatorio, pero no estrictamente obligatorio”*<sup>112</sup>.

No siempre el juez inferior acata el precedente o doctrina probable del superior, lo anterior por ser este quien orienta y llena vacíos por medio de la jurisprudencia; sin embargo puede

---

<sup>111</sup> [www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17773](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17773)

<sup>112</sup> [xa.yimg.com/kq/groups/15106712/340854066/name/RESUMENJURISPRUDENCIAL.doc](http://xa.yimg.com/kq/groups/15106712/340854066/name/RESUMENJURISPRUDENCIAL.doc)

apartarse y no debe motivar el precedente de la alta corte, pero en caso de la Corte Constitucional, si debe respetarlo por ser norma de norma y conforme el 230 C.P. el juez debe someterse y respetar la Constitución y el imperio de la ley.

### **1.5. El juez inferior conserva un amplio margen de interpretación.**

*“Sí. Puede considerarse que el precedente es un referente obligado para los jueces inferiores, pero éstos pueden apartarse de él cuando lo consideren, en forma razonada, adecuado para resolver el caso. La alta corte que sentó el precedente podrá criticar la decisión del juez inferior y podrá por lo tanto revocar su sentencia, pero el juez inferior conserva un amplio margen para interpretar el derecho. En este caso el precedente no es formalmente obligatorio pero tiene cierta fuerza en la medida en que los jueces deben tenerlo en cuenta y referirse a él en el momento de fallar”<sup>113</sup>.*

La diferencia entre tercera y la cuarta, surge de una diferenciación entre los conceptos ya mencionados “horizontal y vertical”.

El primero predica los efectos de los fallos de una corte respecto de sus propios fallos. En esta sentencia la Corte ubicó la fuerza vinculante del precedente vertical.

La tercera es la fuerza vinculante del precedente horizontal, reconoce a la Corte Suprema de Justicia un margen mayor para modificar sus precedentes.

---

<sup>113</sup> [nstitucionesconstitucionales.blogspot.c...procedimiento-en-la-accin-de-tutela.html](http://nstitucionesconstitucionales.blogspot.c...procedimiento-en-la-accin-de-tutela.html)

Por último considero que el precedente por extensión y la doctrina de las decisiones constitucionales producen efectos de aplicación directa, la anterior obligatoriedad es extensiva no solo por las autoridades judiciales, sino también por las autoridades administrativas y porque no decirlo en las decisiones que tome el legislador positivo.

#### **1.6. El precedente frente a la descongestión judicial.**

La Corte al pretender consagrar que las autoridades administrativas acataran el precedente judicial, en gran medida, se evitaría que debiera siempre acudir al juez en su aplicación, entonces como efecto directo la ley de descongestión judicial<sup>114</sup> permitiría una descongestión de los despachos judiciales.

De otra visión, si se inaplica o aplica de manera defectuosa el precedente judicial, será necesario acudir ante el juez competente. Por ello, para la Corte, las autoridades públicas en general, en aras de la descongestión judicial, aplicarán el precedente judicial y constitucional y así evitarían tanta congestión judicial, producirían una celeridad procesal y se aplicaría el principio de la igualdad, aclarando que en los casos que el precedente resuelva situaciones iguales, luego la descongestión judicial con el precedente sería en parte una solución a la congestión judicial, los ciudadanos tendrían las herramientas para aplicarlo

---

<sup>114</sup> Ley 1364 de 2010.

ante la administración y esta la seguridad de aplicarlo sin necesidad de congestionar la justicia para reiterar lo que ya existe. Sin embargo estas sentencias deben ser de unificación o sentencias de importancia de sala plena.

De lo anterior la Corte Constitucional desarrolla la competencia para hacer obligatoria la aplicación del precedente por vía legal, la Corte la denomina *“libre configuración legislativa”*, que consiste en diseñar las disposiciones legales o textos legales de acuerdo con la competencia otorgada por la propia Constitución.

Como viene asentando la Corte, el precedente judicial debe tenerse en cuenta como *“fuente de Derecho”*, no solo como han pretendido desvirtuar los jueces en materia ordinaria o administrativa, sino también se debe dar por *“extensión de la jurisprudencia de unificación”*.

Pero lo más interesante no es si se respeta el precedente de la corte de cierre inmediata, no importa si el juez como operador pretende interpretar lo factico para apartarse, no importa si este busque desviar la interpretación por la vía legal, no importa sea esta ordinaria o administrativa y su jurisprudencia de unificación por extensión, sino en caso que este precedente sea contrario al precedente constitucional, este será el que prevalezca (precedente de cierre) Es decir, el precedente constitucional prevalece sobre el del juez ordinario (Corte Suprema de Justicia), el administrativo en general y la misma unificación de jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado.

No solo impone obligatoriedad del precedente de cierre de la corte constitucional, sino se abre hoy la compuerta para que el mismo legislador positivo del Congreso de la Republica pueda ampliar el espectro de aplicación y acatamiento en diversas materias del precedente, teoría del derecho viviente.

Como se observa de lo anterior hoy en Colombia y conforme las últimas decisiones judiciales y desarrollo constitucional se plasmó su prevalencia constitucional del precedente de cierre y el presente y futuro en materia de precedentes. Luego los iuspositivistas frente al neocostitucionalismo y el derecho viviente vienen cediendo terreno de manera sorprendente, sin olvidar nunca que nos encontramos en un derecho mixto de modelo híbrido dual, de la regla y el precedente que deberán sobrevivir en una transición con luces finales.

Luego si esto fuera ya un hecho, se estaría avanzando en un sistema más descongestionado por el precedente y los operadores judiciales estarían frente a una seguridad jurídica, estaría en firme el principio tan discutido en el anterior sistema de diferentes precedentes, la igualdad de casos y temas de unificación de cinco sentencias obligan al juez.

#### **1.7. Efectos y alcance del delito de prevaricato por acción frente al incumplimiento del precedente.**

Mediante la CCons, C-335 de 2008, la Corte al estudiar la exequibilidad del artículo 413 del Código Penal, que establece el tipo penal de prevaricato por acción, reiteró su



jurisprudencia, así: “reafirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia que redundará en (i) una mayor coherencia del sistema jurídico, (ii) garantiza el derecho a la igualdad de trato y (iii) contribuye a la seguridad jurídica”.

En esta decisión, nuestra corte entre a diferenciar el delito penal del juez por desconocer la jurisprudencia o precedente de las altas cortes, no solo por desconocerlo, sino por vulnerar la fuente del derecho y la constitucional, nuestra alta Corte Suprema de Justicia se manifestó en los siguientes términos:

*“La Corte analizó el contenido y alcance del delito de prevaricato por acción, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y, aclaró que en algunos casos se incurre en este delito no por desconocer la jurisprudencia sentada por una alta Corte, la cual constituye una fuente autónoma de derecho, sino porque el apartarse de ella implica una vulneración directa de las normas constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, esto es, “no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.”*<sup>115</sup>

De lo anterior la Corte analiza el tipo penal. la Corte conforme su jurisprudencia concluyó, la expresión “ley”, en el sentido que no debe darle en sentido solo como ley de manera formal, esto es, como “acto normativo expedido por el Congreso de la República” sino, en armonía con la Constitución, como “norma jurídica aplicable al caso concreto”, lo cual incluye la Constitución, la ley en sentido formal, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional.

---

<sup>115</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-335-08.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-335-08.htm)

De este estudio se puede llegar a concluir que todos los ciudadanos, administrativos, operadores judiciales en general, cuando no tienen en cuenta la jurisprudencia por extensión de unificación, el precedente constitucional en sus decisiones, estarían incurso en el delito penal de prevaricato. La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, reitero en el siguiente sentido. **“todos los servidores públicos, incluidos por supuesto los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el ilícito de prevaricato por acción, a causa de la emisión de una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.”** (Resaltado fuera del texto original)<sup>116</sup>

La Corte cierra su estudio al manifestar que la infracción directa de nuestro precedente, sean constitucional o legal está siendo garante de sanciones penales.

*“Lo anterior, lo coligió la Corte a partir del análisis de (i) el carácter vinculante que presenta la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes; (ii) los efectos de los fallos de control de constitucionalidad sobre las leyes; y (iii) los casos en los cuales el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte conlleva, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.”<sup>117</sup>*

Sin embargo, la controversia subsiste: es la sanción penal una medida idónea y proporcional. Debemos partir de la premisa de la existencia de un régimen de gradualidad

---

<sup>116</sup> [www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html](http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html)

<sup>117</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm)

de la sanciones, gravosa en caso de apartarse del precedente sin motivar, una infracción directa por no sustentar pero pretender respetar el precedente, el motivar sin fundamento valido una multa o amonestación de responsabilidad del funcionario, sin embargo considero que este tema tiene mucho debate por no ser sencillo en aplicar una pena por estar ante funcionarios judiciales en funciones constitucionales y legales.

Por lo anterior se debería entrar a regular este tema en referencia a la proporcionalidad y gradualidad de la sanción del precedente en casos del principio de igualdad.

Considero que el juez, debe tener en cuenta por lo mínimo los siguientes conceptos que la Corte Constitucional que he esbozado dentro del presente trabajo.

De este proceso buscamos plantear un interrogante, este sería más que sancionar es crear en los funcionarios judiciales el respeto del precedente a lo largo de los procesos y decisiones constitucionales o legales, luego más que regular sanciones, es más importante preparar la academia en curso para que empiecen a ser garantes del respeto del mismo y crear medios idóneos de amonestaciones para crear una cultura de respeto y aplicabilidad del precedente.

## **2.- Las tesis del tradicionalismo versus los reformistas**

### **2.1. El tradicionalismo.**

Los llamados tradicionalistas mantiene vigente la tesis en su fundamento histórico del imperio de la ley, este se retomó en la constitución del 1991 en su artículo 230. “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”<sup>118</sup>.

La “ley, y su imperio impositivo al operador judicial es la fuente del derecho, y no existe otro principio que la rija, podría traer a colación un ejemplo: La ley es un edificio solido construido por el hombre, pero su edificación se distingue por no tener ventanas, sin puertas, y sin comunicación con el exterior. Dentro del edificio los que cohabitan crean su propia luz, oxígeno y medios de sobrevivencia, luego solo de ellos depende que sobrevivan y no aceptan o rechazan todo lo que pretenda existir con ellos mismos, parecer volver al sistema individualista de un capitalismo egocentrista.

Si tomáramos este ejemplo, sería caer hoy en el iuspositivismo que niega todo el derecho natural, luego nuestro ya no tenemos jueces,, sino operadores judiciales aplicando y sujetándose a una obligación literal de reglas.

---

<sup>118</sup> Art. 230 CP Colombia.

El tradicionalismo se resalta en sus fallos por entrar a sustentar y negar la existencia del precedente constitucional en su ratio decidendi, la Jurisprudencia, así mismo la doctrina probable, todos estos son simples criterios auxiliares para el operador judicial, reiteran que la jurisprudencia de las altas cortes, sea de rango legal o constitucional no obliga en sus decisiones judiciales, sirven para aplicarlas en caso de vacíos, y solo cuando la ley no es clara y precisa al caso difícil de resolver.

Frente a la regla de stare decisis, sostienen que no posee carácter absoluto y, de amplia aplicación en el derecho privado.

*“Esta solamente se limitado al alcance constitucional. Solo el alcance del precedente tiene eficacia cuando el segundo juez lo comparte. En caso contrario, el precedente es invalidado e inaplicable por los jueces verticales, luego estos en sus decisiones solo en casos análogos del precedente horizontal tienen alguna validez judicial”<sup>119</sup>.*

Entonces, el operador judicial tradicional debe valorar solo en casos de semejanzas y diferencias, puede decidir, pero siempre enfocando sus decisiones en las reglas, solo acude de manera libre (teoría probable) a la jurisprudencia para resolver casos difíciles en precedentes iguales.

---

<sup>119</sup> [www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf)

### **2.1.1. La no imparcialidad del juez tradicional.**

La selección de estos operadores judiciales en Colombia, no permite al juez tener plena autonomía e independencia judicial, si observamos la elección de los jueces tradicionales, estos están elegidos por sus superiores inmediatos de las Cortes, un circunloquio de amiguismos, estos en algunas ocasiones por respeto de su calificación, dependencia y estabilidad laboral se someten a la ley, y en caso de aplicar el precedente jurisprudencial, son respetuosos de su superior inmediato, perdiendo la independencia y autonomía frente a los demás precedentes, en especial a la norma de normas, la constitucional, aclarando que hoy en día se viene revelando algunos juristas en aplicación del precedente constitucional y derecho internacional.

Esa inamovilidad del precedente lleva al tradicionalismo a negar cualquier otro medio de interpretación diferente al art. 230 CP. Sin embargo el mismo ha sido ampliamente desarrollado e interpretado por la misma Corte Constitucional, pero obsérvese que el operador hace caso omiso de la misma por la política de ser formado en un sistema ius positivista la “ley”, en el siguiente sentido de la cual se ha expresa la alta corte. “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (...)”, han acreditado un concepto de cambio en el precedente derecho frente a ser flexible y obedientes en los siguientes casos.

*“i) cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió; ii) cuando se comprueba que el precedente ha desfasado a la regla por avances legales, científicos, sociales y mutaciones políticas internacionales respecto al libre mercado y globalización del derecho; y iii) cambios*

*en la Constitución por la vía de la Reforma constitucional o declaratorias de exequibilidad constitucional, solo en lo referente a su parte resolutive.”<sup>120</sup>*

Obsérvese que el mismo tradicionalismo viene siendo reconocedor de precedente horizontal, siendo este poderoso y persuasivo en los jueces verticales sobre las decisiones emanadas y unificadas de sus altas cortes, y así entrando a ceder sobre la rigidez tan aducida y defendida por los mismos tradicionalistas, hoy la Corte Suprema de Justicia colombiana, ha cedido en lo correspondiente a las salas penal y laboral, pero estamos en procesos muy lento en lo civil.

## **2.2. El reformismo de avanzada del precedente.**

La tesis optimista parte desde la conformación de nuestra constitución colombiana a partir del año 1991, en especial se empieza a abrir debate a partir de 1995, donde permite reabrir los siguientes conceptos de avanzada en el precedente.

Desde el constitucionalismo, con la visión del derecho viviente y el neo constitucionalismo, se entró a plantar los siguientes conceptos, que a la fecha viene siendo acogido por el nuevo legislador, y presente y el futuro del nuevo y avanzado operador judicial no tradicionalista.

---

<sup>120</sup> [www.cecococh.cl/docs/pdf/revista\\_9\\_2\\_2011/articulo\\_9.pdf](http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_9.pdf)

***“Primer argumento:** I) romper la barrera existente entre la regla y el precedente como fuente del derecho; ii) existir coherencia del sistema jurídico de casos ya decididos en el pasado, sea coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar en el presente (precedente); iii) Estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y a la uniformidad de su aplicación; iv) El operador debe entender y respetar el principio de igualdad, el Derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos, similares, anteriores, presentes y futuros. **Segundo argumento:** desvirtuar la interpretación estricta y tradicional de los escépticos, sobre el artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis tradicional y formal de la “ley”.<sup>121</sup>*

El precedente, no pone en peligro la independencia judicial, Los legisladores positivos tiene su derechos de seguir por su fuentes, mientras no nieguen el precedente viviente y su fuerza vinculante, así mismo el reconocimiento que por disciplina constitucional de normas ha venido desarrollando en sus diferentes conceptos, tales como la doctrina constitucional, al ratio decidendi, al estudio del obiter dicta, los principios, los derechos internacionales, las sentencias condicionadas, la jurisprudencia por extensión y unificación.

Hoy son un hecho real, y no un sueño tradicional. Esto implica que nuestro operadores judiciales, en sus providencias y decisiones de fondos no solo se sujeten como herramienta la regla o llamada “ley” ; sino abra sus ventanas de la racionalización a ser sujeto activo a las sentencias basadas en principio de igualdad, seguridad jurídica y entrar a resolver casos pasados iguales a casos presentes, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes que imponen sus decisiones caprichosas y políticas, sometiendo en ciertas ocasiones a los jueces verticales a fallos en

---

<sup>121</sup> [franksbur.blogspot.com/2012/06/el-precedente-constitucional.html](http://franksbur.blogspot.com/2012/06/el-precedente-constitucional.html)



sus condiciones amañadas e intereses políticos y personales, situación que rompe la igualdad suprema del pasado y el presente de un precedente.

*“Los argumentos se refieren a cuestiones que tradicionalmente han gravitado, con mayor o menor fortuna alrededor del debate sobre la fuerza vinculante de los precedentes en nuestro sistema jurídico. En particular, haremos alusión a los argumentos basados en (i) el derecho comparado, (ii) el sistema de fuentes y el lugar de la jurisprudencia, (iii) la tradición jurídica colombiana, (iv) la integridad de un ordenamiento jurídico donde la Constitución es norma de normas, (v) el equilibrio entre evolución del derecho y consistencia jurídica, y (vi) la teoría jurídica sobre el precedente....”*<sup>122</sup>

La Corte Constitucional, ha venido reiterando, ejemplo Sentencia SU-047 de 1999 y creando una disciplina jurisprudencial obligatoria al aparato judicial y administración de justicia y todos los ciudadanos colombianos sobre el valor del precedente constitucional, entonces éste toma un valor casi incontrovertible que impide a los jueces inferiores pensar de otra forma so pena de incurrir en sanciones penales y disciplinarias, porque en nuestro caso, las sentencias del Alto Tribunal de Constitucionalidad, tienen la naturaleza de normas jurídicas individualizadas, y en los casos en que los criterios contenidos en ellas, adquieran el rango de tesis jurisprudenciales obligatoria.

---

<sup>122</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm)

*“Esa afirmación, se complementa con la decisión de unificación. CCons, SU-1300 de 2001<sup>123</sup>, cuando se consagró el valor normativo de los precedentes constitucionales como fuente formal de Derecho, y por tanto, constituyen doctrina constitucional obligatoria”<sup>124</sup>, agrega la Corte:*

### **2.2.1. El precedente y su visión de obligatoriedad a partir de la ley 1395 y 1437 de 2011**

Otro temor se funda en la redacción del citado artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y ley 1437 de 2010, donde se aceptó el precedente de cierre como obligatorio, pero no se habló del precedente constitucional, frente a esto la Corte constitucional con las sentencias CCons, C- 836 de 2011 supero, manifestado que en caso de duda del operador judicial frente al precedente de su alta corte y el precedente de la Corte Constitucional, este último será el de cierre.

Hoy con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado vuelve obligatoria por extensión de unificación, aclarando que cuando sea contraria a la Corte Constitucional esta prevalece, sin embargo el legislador positivo ya se pronunció de obligatoriedad, de descongestión judicial con el precedente y su obligatoriedad.

---

<sup>123</sup> Colombia. Corte Constitucional, Sentencia CCons, SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>124</sup> CCons, C-131 de 1993, CCons, C-083 de 1995, CCons, C-037 de 1996, CCons, SU-047 de 1999, CCons, C-836 de 2001,

El tradicionalismo en su fundamento de fuente del positivismo tiene que entrar a reconocer que el sistema de avanzada del precedente hoy es un hecho desde lo legal y constitucional de su precedente de obligatoriedad.

Si consideraban ser respetuosos del imperio de la ley, hoy conforme la “ley 1395 y 1437 de 2011”, lleva al positivista a respetar y acatar como obligatorio el precedente en cinco decisiones en firme, no solo pretende que el juez la acate, sino por extensión de unificación de su jurisprudencia sea acatada y respetada por la autoridades administrativas y todos aquellos que tengan referente, permite abrir un nuevo debate de obligatoriedad, descongestión judicial y seguridad jurídica.

Cuando se escuche en los corrillos legislativos que el Consejo de Estado o la Alta Corte entro a Unificar jurisprudencia por extensión, estaríamos en semejanza a respetar, como si fuera S.U. constitucional, aclarando que cuando esta corte este en contravía del precedente constitucional, este prevalecerá por decisión de cosa juzgada.

## **CAPITULO V DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

### **5. Hacia el procedimiento constitucional.**

La distancia entre Common law y civil law que se consuman a lo largo de los acontecimientos de la historia, sobre un plano primordialmente cultural y no difuso, pero no confuso, hibrido pero dual en su aplicación, nos permite observar que entramos a un sistema de la postmodernidad, le da al derecho constitucional una base moral, conectando el derecho con la ética, al basar su fundamento, en los principios y valores creando una nueva axiología jurídica, donde se sumergen corrientes jurídicas de un nuevo procedimiento y jurisdicción propia del derecho constitucional colombiano y abrir al constitucionalismo mundial.

El precedente viene apuntalando conforme la legislación de la ley 1395 y 1437 de 2011, a una verdadera descongestión judicial en el derecho administrativa y ordinaria. Debemos partir que la problemática entre la regla y el precedente de un nuevo derecho viviente, no es un proceso desde el debate en lo legal, sino cultural.

Si observamos en la jurisdicción administrativa, ordinaria o especial, existen algunas materias neurálgicas que han producido gran congestión judicial a partir de las acciones judiciales que han generado nuevamente el mandato superior de sujeción de las

autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y por ende al precedente judicial de las altas cortes deben abrir camino al precedente por extensión obligatorio.

Entonces que hacer para que el precedente sea fuente de cierre constitucional, y así evitar el mal llamado choque de trenes, que nunca ha existido pero ante la sociedad se ha creado un falso criterio de chocar la norma de normas, o sea la constitucional con doctrinas jurisprudenciales contrarias a los principios.

Tomare como experiencia la competencia objetiva<sup>125</sup>. Para llegar a conclusiones prácticas sobre la obligatoriedad del constitucionalismo.

Esto nos lleva a hacer algunas consideraciones de teoría jurídica frente a ser vinculante en varios sentidos interpretativos judiciales y abriarnos a crear una nueva jurisdicción en busca del procedimiento autónomo del procedimiento constitucional a nivel de vinculariedad y obligatoriedad de cierre, sin dejar a un lado el procedimiento existente de revisión de la Corte Constitucional de cierre definitivo. Por lo anterior considero abrirlo en dos campos que a continuación propongo.

---

<sup>125</sup> Desarrollada por el Dr. Velandia<sup>125</sup> (Velandia Canosa, 2013)

### **5.1 El precedente constitucional hacia la identidad del derecho procesal constitucional de cierre.**

Es necesario seguir manteniendo un sistema dual constitucional, no es necesario ir al extremo del precedente anglosajón, tampoco eliminar de tajo el sistema concentrado, es necesario quemar etapas internas y crear una vía aceptable por los sistemas, o sea proceso de cambio cultural en la academia y los estrados judiciales, donde la competencia sea de todos los jueces, doctrinantes, jurisconsultos y academia interna, o sea, un sistema híbrido, dual y paralelo, pero aclarando que esta facultad debe ceñirse sobre unos parámetros serios, así: i) El congreso de vía libre para crear una jurisdicción independiente, autónoma y con procedimiento especializado ordinario, de la cual *llamaremos “derecho procesal constitucional de cierre”*; ii) esta nueva jurisdicción ordinaria constitucional debe ser creada con jueces especializados en lo constitucional y del precedente de unificación jurisprudencial; iii) debe actuar a través de solicitud de tercero y por medio de un recurso especial de protección de precedente constitucional o unificación jurisprudencial de cierre; iv) las decisiones deben ser mediante un recurso constitucional de precedente; v) Impetrarse ante la jurisdicción ordinaria que desconoció el precedente o la unificación de jurisprudencia por extensión; vi) reemitirse a la jurisdicción penal de oficio, en caso de encontrar que el operar judicial se apartó y no fundamentó su decisión de fondo; vii) en caso de negar el recurso de consulta del precedente o apelación constitucional, el accionante o demandante pueda impetrar el recurso de queja, viii) debe actuarse en todas las etapas bajo los parámetros de la oralidad plena.

Deben enviarse toda decisión del nuevo procedimiento a selección de revisión de la Corte Constitucional, tal como se viene realizando a la fecha.

En referencia a los fallos de las Altas Cortes, sea esta Civil, Penal o Administrativa, están deben a partir de la nueva jurisdicción conocer el precedente de cierre y por medio de unificaciones jurisprudenciales ordenar a los jueces horizontales y verticales su aplicación, así mismo crearse una gaceta donde se unifique la jurisprudencia de cierre y sea de consulta pública, así mismo una página en internet para su consulta y actualización permanente.

Entonces la pregunta sería, en referencia al juez ordinario cuando cerraría su precedente o decisión de unificación jurisprudencial, frente a este punto proponemos que la instancia de cierre en caso de precedente o unificación jurisprudencial debidamente publicada, sería el juez del tribunal.

El magistrado de segunda instancia al conocer el precedente y conforme su obligatoriedad y cierre, se le daría otra facultad de negar el recurso de casación por unificación de precedente, y así decidir no conceder el recurso de alzada de casación.

Si logramos crear una jurisdicción independiente y autónoma constitucional, con jueces ordinarios especializados constitucionales, donde realicen decisiones judiciales garantes de los precedentes de ratio decidendi, se estaría de un nuevo procedimiento de rango constitucional garante de decisiones de cierre de aspectos que sea de conocimiento ordinario, administrativo o internacional, a solicitud de cualquier ciudadano, autoridad administrativa o de oficio cuando tenga efectos de convenios, tratados de derechos humanos o normas internacionales.

En un proceso corto, oral y eficaz del precedente por la vía de la nueva jurisdicción de procedimiento constitucional y las vías disciplinarias penales, lograríamos un precedente constitucional de cierre de obligatoriedad inmediata, garante de su aplicación y un precedente constante general tanto para la administración con efectos de descongestión y los operadores judiciales, con efectos de igualdad y seguridad jurídica.



## CONCLUSIONES

De todo lo anterior, es necesario hacer algunas precisiones en términos de conclusión:

Hoy ha nacido un nuevo lenguaje del “precedente obligatorio” y a partir de diversos orígenes, la idea del juez colombiano consumido en códigos, viene abriendo fronteras frente los ordenamientos, tipologías constitucionales y derecho internacional, frente a una nueva jurisprudencia unificada y obligatoria por extensión y el respeto y acatamiento al precedente constitucional y su disciplina jurisprudencial, al menos desde el principio de igualdad y frente a casos iguales fallos iguales, parece existir hoy como importante y progresivamente en los textos constitucionales y la academia un nuevo derecho neo constitucional de derecho viviente de fuentes y principios. El precedente judicial debe tenerse en cuenta como fuente de Derecho, no solo como han pretendido desvirtuar algunos jueces en materia ordinaria o administrativa, sino también se debe dar por extensión de la jurisprudencia de unificación, hoy conforme el mandato legal de la ley 1395 y 1437 de 2011, es ley.

La necesidad de dar un cambio, no solo debe partir de los fundamentos legales o jurisprudenciales, sino debemos abrirnos a un cambio cultural, donde la operatividad al principio de igualdad, la exigencia de ponderar y reponderar los valores del precedente, ha

convertido a los doctrinantes, operadores judiciales, legislador positivo, inclusive a la misma academia en debatir e introducir el tema de la obligatoriedad del precedente.

La elaboración de la teoría de que existen principios supremos a la constitución y su vinculación de los mismos al bloque de constitucionalidad, ha sido otro elemento de entrar a replantear. La ley, no es fuente única del derecho, sino, un efecto heterónomo del naturalismo y fuentes, principios, acuerdos, convenios, tratados y respeto y acatamiento de los derechos humanos que busca ser aplicados como precedentes de normas de rango constitucional e internacional obligatorias frente al operador judicial, sea este horizontal o vertical.

Por lo tanto no debemos sorprendernos si, como órgano de cierre del precedente debe ser la constitucional y punto final, de lo contrario sería un regreso al método concentrado constitucional de Has Kelsen, que viene siendo cerrado como fuente única del derecho, hoy por un precedente solido constitucional y legal.

Otro factor, es la aplicación del sistema *Common Law* y sus detractores ius positivistas. Lo primero que debemos entender, es que nos encontramos en un modelo hibrido, dual y paralelo de la justicia constitucional en Colombia, este sistema permitirle a todos los jueces tener competencia para inaplicar la ley, pero tiene competencia para conocer los procesos constitucionales; ejemplo: competencia del Consejo de Estado para declarar la nulidad por inconstitucionalidad, es decir otorga competencia residual en las acciones de habeas corpus a los jueces civiles y administrativos para tramitar acciones populares y de grupo, y a los jueces administrativos asigno la acción de incumplimiento, en general nos encontramos frente a un sistema hibrido, confuso pero no difuso.

La distancia entre Common law y civil law, se consumen sobre un plano primordialmente cultural y no difuso. Permiten observar un sistema de la postmodernidad, donde la base moral este conectando con la ética, creando una nueva axiología jurídica, donde surgen corrientes jurídicas del constitucionalismo mundial; luego el constitucionalismo contemporáneo es garantista del ejercicio de todos los derechos, y estos simboliza la simbiosis entre la visión cultural, moral y política del nuevo derecho.

De otro lado, el precedente viene apuntalando a una descongestión judicial real y práctica en el derecho administrativa y ordinaria. La Corte reitera nuevamente la voluntad del legislador constitucional de consagrar expresamente el deber de las autoridades administrativas de acatar y aplicar el precedente judicial, tanto en la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, especialmente en algunas materias neurálgicas que han producido gran congestión judicial a partir de las acciones que han generado nuevamente el mandato superior de sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y por ende al precedente judicial de las Altas Cortes.

La anterior simbolización de visión cultural, moral y política del nuevo derecho tendiente a buscar una descongestión judicial y seguridad jurídica de igualdad, han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos por nuestro intérprete constitucional, entre las más importantes entrare a señalar las siguientes:

*“(i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes; (ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe*

*entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales; (iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley; (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos; (v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley art. 13 C.P; (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces; (vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes; (viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; (ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos,*

*desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto; (x) 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 (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas; (xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.”<sup>126</sup>*

Entonces que hacer para que el precedente sea fuente de fuentes de cierre constitucional, y así evitar el mal llamado choque de trenes, que nunca ha existido, pero ante la sociedad se ha creado un falso sofisma al pretender chocar una norma de norma constitucional, con un efecto legal contrario a la misma constitución.

Tomare como experiencia la competencia objetiva<sup>127</sup>. Para llegar a conclusiones prácticas sobre la obligatoriedad del constitucionalismo.

---

<sup>126</sup> [www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html](http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html)

<sup>127</sup> Desarrollada por el Dr. Velandia<sup>127</sup> (Velandia Canosa, 2013)

Esto nos lleva a hacer algunas consideraciones de teoría jurídica frente a ser vinculante en varios sentidos interpretativos judiciales, desde el precedente constitucional y nuevo procedimiento.

Es necesario seguir manteniendo un sistema dual constitucional, donde la competencia sea de todos los jueces, o sea, un sistema híbrido, pero consideramos que esta facultad debe reglamentarse en los siguientes parámetros: i) crear un procedimiento especializado ordinario constitucional; ii) esta nueva jurisdicción ordinaria constitucional debe ser creada con jueces especializados; iii) debe ser a través de solicitud de tercero por medio de un recurso especial de protección de precedente constitucional de cierre; iv) las decisiones deben ser mediante el recurso constitucional del precedente e interponerlo ante la jurisdicción ordinaria; terminado el procedimiento de la nueva jurisdicción deben enviarse a selección de revisión de la Corte Constitucional como único superior constitucional en consulta; v) las decisiones deben ser a través del precedente de cierre unificado y frente al principio de igualdad; vi) en caso de negarse el recurso por el operador judicial, exista contra el mismo el recurso de queja tal como está determinado en la jurisdicción vigente, vii) El sistema adoptado debe ser la oralidad en audiencia y viii) en caso de condenarse al operador judicial, compulsarse ante la jurisdicción penal para su investigación y sanción por el delito de prevaricato por acción, tal como lo contempla hoy la ley.

Si, logramos crear una jurisdicción independiente y autónoma constitucional, con jueces ordinarios especializados en procedimiento constitucional y garante del precedente de cierre, y garantista de la ratio decidendi, se estaría de un nuevo procedimiento de rango constitucional, y como consecuencia deberíamos con el procedimiento o sin este llegar a concluir el respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia de las Altas cortes por

unificación y el precedente de cierre constitucional, en; (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive, sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo; y (iii) las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto.

*“la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, **tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional**”.*<sup>128</sup> (Resalta la Sala).

Consideramos que es necesario seguir cabalgando y reiterado que el desconocimiento del precedente judicial, especialmente de orden constitucional, termina afectando derechos fundamentales de los destinatarios de las normas, de manera que en estos casos, la Corte deberá conocer estos casos por vía de tutela.

---

<sup>128</sup> Sentencia T-292 de 2006.

## BIBLIOGRAFÍA

Autores.

Antonin Scalia.(1997). *Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law..* New Jersey: Princeton.

Alexy, Robert. (2005).*Teoría del discurso y derechos humanos*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Alexi y R Dreier. (1997). *Precedents in the Republic of Germany, en Neil MacCorm S. Summers. Interpreting Precedents. Ashgate Dartmouth.* Aldershot et al. París: (s.e).

Black. (2009). *Diccionario of Law*. London, England: A&cBlack.

Bonorino, Pablo R. & Peña Ayazo, Jairo Iván. (2006). *Filosofía del derecho*. Segunda edición. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Cabrera, B. S. (2012). Bogotá.

Calabresi., G. ( 1982). *A Common Law for the Age of Statutes. Harvard University Press.* Cambridge.. .

Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo. (2010). *El canon neo-constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carbonell Miguel. (2002).*Diccionario de Derecho Constitucional*. Ed. Porrúa. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

David, R. (1982). *Les grands systèmes de droit contemporains. Dalloz.* , págs. 431 y ss. París.

Ferrajoli Luigi. (2001). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Segunda edición. Madrid: Ed. Trotta.



- Ferrajoli, L. (2007). *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Mac Gregor, E. (2009). *Cosa Juzgada y Precedente en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana*. Lima .
- Gamboa, S. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano* (1 edición ed., Vol. 1). Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Garcia, H. A. (2011). *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso* (Black, 2009) *administrativo*. Bogotá, Colombia: U. La sabana.
- Garcia, H. A. (2011). *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo*. *Estudios constitucionales* , 398-399.
- Garcia, H. A. (2011). *Del precedente constitucional al nuevo precedente contenciosos administrativo*. En H. A. Garcia. Bogotá: Estudios Constitucionales.
- Gutarrea, F. E. (s.f.). Precedentes vinculantes. ¿consolidaciones normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?
- J.A., R. S. (2007). La Jurisprudencia comstitucional y su fuerza vinculante.
- J.A., R. S. (2009). El precedente Constitucional y su impacto el el ordenamiento jurídico y la Actividad de los órganos estatales. En J. Tupayanchi Sotomayor, & J. Tupayanchi Sotomayor. En *El precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. Lima.
- kelsen. (1960). *Teoría Pura del Derecho*.
- Linares Quintana, S. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina.

- López Medina, D. (2004). *El derecho de los Jueces*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes. Editorial Legis.
- Lopez, D. Marcos Masso, Pegoraro Lucio. (2000). *Nuevo Derecho Constitucional Comparado 2000*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Banch.
- Magaloni Kerpel, A. L. (2001). El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano.
- Magaloni Kerpel, A. L. (2001). El precedente constitucional norteamericano. España.
- Meier Garcia, E. (2007). Luces y sombras del precedente constitucioal en Venezuela. Lima: Carpio Márcos.
- Mendez, H. F. (2010). *Juez Constitucional como Legislador Positivo*. Bogotá.
- Neil MacCormick and Roberts S. ob. Cit (1997).
- N.P., S. (s.f.). *El valor del precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina* (1 ed., Vol. 1). Lima, Palestra, Peru.
- Ossorio, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Juridicas, Políticas y Sociales* (33 ed., Vol. 1). Buenos Aires: Heliasta.
- Olano García Hernán A. 2011). *Estudios Constitucionales*, Año 9, N 2, 2011, pp. 395 – 428 ISSN0718-0195- Centro de Estudios Constitucionales Chile Universidad de Talca “Del Precedente Constitucional al nuevo precedente Contencioso Administrativo”, expone en sus estudios. Estos conceptos del precedente en Bolivia.
- Peru. (2013). *WWW.CAYPE.ORG.PE*. Recuperado el 14 de 02 de 2013
- Plan, R. B. (1999). *Constitutional Reform*. Longman. Newm York.
- Ramirez, R. B. (2009). El precedente Judicial. Bogotá: Doctrina y Ley.

Taruffo, M. (2007). *Precedente y Jurisprudencia*. Cali: U.I.

Toma, G. (s.f.). Las sentencias Constitucionales: Precedente Vinculante. En J. Tupayachi Sotomayor, & Tupayachi Sotomayor. Lima: El precedente Constitucional Vinculante Perú.

Tupayachi Sotomayor, J. (2009). *El Precedente Constitucioanal Vinculante en el Perú*. Lima: ADRUS.

Velandia Canosa, E. A. (2013). *Derecho Procesal Constitucional Tomo IV*. Bogotá: Apolo.

Velandia Canosa, E. A. (Derecho Procesal Constitucioanal ). D. Bogotá: Apolo.

Victor, G. T. (2009). *El precedente constitucional vinculante en el Perú* (1 ed., Vol. 1). Perú: & J.Tupayachi Sotomayor.

Zagreblezqui, G. (2007). *El derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.

### *Normatividad*

Colombia. Consejo Nacional legislativo. Diario Oficial. 6.881. Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Ley 57 de 1887.

Colombia. Consejo Nacional legislativo. Diario Oficial. 6.881. Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. 25 de Noviembre de 1886. Ley 61 de 1886.

Colombia.Congreso de la Republica. Diario oficial. 7151. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. 15 de agosto de 1887. Ley 153 de 1887.

Colombia.Congreso de la Republica. Diario oficial. 7151. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. ley 169 de 1887.

Colombia.Congreso de la Republica.Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional.15 de Abril de 1887. Ley 57 de 1887.

Colombia.Congreso de la Republica.Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional.15 de Abril de 1887. Ley 105 de de 1890.

Colombia.Congreso de la Republica. Diario Oficial. 47768. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. 12 de Julio de 2010.Ley 1395 de 2010.

Colombia.Congreso de la Republica. Diario oficial. 47956. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.18 de Enero de 2011.Ley 1437 de 2011.

### *Jurisprudencia*

*Colombia.* Corte Constitucional. (1993, Marzo), “Sentencia C-113 de 1993, expediente N° D-096”. MP.: José Arango García. Bogotá.

*Colombia.* Corte Constitucional. (1993, Marzo), “Sentencia C-104 de 1993, expediente N° D-164”. MP.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1993, Abril), “Sentencia C-131 de 1993, expediente N° D-182”. MP.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1995, Marzo), “Sentencia C-083 de 1995, expediente N° D-665”. MP.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1996, Febrero), “Sentencia C-037 de 1996, expediente N° C-037”. MP.: Vladimir Naranjo Mesa. Bogotá.

*Colombia.* Corte Constitucional. (1997, Marzo), “Sentencia T-406 de 1992, expediente N° T-778”. MP.: José Manuel Rodríguez. Bogotá.

*Colombia.* Corte Constitucional. (2000, Enero), “Sentencia C-037 de 2000, expediente N° D-244”. MP.: Vladimir Naranjo Mesa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2001, Agosto), “Sentencia C-836 de 2001, expediente D-3374”. MP.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2001, Agosto), “Sentencia T-487 de 2001, expediente T-409516”. MP.: Jaime Araujo Renteria. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2006, Abril), “Sentencia T-292 de 2006, T-1222275”. MP.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2008, Abril), “Sentencia C-335 de 2008, expediente D-6943 y 6946”. MP.: Humberto Antonio Sierra Pardo. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2011, Julio), “Sentencia C-539 de 2011, Expediente: D-8351”. MP.: Luís Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Colombia. Corte (López, 2000) Constitucional. (2011, Agosto), “Sentencia C-634 de 2011, Expediente: D-8413”. MP.: Luís Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1998, Noviembre), “SU 640 de 1998, Expediente: T-164746”. MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1999, Enero 29), “SU 047 de 1999, Expediente: T-180650”. MP.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (1999, Marzo), “SU 168 de 1999, Expediente: T-162846”. MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2001, Mayo 24), “SU 544 de 2001, Expediente: T-270648”. MP.: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2001, Noviembre 13), “SU 1184 de 2001, Expediente: T-282730”. MP.: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2001, Noviembre), “SU 1291 de 2001, Expediente: 388435”. MP.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2000, Abril), “T 439 de 2000, Expediente: T-273295”. MP.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2000, Noviembre), “T 1625 de 2000, Expediente: T-327952”. MP.: Martha Victoria Sáchica Méndez. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2001, Diciembre), “T-1317 de 2001, Expediente: T-487462”. MP.: Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2002, Agosto), “T-590 de 2002, Expediente: T-581591”. MP.: Jaime Araujo Renteria. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2003, Junio), “T-462 de 2003, Expediente: T-689211”. MP.: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2006, Marzo), “T-158 de 2003, Expediente: T-1217433”. MP.: Humberto Antonio Sierra Pardo. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2006, Abril), “T 292 de 2006, Expediente: T-1222275”. MP.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2009, Enero), “T 014 de 2009, Expediente: T-1693110”. MP.: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá.

### **Artículos de páginas electrónicas referenciadas.**

[www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas\\_juridico/172\\_C-539-11.rtf](http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/172_C-539-11.rtf).

[es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf](http://es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf).

[www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm).

[www.leyex.info/juris/SentenciaC634de2011.htm](http://www.leyex.info/juris/SentenciaC634de2011.htm).

[www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82022776009.pdf).

[//www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21039](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21039).

[www.monografias.com/trabajos71/necesidad...dente-judicial-peruano-vinculante3.shtml](http://www.monografias.com/trabajos71/necesidad...dente-judicial-peruano-vinculante3.shtml).

[www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200010&script=sci_arttext).

[www.sututela.com/jurisprudencia/sentencia-de-unificacion-su540-de-2007-su540-07](http://www.sututela.com/jurisprudencia/sentencia-de-unificacion-su540-de-2007-su540-07).

[www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_9\\_2\\_2011/articulo\\_9.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_9.pdf).

[edwinfigueroaag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/](http://edwinfigueroaag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/).

[www.slideshare.net/harr/precedentes-vinc...vera-rodriguezjavier-adrian-presentation](http://www.slideshare.net/harr/precedentes-vinc...vera-rodriguezjavier-adrian-presentation).

[www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal...imestre\\_2012/39665\(07-11-12\).doc.doc.doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal...imestre_2012/39665(07-11-12).doc.doc.doc).

[Es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf](http://Es.scribd.com/doc/226164215/DEL-PRECEDEN...RECEDENTE-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-pdf).

[www.usergioarboleda.edu.co/derecho/dercomercial/C-0836-01.rtf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/dercomercial/C-0836-01.rtf).

[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm).

[www.usergioarboleda.edu.co/derecho/liter...la\\_crisis\\_de\\_las\\_fuentes\\_del\\_derecho.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/liter...la_crisis_de_las_fuentes_del_derecho.pdf)

[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm).

[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm).

[www.redalyc.org/pdf/820/82040203.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82040203.pdf).

[www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508](http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508).

[www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas\\_juridico/172\\_C-539-11.rtf](http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/172_C-539-11.rtf).

[www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508](http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36721/39508).

[www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html](http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-539-11.html)

[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-704-12.htm).

[www.cej.org.co/observatoriocpayca/index.php/jcc/91-sentencia-c-634-11](http://www.cej.org.co/observatoriocpayca/index.php/jcc/91-sentencia-c-634-11).

[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-351-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-351-11.htm).

[www.avancejuridico.com/actualidad/ultimoscomunicados/C-335-08\(D-6943\).html](http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimoscomunicados/C-335-08(D-6943).html).

[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-335-08.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-335-08.htm).

[www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-539\\_1911.htm](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-539_1911.htm).

[www.consejodeestado.gov.co/sentencias...s/11001-03-15-000-2012-00137-00\(AC\).docx](http://www.consejodeestado.gov.co/sentencias...s/11001-03-15-000-2012-00137-00(AC).docx).

[www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292\\_2006.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/t-292_2006.htm).



[nstitucionesconstitucionales.blogspot.c...procedimiento-en-la-accin-de-tutela.html](http://nstitucionesconstitucionales.blogspot.c...procedimiento-en-la-accin-de-tutela.html).

[franksbur.blogspot.com/2012/06/el-precedente-constitucional.html](http://franksbur.blogspot.com/2012/06/el-precedente-constitucional.html).