



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Olano García, Hernán Alejandro
Del precedente Constitucional al nuevo precedente contencioso Administrativo
Estudios Constitucionales, vol. 9, núm. 2, 2011, pp. 395-428
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82022776009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL AL NUEVO PRECEDENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO¹

THE CONSTITUTIONAL PRECEDENT TO THE NEW ADMINISTRATIVE CONTENTIOUS PRECEDENT

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA*
Universidad de La Sabana, Colombia.
Hernan.olano@unisabana.edu.co

RESUMEN: Desde el derecho procesal constitucional, se presenta el nuevo valor del precedente en el ordenamiento colombiano, como principio general en el cual se apoyan los jueces para dictar sus decisiones, tanto en materia constitucional como en materia contencioso administrativa.

ABSTRACT: Since the constitutional legal right, the new value of the precedent in the Colombian code is presented, as general principle in which the judges are supported to dictate their decisions.

PALABRAS CLAVE: Sentencia de la Corte Constitucional. Precedente Constitucional. Jurisprudencia. Efectos de la Sentencia. Consejo de Estado.

KEY WORDS: Sentence of the Constitutional Court. Constitutional precedent. Jurisprudence. Effects of the Sentence. Council of State.

INTRODUCCIÓN

Este es un trabajo más bien descriptivo que analítico, en el cual se pretende mostrar cual es el uso del precedente en el ordenamiento colombiano, tanto en

¹ El presente artículo hace parte de la Línea de Investigación en Derecho Procesal Constitucional, del Grupo de Investigación “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”, en la Universidad de La Sabana. Artículo presentado el 10 de noviembre de 2010 y aprobado el 13 de julio de 2011.

* Abogado, con estancia Pos Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España; Doctor Magna Cum Laude en Derecho Canónico; es Magíster en Relaciones Internacionales y Magíster en Derecho Canónico y posee especializaciones en Bioética, Derechos Humanos, Liderazgo Estratégico Militar y Derecho Constitucional. Es el Director del Grupo de Investigación en Derecho Público “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”, en la Universidad de La Sabana, donde además hace parte del Grupo de Investigación en “Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos” y dirige el Área de Derecho Administrativo y Tributario. Es además el Vicecónsul Honorario de la República de Chipre en Colombia. <http://hernanolano.googlepages.com> Correo electrónico hernan.olano@unisabana.edu.co Dirección: Universidad de La Sabana, Km. 7 Autopista Norte, Costado Occidental, Chía, Cundinamarca, Colombia. Artículo recibido el 10 de noviembre de 2010, aceptado para publicación el 13 de julio de 2011.

materia constitucional como ahora en materia contencioso administrativa, debido a la importancia que el mismo ha adquirido en todas las jurisdicciones que tienen su competencia en este país, siendo hoy en día una de las principales fuentes del derecho positivo.

En Colombia, desde el año 2010, al expedirse la Ley N° 1.395 (Ley de Descongestión Judicial y de manera especial su artículo 114) y, en los primeros días de enero de 2011, al expedirse la Ley N° 1.437 (nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), la discusión que se había tenido desde la década de los 90 del siglo XX en cuanto a la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales vuelve a tomar valor, por considerárseles también la “razón de la decisión”, y componente inherente de la actividad judicial dentro del Estado de Derecho; por tanto, con el presente estudio acerca de los precedentes constitucional y contencioso administrativo, buscamos establecer si este último es ya autónomo con base en las nuevas disposiciones legales o si, por el contrario, sigue estando supeditado al principal y más efectivo precedente utilizado hoy en día en Colombia, el precedente constitucional.

Para la Real Academia Española (Real Academia Española, 1992), precedente se define por la acción de preceder. “*Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos. 2. M. 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*”.

Mientras que en el *Dictionary of Law* (Black, 2009), se define el *precedent* como “*something such as a judgment which has happened earlier than the present, and which can be a guide to what should be done in the present case. To set a precedent to make a decision in court which will show other courts how to act in future. To follow a precedent to decide in the same way as an earlier decision in the same type of case*”.

Ante lo cual, el profesor Santofimio, citando a Gustav Radbruch, (Santofimio Gamboa, 2010, p. 12), agrega que “*el precedente –precedent–, entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico con influencia anglosajona –common law–, o sistema del Derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos –case law–, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho*”.

La figura del precedente se remonta a Inglaterra, donde sir William Black Stone (Blackstone), tuvo el mérito de ser uno de los primeros de ocuparse de

esta figura en sus comentarios a las leyes inglesas observando la necesidad de atenerse a las *established rules* o reglas establecidas para mantener la balanza de la justicia en su fiel. Sin embargo, ese sistema, de origen anglosajón, fue muy criticado cuando comenzó a utilizarse en Colombia, pues cuando se decía que los jueces debían someterse al “imperio de la ley”, se presuponía que quedaban excluidas la equidad, la doctrina y los principios generales del derecho y, por supuesto, la jurisprudencia. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana dispuso que por la expresión “imperio de la ley”, debía entenderse no sólo en sentido formal la ley, sino también su interpretación, la cual se hace a través de la jurisprudencia, pretendiendo crear un nuevo orden jurídico transformador y promotor de esta nueva fuente de derecho en nuestro ordenamiento, hasta el punto de considerarse que la plena certeza para interpretar la ley, es el uso del precedente y de ningún otro método de interpretación, pues las razones que sirven de sustento a las decisiones, las *ratio decidendi*, como soluciones jurídicas a una solución fáctica particularmente estudiada, se han convertido en antecedentes vinculantes, es decir “a una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad” (Santofimio Gamboa, 2010, p. 24), más conocidos como *stare decisis*.

En uno de los países con sistema propio del *Common Law*, como lo es los Estados Unidos de Norteamérica, el principio del precedente, conocido como del *stare decisis*, sumado a la cláusula de supremacía de la Constitución y a la facultad de la Suprema Corte de revisar las decisiones de los tribunales de los Estados con respecto a cuestiones relativas al derecho federal, hace que la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte federal, sea vinculante para todos los jueces y tribunales, federales y estatales de ese país. Así, los efectos de esas decisiones, que integran sus precedentes, hacen que se reconozca que “una sentencia judicial es vinculante con respecto a los derechos y deberes de las partes en cuanto a la controversia resuelta por el tribunal; y todos reconocen que los demás poderes deben respetar la sentencia judicial en ese sentido” (Barker, 2010). Y, no son pocos los ejemplos²

² El profesor Robert S. Barker de la Duquesne University School of Law de Pittsburgh, Pennsylvania, Estados Unidos, expone los siguientes tres ejemplos, que bien vale la pena reseñar:

“En 1958, en el caso ‘Cooper v. Aaron’, la Corte Suprema declaró inconstitucional el intento del Estado de Arkansas de impedir el cumplimiento de una orden de un juez federal de primera instancia ordenando la integración racial de una escuela pública. La Corte Suprema declaró: “(...) el Poder Judicial federal es supremo en la exposición del derecho constitucional (...). Por eso, la interpretación (de la Constitución) enunciada por esta Corte (...) es la suprema ley del país (...)”. 358 US at 18, 78 S. Ct. al 1409-1410, 3 L. Ed.2d at 16-17.

En 1997, en el caso ‘City of Boerne v. Flores’, cuando el Congreso de los Estados Unidos trató de imponer, por ley, su propia interpretación de la garantía de la libertad religiosa, en contra de la interpretación

sobre esa consideración, la cual hace que “*la jurisprudencia constitucional, además de su fuerza dentro del sistema judicial, también produce efectos a largo para los otros poderes del gobierno*”, (Barker, 2010, p. 698).

Para Cavanna (Santofimio Gamboa, 2010, p. 17), el verdadero diseñador de la cultura ósea del sistema del *common law* fue la *curia regia*, también conocida como consejo real o, especialmente en Inglaterra, como *King's Council* (organismo que fue característico de la organización política de los inicios del bajo Medioevo), 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. “*Fue el centro de competencias reales, la dirección del Estado y el funcionamiento de las instituciones públicas. Entre estas funciones naturales le correspondía la actividad judicial que, como se recordará, era típica del rey como responsable de la pax pública, pero que ejercía con la colaboración de la curia regia*”.

Y se agrega, para complementar el presente estudio evolutivo del precedente y siguiendo a Santofimio (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; le correspondió el conocimiento de prácticamente todos los litigios entre particulares; fue, por así decirlo, la depositaria de la jurisdicción ordinaria, y

anunciada pocos años antes por la Corte Suprema, la Corte declaró inconstitucional la ley federal y proclamó la supremacía de los precedentes de la Corte Suprema y su fuerza vinculante para todos los poderes públicos: “Cuando esta Corte interpreta la Constitución, actúa dentro de las facultades del Poder Judicial, que incluye el deber de decir lo que es la ley (...). Cuando los poderes políticos del gobierno actúan en contra de una interpretación judicial de la Constitución, debe entenderse que en futuros casos la Corte tratará sus propios precedentes con el respeto que ellos merecen de acuerdo con los principios establecidos, incluso *stare decisis* (...). 521 US at 536, 117 S. Ct. at 2171, 138 L.Ed.2d at 649.

La magistrada Sandra Day O'Connor, en su opinión separada, enfatizó esta supremacía judicial en términos aun más fuertes, cuando dijo: (...) cuando el Congreso adopta leyes (...) debe hacerlo de acuerdo con la exposición de la Constitución hecha por esta Corte. 521 US at 545, 117 S. Ct. at 2176, 138 L.Ed.2d at 655”.

3. La *Court of Ecclesiastics Bench*, 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.

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.

Roger Rodríguez Santander expresa que “*hablar del instituto del precedente en una realidad jurídica que responde históricamente a la tradición o familia romano-germánica, es todavía una buena forma de despertar enraizados prejuicios. Más concretamente, afirmar que una sentencia (o parte de ella) puede ser considerada una fuente de Derecho, parece ser mal recibido por los seguidores de las cunas del civil law. Inmediatamente, surgen las voces que acusan al suceso de significar una usurpación de las competencias (¿y la primacía?) del Parlamento, advirtiéndole además de que ello supondría importar instituciones del common law a tradiciones jurídicas ajenas*”. (RODRÍGUEZ SANTANDER, 2007, p. 19).

De esta manera, agrega el profesor Rodríguez (RODRÍGUEZ SANTANDER, 2007, p. 63), se presenta una fusión entre la tradición anglosajona del precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. “*Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en la intención de dotar de fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente creadora de Derecho. Mientras que los caracteres del civil law se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho legislado*”.

En los Estados Unidos, la doctrina del precedente, o del *stare decisis*, propia del common law, según un tratadista argentino (SAGÜÉS, 2007, p. 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*”.

Manuel Ossorio (OSSORIO, 2006, 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”.

Para Jhonny Tupayachi Sotomayor (TUPAYACHI Sotomayor, 2009, p. 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*”, 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.

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 (TARUFFO, 2007, p. 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.

Y es que la jurisprudencia, en cuanto fuente mediata o indirecta, o inmediata y directa del nuevo derecho constitucional, es un conjunto de decisiones pronunciadas por los tribunales que tienen al cuidado las normas y, particularmente de la Corte Constitucional y ahora del Consejo de estado colombianos, a través del precedente como intérpretes uniformes y constantes del derecho.

Como es sabido, la ciencia del Derecho se identificaba con la expresión jurisprudencia, mucho tiempo antes de que se dijera que éste correspondía a las decisiones judiciales y a los pronunciamientos de los tribunales, representadas en la doctrina y las reglas o sentencias que se contenían en ellas.

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 un 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*”.

El mismo Tupayachi (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 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*”.

En el caso de México, Rubén Sánchez Gil y Eduardo Ferrer MacGregor (Ferrer MAC GREGOR Y 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*”.

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, T. 2, p. 483).

Se debe agregar que “*Although English law is increasingly governed by statute, the doctrine of precedent still plays a major role. The decisions of higher courts bind lower courts, except in the case of the Court of Appeal, where the court has power to change a previous decision reached per incuriam. Cases can be distinguished by the courts where the facts seem to be sufficiently different*” (BLACK, 2009, pp. 209-210).

Con la vigencia del Código Procesal Constitucional en el Perú³, “*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

³ PERÚ. Código Procesal Constitucional. Ley N° 28.237. En www.caipe.org.pe consultado en febrero de 2011.

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”.

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”*. Esta definición se complementó con la de Roger Rodríguez, (RODRÍGUEZ SANTANDER, 2007, p. 55), quien dice que el precedente *“alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un futuro caso sustancialmente homólogo”*.

Allí en el Perú, estudiosos como Víctor García Toma (GARCÍA TOMA, 2009, pp. 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, cuando quiera que se presente a su juicio, alguna de las siguientes situaciones:

- Cuando se acredita la ausencia absoluta de norma.
- Cuando a pesar de la existencia de una prescripción jurídica, se entiende que esta se ha inscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades.
- Cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área particular con conflicto intersubjetivo.
- Cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquéllas o sospechado éstas.
- Cuando dos normas sin referencia mutua entre sí —es decir, en situación de antinomia indirecta— se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces.
- Cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente.
- Cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

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. En caso de conflicto entre un precedente del Tribunal Constitucional y uno de la Corte Suprema prevalece lo resuelto por el Tribunal Constitucional*”, (TUPAYACHI SOTO-MAYOR, 2009, p. 36).

En Argentina, un país ajeno al sistema del *common law*, (Sagüés, 2007, p. 150), 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 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*”.

En el caso de Bolivia, José Antonio Rivera Santiváñez (RIVERA SANTIVÁÑEZ, 2009, p. 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*”.

En otro estudio, Rivera Santiváñez, agrega “*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*”, (RIVERA SANTIVÁÑEZ, 2007, p. 164)

En el caso de Venezuela, “*siguiendo la distinción de Mauro Cappelletti, el precedente constitucional emana tanto de la aplicación del método difuso, como del método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, toda vez que en nuestros predios judiciales coexisten, dando lugar al control integral o mixto, que*

encabeza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, (MEIER GARCÍA, 2007, p. 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 supremos (precedente vinculante vertical)” (CORIPUNA, 2007, p. 119).

La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla T-014 de 2009, explica esta clasificación del precedente en los siguientes términos: “La jurisprudencia 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”.

Es entonces importante reseñar, que las tendencias globales parecen indicar que la mayor parte de los países de nuestro continente convergen poco a poco en el sistema de precedentes vinculantes y estos juegan una importante misión en el proceso de creación de las demás decisiones judiciales en todas las ramas y ámbitos del Derecho⁴ y, en cuanto al precedente administrativo o contencioso administrativo, que se desarrolla más adelante, éste opera, según la doctrina (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, pp. 26-27), “en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, en el principio de igualdad de los administrados ante la Administración, en la necesidad de que ésta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación”; por tanto, “el precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”.

Debemos recordar, sin embargo, que la importancia de las razones o motivaciones de la decisión, lo que en últimas sería el fundamento para el principio del

⁴ Por ejemplo, MENDIVIL GUZMÁN, Pedro Gabriel. El precedente constitucional en la exigibilidad de los derechos sociales, en: Jurídicas CUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa, # 4, Barranquilla, julio-diciembre de 2007, pp. 7-15.

precedente, ha sido expuesta por el primer presidente del Tribunal Constitucional de España, don Manuel García Pelayo: “*Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación,*” (ASBÚN ROJAS, 2010).

Claro que, para el caso de Colombia, en la Sentencia T-337 de 1995⁵, la Corte Constitucional había ya advertido acerca del carácter no vinculante del precedente, al tenor de la siguiente consideración:

“El precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. 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, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (...) De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerden con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”.

De ahí que en Colombia, prácticamente desde 1991, se haya venido dando una discusión sobre si las decisiones de la Corte Constitucional poseen o no el carácter de precedente y por eso, hemos estado sometidos los ciudadanos, en muchos temas, a las minorías, que son su sala plena, la cual, expresa su personal criterio en un país supuestamente pluralista, donde en repetidas ocasiones se da el “*imponer a la nación entera un texto legal inexistente, contrario por lo demás a la Carta Magna, al cambiar o limitar el claro sentido de aquel declarado exequible de manera condicionada, y asumir así un papel que no le corresponde*” (Olano García, 2006).

El magistrado mexicano Jaime Manuel Marroquín Zuleta (MARROQUÍN ZULETA, 2008, p. 63), explica desde el movimiento jurídico norteamericano, que “*la sentencia no es un silogismo ni desde el punto de vista psicológico, ni como complejo de ideas*”. Y lo justifica así:

“Hace tiempo, se llevó a cabo una encuesta de alcance mundial entre jueces de todos los niveles pidiéndoles que expusieran el modo como funcionaba su mente al impartir justicia. Las contestaciones fueron muy parecidas. Al enfrentarse con el proceso, se sentían como en un mar de tinieblas. Examinaban el asunto en todas sus fases. Súbitamente se hacía claridad y el juez sabía cómo sentenciar: aparecía el fallo en esbozo. En este boceto se contenía la decisión, los hechos probados debidamente calificados y la consideración de los mismos a la luz de la norma jurídica pertinente: Primero no había nada y luego un triángulo ya constituido y no formado por adhesión sucesiva de sus tres lados. Jerome Frank (realista norteamericano), denominó a este acto mental hunch, que equivale a

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-337 de 1995.

‘corazonada, premonición, presentimiento o latido’. En realidad se trata de una clara intuición intelectual.

Como se ve, los anteriores argumentos tienden a demostrar, que la sentencia es un acto predominante volitivo, en la que el juzgador se ve obligado a hacer una serie de juicios axiológicos. Además, la parte esencial de la sentencia que es la decisión jurisdiccional, está determinada básicamente por un juicio de carácter intuitivo”.

En su tesis doctoral, traducida al libro *“Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales”*, el profesor Gabriel Mora Restrepo (MORA RESTREPO, 2009) estudia casos reales y controvertidos fallados por la Corte Constitucional colombiana y que hoy se consideran como “precedentes incontrovertibles”, aunque, como se expresó en la reseña del texto⁶, Mora Restrepo *“pone en evidencia cómo los jueces constitucionales desconocen elementos centrales de todo proceso de razonamiento jurídico, generando así un conjunto de decisiones que distan mucho de las exigencias de la justicia y el orden constitucional”*.

El estudio que realiza Mora Restrepo, se fundamenta en lo que se han denominado los “casos difíciles”, definidos por el ilustre profesor chileno José Luis Cea Egaña (CEA EGAÑA, 2009, p. 753), como *“aquellos que presentan alternativas de interpretación de la Ley Suprema, variadas y contradictorias, en asuntos que han concitado el interés público y la atención de los órganos estatales autónomos, en especial el legislador y el gobierno. Tales casos van en aumento constante en nuestra Magistratura, confirmando la regla general que asigna, a esa especie de Tribunal, roles tan delicados como trascendentales para la estabilidad y consolidación de la Constitución en democracia”*.

Gabriel Mora Restrepo, recuerda el momento en el cual en Colombia se despenalizó la Eutanasia en 1997 y uno de los ponentes de la iniciativa, el entonces Magistrado Carlos Gaviria, argumentó que la decisión tomada por el Tribunal obedecía a que *“la Constitución tiene conceptos vacíos en los cuales caben distintas concepciones, incluso contradictorias entre sí”*. *“Según esta tesis —sostiene Mora— los textos constitucionales no tendrían fuerza jurídica propia, sino que serían dependientes de la lectura que cada intérprete haga de ellos. Si esto es así, resultaría tan constitucional como inconstitucional permitir la eutanasia como castigarla; legalizar la dosis personal de la droga como prohibirla; legalizar el aborto como condenarlo, todo lo cual dependería de las mayorías imperantes en la Corte en un momento determinado, lo cual transforma a la Constitución en un instrumento de lucha ideológica entre quienes están llamados a defenderla: los jueces constitucionales”*.

⁶ JURISABANA VIRTUAL, año 2 # 43, semana del 13 al 17 de abril de 2009.

En contra de estas tesis, que tanto arraigo han encontrado en ciertos ambientes académicos colombianos, Mora Restrepo *“propone el ejercicio de una judicatura responsable y muestra que existen alternativas, condiciones y reglas de razonamiento jurídico para tener en cuenta en los procesos judiciales, de forma que estén acordes con la teoría de la justicia y no con el juego de los intereses personales de los jueces”*. Ninguna razón más apropiada que la expuesta, ya que la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional (el precedente obligatorio), posee su fundamento en el resguardo de la igualdad de los asociados y la aplicabilidad del principio de seguridad jurídica, pero creo que no puede haber seguridad, ni estabilidad, ni igualdad cuando con una sola decisión se vulnera la conciencia y la integridad de un grupo mucho más amplio de ciudadanos, verdaderamente afectados en su fuero interno con un precedente que se desprenda del análisis de un caso difícil.

Y es que aquí han tomado camino muchas veces establecer precedentes con base en la doctrina leída por el juez que redacta, lo que en ocasiones nos muestra que no siempre se están siguiendo las fuentes del derecho interno y ni siquiera las que se incorporan a nuestro sistema a través del bloque de constitucionalidad. Hoy en día, por ejemplo, el precedente adquiere diversas formas y en ocasiones, lo que se quiere presentar a título de ilustración en un fallo cualquiera, resulta ser la regla general aplicable en adelante.

Para Eduardo Soderó, citado por Tupayachi (TUPAYACHI SOTOMAYOR, 2009, p. 123), los precedentes según su origen pueden provenir de tribunales de extraña jurisdicción (nacional o extranjera), de la misma jurisdicción (jerarquía inferior, igual o superior), de tribunales supranacionales o internacionales, o finalmente, del propio tribunal (“autoprecedente”).

Desde que se instaló la Corte Constitucional colombiana por el Presidente César Gaviria Trujillo el 17 de febrero de 1992, se han identificado en Colombia una tesis escéptica y una tesis optimista frente al tema del precedente.

Esas dos tesis, acogidas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, corresponden a la siguiente explicación (BERNAL PULIDO, 2005, pp. 199 y ss.):

En cuanto a la tesis escéptica⁷:

“La tesis escéptica descree la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el Derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente,

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. En dicho fallo se expresó: No es posible exigirle a un juez autónomo e independiente, que falle en igual forma a como lo ha hecho su homólogo. No se puede alegar vulneración del derecho a la igualdad, si

esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del Derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial. Además, esta tesis señala que en el Derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del stare decisis es propio de un modelo de 'case law', incompatible con nuestro sistema de Derecho continental".

Según Weaver, citado por Linares Quintana (LINARES QUINTANA, 1987, p. 483), la doctrina del *stare decisis*, “es de una gran importancia en la interpretación de la Constitución, que, a través de la aplicación de aquella, es materia de invariable interpretación sujeta al control de la Suprema Corte; proporciona uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional, porque establece que una interpretación, una vez formulada, no debe ser abandonada sin graves y sólidas razones. Sin embargo, la regla de *stare decisis* no posee carácter absoluto y, de amplia aplicación en el derecho privado, solamente tiene limitado alcance en el campo del derecho constitucional. El *Justice* de la Suprema Corte norteamericana Reed ha dicho, en el *leading case* *Smith v. Allwright*, que ‘no descuidamos la conveniencia de la continuidad de las decisiones en las cuestiones constitucionales. Sin embargo, cuando se convenció de su error anterior, esta Corte nunca se sintió obligada a seguir el precedente. En las cuestiones constitucionales, cuando la corrección depende de la enmienda y no de la acción legislativa, esta Corte, a través de su historia, ha ejercido libremente su poder de reexaminar las bases de sus decisiones constitucionales. Esto es particularmente exacto cuando la decisión considerada errónea es la aplicación

dos jueces municipales o del circuito, por ejemplo, fallan en forma diversa casos iguales sometidos a su consideración, pues, en esta situación, prima la autonomía del juez. Lo único que es exigible, en estos casos, es que la providencia esté debidamente motivada y se ajuste a derecho. Por tanto, dos funcionarios situados en la misma vértice de la estructura jerárquica de la administración de justicia, frente a casos iguales o similares pueden tener concepciones disímiles, hecho que se reflejará en las respectivas decisiones. La sentencia de esta Corporación (T-123 de 1995), hace una consideración adicional a la existencia de pronunciamientos dictados por los órganos jerárquicamente superiores en relación con una tema o una institución determinada, y en ejercicio de la función unificadora de la jurisprudencia. En esos casos, al ser la jurisprudencia un criterio auxiliar en la labor del juez, le es dado a los juzgadores apartarse del razonamiento expuesto por el órgano superior, cuando éste justifique y motive expresamente las razones que lo llevan a discrepar de los razonamientos expuestos por su superior. En estos eventos, la carga que se impone al funcionario judicial es aún más fuerte, que la impuesta cuando él decide modificar su propio criterio, pues los gobernados fundados en el principio de confianza legítima en los órganos del Estado, esperan que su caso sea resuelto en la misma forma como lo ha hecho el tribunal supremo, en situaciones similares.

También confrontar: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-267 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Aquí se reproducen como argumentos los expresados por la Corte en la Sentencia T-321 de 1998.

de un principio constitucional más bien que la interpretación de la Constitución para extraer el principio mismo”.

Sin embargo, Taruffo, en el artículo citado (TARUFFO, 2007, p. 92), agrega que en el sistema americano, la fuerza del precedente, dada por el *stare decisis* existe pero en grado menor: “*los jueces americanos aplican los precedentes con gran discrecionalidad, por así decirlo, cuando no encuentran razones suficientes para no hacerlo. El stare decisis continúa existiendo, de manera tal que los jueces generalmente explican por qué no continúan con el precedente. Parece realmente claro que el precedente tiene eficacia sólo cuando el segundo juez lo comparte. En caso contrario, el precedente es invalidado*”.

El *stare decisis et non quia movere*, traducido como “*respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos*”, o más simplemente como “*acatar las decisiones*”, “*estarse a lo decidido*”, o de la “*obligatoriedad horizontal del precedente jurisprudencial*” (CAJAS SARRIA, 2005, pp. 13 a 33), busca vincular al juez a sus decisiones (precedente horizontal) o a los jueces inferiores en general con respecto a los fallos que sobre casos análogos hayan proferido sus jueces superiores en jerarquía (precedente vertical).

El profesor Néstor Pedro Sagüés (SAGÜÉS, 2007, p. 664), realiza un interesante análisis acerca de dos doctrinas existentes dentro del principio del precedente: “*La ‘minimalista’, cuando postula que dicho precedente sea establecido en forma concreta y profundamente condicionado por los hechos (material fáctico) del caso, y la ‘maximalista’, que intenta que el precedente establezca reglas generales y abstractas comprensivas de una serie amplia de situaciones. Naturalmente, la posición minimalista permite a un tribunal moderar bastante el rigor del precedente, mientras que la maximalista lo acentúa*”.

En el ámbito del derecho anglosajón, la expresión latina *stare decisis*, que traduciría como “*decisión que se mantiene*”, ha sido catalogado como el rasgo más característico de esa familia jurídica del *Common Law*, y se definiría también como “*un modo de raciocinio por analogía*” (CEA EGAÑA, 2009, p. 757) y, como tal, para el profesor José Luis Cea Egaña, abarca las siguientes tres etapas: “*primero, un juez advierte una similitud entre el problema que ahora se le presenta y aquellos casos anteriormente decididos; segundo, el magistrado determina la regla de derecho empleada para juzgar los casos precedentes; y tercero, aplica esa regla a la disputa que aguarda su determinación*”.

El profesor Mario Alberto Cajas (CAJAS SARRIA, 2007, pp. 57 a 84), dice que el precedente, “*obliga a seguir reglas o subreglas fijadas en los fallos, que en el caso del precedente vertical pueden tener -en la práctica- efectos generales por vía de la interpretación que hacen los jueces, más allá de los efectos concretos o inter partes de la decisión del juez*”.

Entonces, el juez, una vez que valora esas semejanzas y diferencias, puede decidir, según Cajas:

- “1. *Aplicar (apply) la regla del precedente cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares.*
2. *Seguir (follow) la regla del precedente cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, éstas no justifican un trato jurídico distinto, y por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto.*
3. *Distinguir (distinguish) esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto”.*

Asimismo, el juez podría tener en cuenta que “*hay precedentes que ‘deben’ (must), otros que ‘deberían’ (should) y, finalmente, otros que ‘pueden’ ser considerados*” (TUPAYACHI SOTOMAYOR, 2009, p. 30). Y, tener en cuenta también la figura del *overruling*, que se entiende como la posibilidad de cambiar el precedente vinculante cuando haya de ser ajustado en determinado tiempo a una situación concreta, aunque algunos doctrinantes como Luis Díaz Canseco y Enrique Pasquel, se atreven a decir que el precedente “*supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede ser variado posteriormente*” (TUPAYACHI SOTOMAYOR, 2009, p. 55), ante lo cual no estamos de acuerdo, pues no obstante el equilibrio y permanencia que debe caracterizar a las decisiones judiciales, éstas no pueden ser inamovibles.

Esa inamovilidad del precedente no puede ser considerada frente a la continua evolución del derecho y, cuando se presente esa situación, lo que podría hacerse es que los tribunales constitucionales o contencioso administrativos, tuvieran en cuenta que la expedición de una sentencia que expone el apartamiento de un antiguo precedente vinculante, debería estar sometida a unos parámetros, como los que Víctor García Toma (GARCÍA TOMA, 2009, p. 64) nos propone:

- *Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión. Ello implica que se consigue claramente la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la modificación.*
- *Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo.*

Sin embargo, García Toma también propone, desde una perspectiva fáctica, acreditar que el proceso de cambio del precedente surge también por alguna de las siguientes cuatro circunstancias:

- Cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas, políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió.
- Cuando se comprueba que el precedente ha quedado desfasado en razón a los avances de la ciencia, la tecnología, las mutaciones político-sociales, o las nuevas corrientes de fundamentación del derecho.
- Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.
- Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.

Volviendo al principio conocido como de *stare decisis vertical*, que rige en los países del *common law*, los profesores argentinos Julio César Rivera (hijo) y Santiago Legarre (RIVERA (hijo) y LEGARRE, 2009, pp. 1109-1128), dicen que los jueces se encuentran obligados a resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión, ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior.

Sin embargo, dichos autores sostienen que para el caso argentino el principio del *stare decisis vertical* no rige, “puesto que los tribunales inferiores pueden —no de hecho, sino en el sentido jurídico de “pueden”: están autorizados por el sistema, dadas ciertas condiciones, de apartarse del holding de los precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores”; es decir, que estos tribunales inferiores, —a juicio de estos autores, que compartimos—, entienden que, en determinadas circunstancias, pueden válidamente apartarse de lo decidido por el máximo tribunal argentino —caso similar debería ocurrir en Colombia—; y más aún, esos jueces inferiores entienden que en algunos casos deben hacerlo.

Taruffo (TARUFFO, 2007, p. 94) habla del precedente horizontal, para indicar la fuerza persuasiva que un precedente puede tener para los órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel de aquel que ha pronunciado la primera decisión:

“El precedente horizontal puede tener alguna fuerza persuasiva, que, sin embargo, tiende a ser inferior a la del precedente vertical, ya sea porque no puede tratarse de la corte suprema, que es única, o porque entre órganos del mismo nivel no existe —al menos a priori— alguna diferencia de autoridad. Puede suceder que un órgano que no se encuentra ubicado en el vértice de la organización judicial produzca decisiones particularmente apreciables y, por lo tanto, tenga influencia sobre los otros jueces del mismo nivel. Sin embargo, esto depende de la cualidad intrínseca de las decisiones más que de los mecanismos parangonables al precedente.

Un caso peculiar e interesante de precedente horizontal se encuentra en el autoprecedente, es decir, en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo (...) sin embargo... puede suceder, de hecho, que la misma corte se encuentre en la necesidad de cambiar de orientación, desviándose de esta manera de sus propios precedentes en diferentes situaciones, que van desde la obsolescencia del precedente al cambio de condiciones históricas, económicas o sociales que influyen en la decisión del caso sucesivo, e inclusive la eventualidad de que se presenten casos con ciertas particularidades que impidan encuadrarlos dentro del precedente”.

En cuanto a la tesis optimista:

La tesis optimista sobre el precedente, que se ha aceptado desde 1995 en Colombia, se basa en tres argumentos:

“El primer argumento destaca la imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del Derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. Esta imposibilidad hace que carezca de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y enajenar a su producto —la jurisprudencia— la posibilidad de convertirse en fuente de derecho.

El segundo argumento señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar (1) la coherencia del sistema jurídico —si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el Derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar—; (2) su estabilidad —la 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—; y (3) el respeto del principio de igualdad —el Derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos, similares, anteriores, presentes y futuros—.

El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica. Por una parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial. La independencia judicial se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del Derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes”.

La sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, sostiene que el precedente⁸ es fuente formal de derecho y analiza las razones por las cuales ello es así

⁸ El establecimiento de la doctrina de precedentes en Colombia se había ya estudiado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-083 de 1995, T-123 de 1995 y T-260 de 1995, de los magistrados Cifuentes,

dentro del marco de la Constitución de 1991, que introdujo transformaciones sustanciales y orgánicas que llevan ineludiblemente a esta conclusión y que complementan las consideraciones en las que se fundó la Corte para hacerlo:

“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...”

A pesar de que Colombia posee una experiencia muy larga que lo matricula en la familia jurídica del Derecho Romano Germánico o Continental Europeo o del *Civil Law*, en fallos anteriores a la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional ya se había expresado 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, constituirán –desde el punto de vista material– auténticas normas jurídicas generales, impersonales, abstractas y obligatorias”*, (MARROQUÍN ZULETA, 2008, p. 291).

En otro caso que traemos como ejemplo, la Sentencia SU-047 de 1999 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, dijo que el precedente...

“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, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. 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. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, 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

Gaviria y Hernández, respectivamente, así como en las Sentencias SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-009 de 2000 y T-068 de 2000, entre otras, sobre la fuerza precedencial de sus fallos.

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 finalmente, 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 lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”.⁹

Esto ha llevado, según el profesor Carlos Bernal Pulido (BERNAL PULIDO, 2005, p. 175), a expresar que en Colombia *se ha producido una verdadera mutación constitucional*, lo cual se explica en las mismas normas contenidas en el Decreto 2067 de 1991¹⁰, especialmente en los artículos 14 al 19, y en los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991¹¹, referidos tanto al cumplimiento de los fallos de constitucionalidad, como a los de tutela tramitados ante la Corte, decisiones que sobre la parte resolutive de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corporación, mientras que los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes a la sesión.¹²

Aunque el uso de los “Comunicados de Prensa” es continuo en la jurisdicción constitucional colombiana, la norma establece que la parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte,¹³ notificándose a través de edicto la decisión y remitiendo inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República.

Las sentencias serán publicadas con los salvamentos y aclaraciones en la Gaceta de la Corte Constitucional, para lo cual se apropiará en el presupuesto la partida correspondiente¹⁴ y dichas decisiones de la Corte corresponderán a una

⁹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto Ley N° 2.067 de 1991. En: www.noti.net.

¹¹ COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto Ley N° 2.591 de 1991. En: www.noti.net.

¹² Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 54 de la Ley N° 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹³ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 56 de la Ley N° 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁴ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 47 de la Ley N° 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

resolución judicial de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Así, las decisiones definitivas de la Corte, poseen el efecto *erga omnes* y resuelven si la normatividad examinada se ajusta a la Carta o la desobedece o contradice. El ex magistrado José Gregorio Hernández (HERNÁNDEZ GALINDO, 2010, p. 1283), aclara este concepto al decir que “*en el primer supuesto, que implica una identidad entre la norma inferior y la superior (constitucionalidad), la Corte declara que el precepto es exequible (ejecutable); en la segunda hipótesis, que encierra el dictamen con fuerza jurídica en el sentido de la incompatibilidad entre el mandato subalterno y las reglas y los principios fundamentales (inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional declara que aquél es inexecutable (inejecutable), lo que significa excluir la norma afectada por el fallo del sistema jurídico o, en otros términos, ordenar que deje de regir por atentar contra el imperio de la Constitución*”.

Por otra parte, los artículos 14 al 19 del decreto 2591 de 1991, en Colombia, para el efectivo cumplimiento de los fallos de tutela, el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de esta acción¹⁵, han establecido un procedimiento específico y concordante con el espíritu de las normas constitucionales que regulan la materia (arts. 86 y 241), pues, en palabras de la Corte, “*no tendría sentido que en la Constitución se consagraran derechos fundamentales si, aparejadamente, no se diseñaran mecanismos por medio de los cuales dichos derechos fuesen cabal y efectivamente protegidos*”¹⁶, en los términos de los artículos 33 a 36 del citado decreto, que se refieren a la selección de las decisiones por parte de una Sala compuesta por dos magistrados que decidirán qué sentencias serán decididas por salas de revisión de la Corte Constitucional y, las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas, surtiendo efectos en el caso.

Por su parte, al tenor de un Auto, el 010 de 2004¹⁷, los artículos 23, 27 y 52 del mismo decreto 2591 de 1991 se refieren al contenido que deben tener los fallos de tutela, a las garantías de su cumplimiento y a las sanciones derivadas de su eventual inobservancia.

Y es que, si bien en forma paralela al cumplimiento de la decisión cabe iniciar el trámite de desacato, este último procedimiento no puede desconocer ni excusar

¹⁵ *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi indicio quod sibi debetur*. En las Institutas, se lee que acción no es otra cosa que el derecho de reclamar en juicio lo que se me debe.

¹⁶ Auto del 6 de agosto de 2003, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, ya citado.

¹⁷ Auto 010 del 17 de febrero de 2004 de la Corte Constitucional, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

la obligación primordial del juez constitucional, cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección, evitando que la parte vencida desacate lo ordenado por el juez.

Ahí debe precisarse las diferencias entre cumplimiento y desacato, que fueron fijadas por la Corte desde la expedición de la Sentencia T-744 de 2003, en los siguientes términos:

- “i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.*
- ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.*
- iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 23 y 27 del decreto N° 2.591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 57 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto el respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.*
- iv) El desacato es a petición de parte interesada, el cumplimiento es de oficio, aunque,*
- v) Puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público”.¹⁸*

Según la Corte, independientemente de las sanciones a que haya lugar, la autoridad judicial a quien corresponde velar por la eficacia y efectividad de la orden de tutela, está en la obligación –irrenunciable– de adelantar todas las gestiones pertinentes y de agotar cada uno de mecanismos judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico, para lograr el objetivo de protección inmediata a que hace referencia específica el artículo 86 Superior. El cumplimiento y el desacato son en realidad dos instrumentos jurídicos diferentes, que a pesar de tener el mismo origen –la orden judicial de tutela– y tramitarse en forma paralela, en últimas persiguen distintos objetivos: el primero, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales afectados, y el segundo, la imposición de una sanción a la autoridad que ha incumplido el fallo.

En consecuencia, tratándose del cumplimiento de la sentencia, *“el juez analizará en cada caso concreto si se acató la orden de tutela o no, de manera que si la misma no ha sido obedecida o no lo ha sido en forma integral y completa, aquél mantiene la competencia hasta lograr su cabal y total observancia, aun a pesar de estar agotado el incidente de desacato”*.¹⁹

Así las cosas, en materia constitucional el precedente judicial *“está llamado a permanecer en cuanto especie de norma contentiva de parámetros de comportamiento*

¹⁸ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-744 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁹ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 010 de 2004, ya citado.

constitucional. En este sentido, su no acatamiento o variación caprichosa puede ser fuente de arbitrariedad y, por lo tanto, de desconocimiento del ordenamiento jurídico y de las bases mismas del sistema jurídico positivo y, en consecuencia, cauce desmedido e incontenible de inseguridad jurídica, (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, p. 40) ”.

Esa afirmación, se complementa con lo decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, al fallar una acción de tutela por vía de Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SU-1300 de 2001²⁰, cuando se consagró el valor normativo de los precedentes *constitucionales como fuente formal de Derecho, y por tanto, constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999, C-836 de 2001, etc.).* Y agrega la Corte:

“En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o ‘dichos de paso’, no tienen poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-047 de 1999).

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que “tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”.

En la SU-047 de 1999, la Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la ratio decidendi de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el “deber mínimo” de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que “en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente 'puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores'". El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de ratio decidendi a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto".

Y es que la misma Corte Constitucional ha controlado el valor y el respeto del precedente constitucional frente a órganos de otras ramas del poder público, como cuando en el ejemplo expresado por Carlos Bernal Pulido (Bernal Pulido, 2005, p. 183), los ponentes de la sentencia C-586 de 1995²¹, declararon la inconstitucionalidad del artículo 112 de la Ley N° 104 de 1993, por ser contrario a precedente que ya había decidido en la Sentencia C-011 de 1994²².

Otros casos del mismo resorte se presentaron, particularmente con la sentencia C-551 de 2003²³, cuando la Corte Constitucional expresó que el Congreso de la República tiene la facultad de reformar la Constitución, pero no el poder de sustituirla. Ahí vemos cómo, en determinados casos, nuestra Corte Constitucional colombiana ha ido más que a decidir los asuntos que se debaten en ella, a fijar posiciones nomofilácticas²⁴ basadas más en el parecer de una corriente ideológica de ciertos magistrados que a la verdadera y justa aplicación del derecho.

Y, en el año 2006, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-292, expresó, sin embargo, algunas inquietudes acerca de la validez de un precedente, así:

"26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (v.gr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela,

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586 de 1995, MM.PP. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁴ La Nomofiláctica o Nomofilaxis, se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso.

qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidiendo para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no:

i. En la ratio decidiendo de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.

ii. La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.

iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable 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”.

Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla —prohibición, orden o autorización— determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.

Con la aparición de la Ley N° 1.395 de 2010, el precedente para actuaciones administrativas quedó incluido en ella el artículo 114, disposición en la que se establece lo siguiente:

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

Así entonces se intenta desarrollar la obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales a través de la ley, aunque para algunos (Tamayo Jaramillo, 2010), esas normas contrarían el artículo 230 Superior que establece expresamente el que la jurisprudencia es tan solo un criterio auxiliar de la actividad judicial y por tanto, “*esa obligatoriedad atenta contra la democracia cuando desconoce los textos normativos, para en su lugar aplicar la escala de valores de los magistrados. Pasamos del positivismo discrecional (imperio de la ley), a la aplicación mecánica de la jurisprudencia, (...) y entonces dijo la Corte, acudiendo sorprendentemente a la analogía penal, que los jueces que no aplicaran sus precedentes prevaricaban, pues la jurisprudencia y la ley eran lo mismo*”.

Otro temor se funda en la redacción del citado artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, donde se percibe el error de acudir a la idea de línea o reiteración de jurisprudencia, “*que puede desencadenar efectos perversos, ya que, como la doctrina lo sostiene, si siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta asentar un criterio determinado en más de una decisión. Así, se acepta y justifica la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia puede calificarse de “errática” o “no consolidada”, con los efectos que ello tiene sobre la protección del principio de igualdad y, especialmente, de la seguridad jurídica*”, (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 59-60).

La función del juez de lo contencioso administrativo, hasta 1991, era desempeñada mediante la interpretación de los principios constitucionales incluidos en la Carta de 1886 y la aplicación de la jurisprudencia que paulatinamente producía el Consejo de Estado y, hoy en día, su labor se encuentra enmarcada no sólo en el texto superior, sino en leyes estatutarias y códigos que validan la supremacía de sus decisiones como órgano de cierre en la materia que la rige.²⁵

Para el año 2012, debemos anotar una novedad que ya vamos a ver en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2011), adoptado por medio de la Ley N° 1.437 de 2011, el cual introduce el denominado “*recurso extraordinario de unificación*” en su artículo 10, con el propósito de darle aplicación estándar o uniforme a las normas y a la jurisprudencia por parte de las autoridades, las cuales aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos y que serán orientativos para que se pueda actuar bajo los contextos de seguridad jurídica, buena fe, igualdad y legalidad, como se desprende de una cita de Luciano Parejo Alfonso (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, p. 28).

El recurso extraordinario de unificación, será entonces el principio conforme a Derecho, sobre el cual se base en la legalidad del Código la invocación del precedente administrativo y, encuentra también fundamento en decisiones de la propia Corte Constitucional, cuando ésta, en múltiples decisiones, como en la sentencia T-014 de 2009, observa que “*al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales*

²⁵ Un estudio sobre este particular puede ser orientativo: ATEHORTÚA RIZO, Alexander. Análisis del uso del precedente en fallos del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en: Precedente-Anuario Jurídico 2007, Universidad ICESI, Cali, 2007, pp. 101-117.

que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia. Hacer caso omiso de esta consideración puede implicar entonces la afectación de derechos fundamentales de las personas que de buena fe confiaban en la aplicación de los precedentes conocidos, entre ellos el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, los cuales serían protegibles mediante la acción de tutela”.

Sin embargo, como lo advierte un Consejero de Estado (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, pp. 34-37), *“las escasas referencias al concepto de precedente administrativo, devienen de la generalización y extrapolación a la gestión y actividad administrativa, de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente judicial o jurisprudencial derivados del concepto de doctrina probable latente en el marco material de la Constitución Política de 1991, institución retomada de los desarrollos judiciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad, buena fe, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que ‘por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales’ puede <<modificar un precedente constitucional>>”.*

Un paso importante, ha sido ampliar el horizonte del precedente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin embargo, uno de los críticos a esta medida (TAMAYO JARAMILLO, 2010), dice que ésta *“mete al Consejo de Estado en una camisa de fuerza, dado el dinamismo conceptual de temas como la reparación directa y las acciones populares y de grupo. Han pasado varias décadas y el mismo Consejo no ha podido tener jurisprudencia pacífica en muchos de esos asuntos, dada la dificultad de esas instituciones y de la sana confrontación de doctrinas encontradas”.*

Por eso, con ocasión de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado vuelve a tener la figuración que tuvo por muchos años hasta antes de que las sentencias de la Corte Constitucional se volvieran casi la única fuente válida de precedente para las autoridades, al de extender a nivel de precedente los efectos de las providencias adoptadas en el seno del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, lo que a mi juicio es un acierto, porque traza una ruta de acción a los jueces y a la administración y garantiza en esta rama del derecho la seguridad jurídica y la firmeza de sus decisiones, dándole consistencia y mucha posibilidad de coherencia a las nuevas decisiones que seguirán un derrotero fijado con anticipación y que conjugará la aplicación de la ley con el uso certero de la

jurisprudencia y de la teoría del precedente administrativo, “*construido a partir de una particular evolución de la jurisprudencia constitucional, en donde se considera que la figura no es de exclusiva prédica de la actividad judicial del Estado, sino que envuelve y cubre, también, a otras autoridades determinadas, que deban proferir o dictar decisiones, como el caso indiscutible de las autoridades administrativas*”, (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, pp. 48-49).

La tendencia actual es entonces la de conceder a los jueces de lo contencioso administrativo un papel protagónico en la creación e interpretación del derecho, siempre respetando los principios constitucionales de igualdad y buena fe, ofreciendo plena seguridad jurídica a los asociados mediante la fuerza vinculante de las decisiones administrativas que “*fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad*” (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, p. 51); así, el nuevo artículo, que apenas aparece en el ordenamiento el 24 de enero de 2011 y que tendrá vigencia sólo a partir del 2 de julio de 2012, dice lo siguiente, (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2011):

“Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

- 1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.*
 - 2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.*
 - 3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.*
- Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.*

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

- 1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.*
- 2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.*
- 3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.*

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código”.

Y es que, de acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-537 de 2010, ha dicho que: “...no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda

cambiar ésta en situaciones específicas, en este caso se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora”.

Por su parte, de la lectura y análisis de esta novísima disposición, el único inconveniente será para algunos –no lo creo yo así–, la limitación que podrían tener tanto la administración, como los jueces para interpretar las disposiciones de nuestro ordenamiento, aplicar la ley y resolver los asuntos administrativos y jurisdiccionales que se someten a su consideración, o para llegar a confundir el precedente con la costumbre reiterada y las prácticas judiciales o administrativas históricas. El único inconveniente estará dado en la valoración que haga el funcionario de la administración o el juez que van a aplicar la jurisprudencia, cuando consideren que el precedente es ilegal o abiertamente contrario a derecho y se vean expuestos a actuar en contra de su conciencia so pena de que al no acatar la jurisprudencia se vean expuestos a sanciones penales y disciplinarias.

Ese temor se origina en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los cuales ésta ha advertido que los jueces que debido a la imperatividad de un antecedente jurisprudencial, se aparten de sus decisiones, podrían incurrir en prevaricato, aunque esa misma Corporación, también ha aclarado en otras decisiones, que el solo hecho de desafiar sus fallos no es delito, *“a menos que se trate de sentencias de control de constitucionalidad o que el desconocimiento de la jurisprudencia implique la infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general”*.²⁶

También cabe mencionar, que en el caso colombiano, aún está por analizarse un fenómeno que se ha producido en algunos otros ordenamientos y es que, existe la tendencia de citar las decisiones de cortes internacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para fundamentar decisiones que sólo son del resorte interno, aspecto que hace parte de la creciente globalización de la cultura jurídica.

Sin embargo, no hay que desechar, para un estudio de investigación futuro, que así como se habla de bloque de constitucionalidad, también se debería hablar de un bloque de jurisdicción, en el sentido de que poco a poco los jueces deberían aplicar los precedentes originados en decisiones de tribunales con jurisdicción comunitaria (como para Colombia el Tribunal Andino de Justicia), supranacional, o internacional, para acatar responsablemente los compromisos internacionales y hacer vivas esas decisiones en cada ordenamiento de los países parte.

²⁶ Ámbito Jurídico # 314, enero 31 a febrero 14 de 2011, p. 16.

Y es que el adjetivo “vinculante”, nos muestra la fuerza con que se proyecta la decisión para la solución futura de otros casos, en esencia muy parecidos al que estableció la secuencia jurisprudencial, de ahí que “*la referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica... así las cosas, estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al Derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo*”, (RODRÍGUEZ SANTANDER, 2007, p. 57).

Retornando al tema preciso del artículo 230 Superior, compartimos el parecer de muchos, que como Bernal Pulido, dicen que “*es innegable que el significado común de la expresión ‘criterio auxiliar’ es incompatible con la atribución de fuerza vinculante de la jurisprudencia*”, pues es cierto que en los ya casi veinte años transcurridos desde la expedición de la Carta de 1991, la jurisprudencia ha ganado puntos y es hoy día un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y aplicación del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Ámbito Jurídico # 309, noviembre 1 a noviembre 14 de 2010, p. 12.
- Ámbito Jurídico # 314, enero 31 a febrero 14 de 2011, p. 16.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *La Primacía de la Persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. LegalPublishing - Abeledo Perrot. Universidad de los Andes de Chile, Santiago, 2009.
- ASBÚN ROJAS, J. A. (2010). Base constitucional del efecto vinculante de las resoluciones constitucionales. En V. Bazán, & V. Bazán (Ed.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo* (1ª ed., Vol. II, p. 1383). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- BARKER, R. (2010). Jurisdicción constitucional y Judicial Review: La experiencia de los Estados Unidos. En V. Bazán, & V. Bazán (Ed.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo* (1ª ed., Vol. I, pp. 697-698). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos* (3ª ed., Vol. 1). Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- BLACK, A. &. (2009). *Dictionary of Law* (5ª ed., Vol. 1). London, England: A & C Black.

- CAJAS SARRIA, M. A. (2005). Jurisprudencia constitucional sobre el control de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910 - 1952). (U. I. Cali, Ed.) *Precedente*, 1, 13 a 33.
- CAJAS SARRIA, M. A. (2007). Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? (U. I. Cali, Ed.) *Precedente*, 57 a 84.
- CEA EGAÑA, J. L. (2009). Reforma a medio camino. El Precedente en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1ª ed., Vol. 1). Lima, Perú: Adrus.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (1ª ed., Vol. 1). (H. A. OLANO GARCÍA, Ed.) Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- CORIPUNA, J. A. (2007). *La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial* (1ª ed., Vol. 1). (E. y. CARPIO MARCOS, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- FERRER MAC GREGOR, E. y. (2009). Cosa Juzgada y Precedente en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú* (1ª ed., Vol. 1, p. 781). Lima, Perú: Adrus.
- GARCÍA TOMA, V. (2009). Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1ª ed., Vol. 1, p. 61). Lima, Perú: Adrus.
- GRÁNDEZ CASTRO, P. (2007). *Las "peculiaridades" del precedente constitucional en el Perú* (1ª ed., Vol. 1). (E. y. CARPIO MARCOS, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- HERNÁNDEZ GALINDO, J. G. (2010). El papel de la Corte Constitucional en Colombia: Defensa del derecho ciudadano a la Constitución. En V. Bazán, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo* (1ª ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- JURISABANA VIRTUAL, año 2 # 43, semana del 13 al 17 de abril de 2009.
- LINARES QUINTANA, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- MARROQUÍN ZULETA, J. M. (2008). *Técnica para la elaboración de una sentencia de Amparo Directo* (1ª ed., Vol. 1). México, D.F., México: Porrúa.
- MEIER GARCÍA, E. (2007). *Luces y sombras del precedente constitucional en Venezuela* (1ª ed., Vol. 1). (E. y. CARPIO MARCOS, Ed.) Lima, Perú: Palestra.

- MORA RESTREPO, G. (2009). *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales* (1ª ed., Vol. 1). Buenos aires, Argentina: Marcial Pons.
- OLANO GARCÍA, H. A. (2006). *Constitución política de Colombia Comentada y Concordada* (7ª ed., Vol. 1). Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- OSSORIO, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (33ª ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Diccionario de la Lengua española* (21ª ed., Vol. II). MADRID, ESPAÑA: ESPASA CALPE.
- RIVERA (hijo), J. C. (2009). La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores. En J. y. Arancibia Mattar, *La Primacía de la Persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (1ª ed., Vol. 1). Santiago de Chile, Chile: LegalPublishing - Abeledo Perrot.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, J. A. (2007). *La Jurisprudencia Constitucional y su Fuerza Vinculante* (1ª ed., Vol. 1). (E. Carpio Marcos, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, J. A. (2009). El Precedente Constitucional y su impacto en el ordenamiento jurídico y la actividad de los órganos estatales. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1ª ed., Vol. 1, p. 711). Lima, Perú: Adrus.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, R. (2007). *Estudios al precedente constitucional* (1 ed., Vol. 1). (E. Carpio Marcos, & P. Grández Castro, Edits.) Lima, Perú: Palestra.
- Sagüés, N. P. (2007). *El valor del precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina* (1ª ed., Vol. 1). (E. y. S, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano* (1ª ed., Vol. 1). Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- SODERO, Eduardo. *Sobre el camino de los precedentes*, en: *Isonomía*, # 21, Buenos Aires, octubre de 2004, p. 123.
- TAMAYO JARAMILLO, J. (1 de noviembre de 2010). El precedente jurisprudencial obligatorio y el fin de la democracia en Colombia. *Ámbito Jurídico*, p. 12.
- TARUFFO, M. (2007). Precedente y Jurisprudencia. (U. I. Cali, Ed.) *Precedente*, pp. 85-99.
- TUPAYACHI SOTOMAYOR, J. (2009). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis, comentario y doctrina comparada)*. Lima: ADRUS.

NORMAS

COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto Ley N° 2.067 de 1991. En: www.noti.net

COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto Ley N° 2.591 de 1991. En: www.noti.net

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 1.395 de 2010. En: www.presidencia.gov.co

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 1.437 de 2011. En: www.presidencia.gov.co

SENTENCIAS

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 010 del 17 de febrero de 2004 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 47 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586 de 1995, MM.PP. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-267 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-337 de 1995.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-458 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-744 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.