

# EL PRECEDENTE EN LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL\*

“Precedent in judicial doctrine on the constitutional substitute”

*Para referencias:* SALINAS ARENAS, Martha Angélica (2012) “EL PRECEDENTE EN LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL”, En *Revista Iter Ad Veritatem* 10. Universidad Santo Tomás. Tunja.

**Martha Angélica Salinas Arenas\*\***

Fecha de Recepción: 03-08-2012

Fecha de Aprobación: 20-09-2012

## RESUMEN

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y con ella la creación de la Corte Constitucional, el sistema de fuentes de Derecho se modificó en Colombia, es así que dicha Corporación ha otorgado a la jurisprudencia el carácter de precedente vinculante, es decir que, el juez posterior estará en la obligación de resolver de la misma manera casos con situaciones jurídicas análogas, con el fin de garantizar los derechos fundamentales, los principios del Estado Social de Derecho y la estabilidad del Ordenamiento Jurídico. En Colombia el poder constituyente radica en el pueblo, quien tiene la facultad de darse su Constitución, su guarda está a cargo de la Corte Constitucional, quien tiene a su vez la competencia para decidir sobre los vicios de procedimiento en las posibles reformas constitucionales, además de analizar si dichas reformas sustituyen la Constitución. La sustitución es un fenómeno que se da cuando principios y/o valores que constituyen elementos de la esencia de la Constitución, a cambio de ser modificados son reemplazados por otros

\* Artículo científico. Línea de constitucionalismo y construcción democrática, proyecto finalizado en “Argumentación y Derecho Constitucional”.

\*\* Abogada, Magíster (c) en Derecho Administrativo. [salinasarenas@gmail.com](mailto:salinasarenas@gmail.com).AE

Método. Analítico-descriptivo tomando como fuentes sentencias de la Corte Constitucional.

opuestos, generando como consecuencia que la Constitución reformada no sea la misma que inspiró al Constituyente original.

### **PALABRAS CLAVE**

Sustitución de la Constitución, Jurisprudencia, Constitución Nacional, Corte Constitucional, fuerza vinculante, precedente.

### **ABSTRACT**

After the entry into force of the Constitution of 1991 and with it the creation of the Constitutional Court, the system of sources of law was amended in Colombia, so that the Corporation has given the case the character of binding precedent is say that the back judge will be obliged to resolve cases in the same way with similar legal situations, in order to guarantee

fundamental rights, the principles of the rule of law and stability of the legal system. In Colombia the constitutional power vested in the people, who have the power to give its Constitution, is saved by the Constitutional Court, who in turn has the power to rule on procedural defects in the possible constitutional reforms, as well to consider whether surer form replaced the Constitution. The replace mentis a phenomenon that occurs when principles and/or values that constitute he core elements of the Constitution, in exchange for being modified are replaced by opposite, creating the effect that the revised Constitution is not the same that inspired the Constituent 1991.

### **KEY WORDS**

Replacing the Constitution, Constitution, Constitutional Court, binding, precedent.

## **INTRODUCCIÓN**

Se entiende por acto constituyente el hecho por medio del cual el pueblo manifiesta su voluntad política, el poder constituyente en el cual el pueblo se da su propia organización política y jurídica, y la Constitución como resultado del ejercicio de dicha potestad (C-551,2003).

De igual forma se le asigna este nombre, a la potestad de cambiar o modificar la Constitución Política existente (C-551,2003). Ello significa que, la función constituyente no se agota con el hecho de darse una constitución, puesto que el poder constituyente enmarca el poder de reforma de la constitución original o presente, de forma total o parcial. La necesidad de reformar parcial o totalmente una constitución, radica en el hecho de que la carta política se adecúe a las necesidades presentes de la sociedad, es decir la necesidad de la evolución de todo Estado.

La Corte Constitucional ha analizado en su jurisprudencia sobre el precedente cuales son los parámetros que debe seguir para que éste tenga un carácter vinculante, por ello se analizarán las sentencias desde dichos elementos. La sustitución de la Constitución requiere de un test de sustitución el cual, grosso modo está compuesto por: un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma, en éste se enuncian los elementos fundamentales de la Constitución que se presumen sustituidos en el acto reformativo. A continuación se analiza cuál es el alcance jurídico de los elementos que identifican la Constitución. Sin embargo, lo que parece indicar es que las sentencias de sustitución no siguen los

lineamientos marco del precedente citados por la Corte Constitucional en su doctrina.

El presente artículo tiene como finalidad analizar el reconocimiento de validez que se da a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo referente a la sustitución de la Constitución; para lo cual resulta necesario estudiar el sistema de fuentes del Derecho en Colombia; el valor del precedente constitucional así como evaluar la contradicción existente entre la postura de la Corte Constitucional y la Constitución Nacional en cuanto a la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Por ello, Durante el desarrollo de este escrito, se hará necesario tomar como base las sentencias de la Corte Constitucional referentes al tema, así como fuentes doctrinales con el fin de analizar y comprender los aspectos antes mencionados.

## **JUSTIFICACIÓN**

Ésta investigación tiene como fin determinar si las sentencias judiciales referentes a la sustitución de la Constitución tienen el carácter de precedente en el sistema jurídico colombiano, y de ser así cuáles son sus parámetros, fundamentos y características, para de esta forma establecer el criterio que guía a la Corte en este ámbito.

Así mismo, se hace imperativo para la investigación encontrar la ratio decidendi en las sentencias de sustitución y de esta manera analizar si la Corte ha respetado su propio precedente.

## **OBJETIVOS**

### **1.1 OBJETIVO GENERAL**

- Establecer las concepciones y condiciones jurídicas del precedente jurisprudencial

constitucional en lo pertinente a la sustitución de la constitución de la Carta Magna en Colombia.

### 1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar los diferentes aspectos influyentes en la ratio decidendi como factor vinculante en casos posteriores.
- Examinar la doctrina sobre el valor del precedente a la luz del sistema de fuentes y de los principios del Estado Social de Derecho.

### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Es válido aceptar el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en lo referente a la sustitución de la Constitución en los términos que la Corte Constitucional lo ha establecido?

### METODOLOGÍA

No podría considerarse válida la idea de que es doctrina jurisprudencial cualquier concepto aislado en una alta Corte, por ello, lo primero que se hará es identificar la ratio decidendi dentro de los precedentes, pero alcanzar dicho fin se hace necesario analizar cuál es la esencia de los pensamientos de

la Corte. Ello se hace a través de una revisión en perspectiva amplia, a través de la construcción de líneas jurisprudenciales, desarrollando el análisis dinámico y estático propuesto por Diego Eduardo López Medina. Para que se pueda establecer si hay una verdadera doctrina en una idea y no un hecho aislado, se construirá la línea como un método de análisis de la doctrina constitucional, y de esta manera determinar cuál es la subregla de las reglas amplias de marco constitucional una vez interpretadas.

Identificadas esas subreglas a través del método de la línea, conozco la doctrina, y ésta ya es objeto de análisis, será como si, de manera análoga, en ciencias naturales se apartara una célula del organismo vivo para poder analizarla y estudiarla.

Es así que serán materia de estudio las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, al igual que los diferentes textos de tratadistas tales como Diego Eduardo López Medina, Carlos Bernal Pulido, Manuel Fernando Ramírez Quinche, Marco Gerardo Monroy Cabra y Vladimiro Naranjo entre otros, los cuales facilitarán herramientas para el análisis de las sentencias estudiadas.

### SUMARIO

1. La interpretación de las fuentes de derecho. 2. Conceptos doctrinales sobre jurisprudencia. 3. Interpretación del artículo 230 constitucional. 4. Ventajas del precedente constitucional. 5. Desventajas del precedente constitucional. 6. La seguridad jurídica en la doctrina constitucional. 7. La fuerza vinculante del precedente constitucional. 8. El precedente constitucional en Colombia. 9. Alcances del precedente constitucional. 10. Causas y consecuencias del alejamiento del precedente. 11. El precedente como respeto al derecho fundamental a la igualdad. 12. Control de constitucionalidad. 13. La doctrina constitucional en el precedente. 14. Análisis de la línea. 15. Tendencia doctrinal. 16. Tendencia citacional. 17. Comparación con la línea sobre el apartamiento del precedente. 18. Conclusiones. 19. Referencias bibliográficas.

## 1. LA INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES DE DERECHO

Es necesario en esta instancia, hacer alusión tanto al positivismo como al constitucionalismo con el fin de mostrar el cambio en la interpretación de las fuentes de derecho entre uno y otro sistema. Para lo cual se tomará como referencia lo expuesto por Luís Prieto Sanchís sobre el tema.

El Positivismo, originado en la segunda mitad del siglo XIX, es un modelo posrevolucionario del estado de derecho, fundamentado en un concepto fuerte de soberanía, la separación de poderes, la codificación del imperio de la ley y la figura del juez autómatas. En esta clase de estado, en relación con las fuentes de derecho, la ley es la norma suprema, mientras que la Constitución no es concebida como verdadera norma jurídica, entre otras razones porque no hay jurisdicción constitucional que ejerza el control de constitucionalidad de los actos del poder público. Respecto a la interpretación jurídica, el positivismo plantea la tesis de la subsunción, según la cual, toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos y de la norma jurídica aplicable.

Por su parte el Constitucionalismo es la *“noción superadora del Estado de Derecho legislativo, es decir como contrapunto al modelo de Liberalismo Decimonónico y quizás su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de la constitucionalidad de las Leyes”* (Carbonell, 2001). Aquí la ley deja de ser la norma suprema del sistema, y pasa la Constitución a tomar ese carácter. Se incorporan constitucionalmente fórmulas

de igualdad, justicia, dignidad humana, los cuales quedan sujetos a la interpretación del tribunal constitucional, en virtud de lo anterior el sistema de fuentes tiene un cambio trascendental, pues la Constitución al tomar el carácter de norma suprema, su contenido encierra todo el sistema, por lo que, ninguna norma del sistema puede estar alejada de los mandatos constitucionales.

El constitucionalismo cambia la subsunción por la ponderación como forma de interpretación, aquí, la constitución al consagrar principios y no reglas exige la ponderación y la razonabilidad, en las cuales ninguna norma en conflicto pierde validez, sino que el juez en el caso concreto pondera los bienes en tensión y trata de potenciar y maximizar hasta donde sea posible ambos, procurando no sacrificar ninguno de ellos.

Con base en lo anterior, es claro que gracias al cambio trascendental que se dio con el Constitucionalismo, el juez ahora no es un simple aplicador automático de la ley, sino que las decisiones judiciales tienen un componente valorativo.

## 2. CONCEPTOS DOCTRINALES SOBRE JURISPRUDENCIA

Por autoridad lingüística (Diccionario Manual Diccionario, 2007), la jurisprudencia se entiende como el Conjunto de juicios que señalan los principios que en materia de derecho siguen en cada país los tribunales, y que sirven como norma que sustituye la falta de una ley basándose en las prácticas seguidas en casos iguales o parecidos.

A nivel doctrinal ha sido definida así:

“– Como sinónimo de ciencia de derecho,

- Como conjunto de sentencias o fallos dictados por los Jueces u Órganos jurisdiccionales,

- Como conjunto de sentencias dictadas sobre un mismo punto y orientadas en un mismo sentido”  
(Monroy, 2001, p.155)

Roscoe Pound, se refiere a la Jurisprudencia como creadora de derecho, y la define en dos sentidos:

a) *En cuanto al caso particular fallado, cuyo sentido jurídico queda así específicamente establecido; b) en cuanto a dicho fallo o decisión, de acuerdo con el principio del stare decisis, se incorpora al Common law, convirtiéndose en un precedente obligatorio –o al menos persuasivo– para el propio tribunal que lo dicta, como para los demás, cuando tengan que resolver casos iguales (Monroy, 2001).*

Por su parte, la Academia Colombiana de Jurisprudencia (2003), la define como el conjunto más o menos importante de providencias judiciales; es decir, como un concepto cuantitativo, ya que no se detiene en los argumentos, ni en el impacto de estas decisiones judiciales, sino que se preocupa por su número y frecuencia. Así mismo la diferencia del precedente jurisprudencial el cual es entendido como un número específico de decisiones en un mismo sentido que conforma una posición jurídica frente a un tema y que tiene efecto vinculante para los jueces de la república, y a diferencia de la jurisprudencia, le otorga a éste carácter cualitativo.

### **3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 230 CONSTITUCIONAL**

El Artículo 230 Superior preceptúa que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Al respecto, Carlos Bernal Pulido en su escrito “EL PRECEDENTE EN COLOMBIA”, afirma que: El artículo 230 de la actual Constitución colombiana reiteró la formulación tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia. A pesar de esta formulación tradicional, en los años posteriores a la expedición de la Constitución de 1991, en las altas Cortes y en la doctrina se trabó una discusión en torno al problema de si las sentencias judiciales, y sobre todo las de la Corte Constitucional, debían tener el carácter de precedente.

En el mismo sentido, Bernal realiza una interpretación constitucional y sistemática para explicar los alcances del artículo 230, principalmente en lo que respecta al carácter de “criterio auxiliar” que esta norma le dé la jurisprudencia.

En cuanto a la interpretación constitucional, manifiesta que el artículo 230 de la Constitución ha experimentado una mutación por vía jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional se ha apartado de la interpretación común del concepto de “*criterio auxiliar*” como un concepto que excluye la fuerza vinculante. La jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido.

En derecho, los conceptos tradicionalmente son plurivalentes, polisémicos, una palabra muchas veces significa cosas diferentes y en los contextos no se tiene certeza a cual se refiere y sin embargo se aplica.

Por ello es necesario referirse a la llamada pretensión de corrección polisémica, la cual ha sido utilizada por la Corte Constitucional para solucionar la antinomia existente entre el artículo 230 Superior y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En esta cuestión se parte de la premisa de que las palabras corresponden a contextos históricos independientes, pero que además se relacionan a un significante diferente que le otorgan las personas según sea su formación académica, así las cosas, un positivista no dará el mismo significado a una palabra que sí la da un naturalista o un historicista.

En una situación *ad extremis* se debe entender el artículo 230 Constitucional desde el punto de vista de la pretensión de corrección, pues no se puede entender la palabra ley como la ley que hace el legislador, sino que hace referencia a los decretos, actos administrativos, la jurisprudencia dentro de ellas y en general el juez está supeditado como lo dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-131 de 1993 al ordenamiento jurídico Colombiano.

En ese sentido, resulta válido citar como ejemplo la doctrina de los derechos fundamentales, según Robert Alexy se deben entender como derechos humanos positivizados; los positivistas los entienden como todos aquellos contenidos en una norma de mayor jerarquía, la Constitución, lo que está en ella es fundamental; los naturalistas lo acercan al derecho

natural, un positivista radical dice que estos dependen del límite de reforma, los positivistas intermedios dicen que basta con que estén en la Constitución, pero en conclusión parten de una misma base, es decir, los derechos contenidos en la Constitución son derechos fundamentales.

De otro lado, en virtud de la diferenciación entre disposición y norma, conocida en la teoría del derecho, la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido.

En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2001. expuso: “la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”. Haciendo una interpretación global, para la Corte la noción de imperio de la ley, hace referencia a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal.

Por lo tanto, sería válido afirmar que en la actualidad, la jurisprudencia es un “criterio auxiliar”, en cuanto la misma, “como parte del imperio de la ley, auxilia la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las disposiciones que conforman las fuentes del derecho”.

En virtud de lo anterior, el artículo 230 de la Carta, en cuanto a la naturaleza de la jurisprudencia, debe interpretarse en sentido global y no meramente textualista literal, pues con base en la prevalencia

de la Constitución, los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, así como la estabilidad del ordenamiento jurídico, ésta se manifiesta como verdadera fuente de creación de Derecho.

#### **4. VENTAJAS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**

En términos de Carlos Bernal “Dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural de sus enunciados, y su conexión con la política y la ideología, la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos que es lo que está constitucionalmente prescrito. Esta red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución. Es un mecanismo sin el cual el texto de la constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica.

Razonabilidad circunstancial: El precedente da seguridad y estabilidad jurídica, el derecho no se paraliza porque el juez se puede apartar del precedente con la carga argumentativa.

Según la doctrina constitucional para que una sentencia constitucional constituya precedente se deben tener en cuenta cuatro características concretas, a saber:

- Precisar si en la jurisprudencia, si en el precedente, existe una norma jurídica que prescribe la realización u omisión de una conducta.
- Precisar si existe un destinatario, que tenga el deber jurídico de realizar u omitir la conducta señalada por la norma contenida en la jurisprudencia.

•Precisar si existe un titular que tenga el derecho a exigir judicialmente, la realización de una conducta contenida en la norma jurisprudencial.

•Precisar si existe una sanción que se pueda imponer al destinatario, en caso de no cumplir la conducta debida fijada por la regla jurisprudencial. (Bernal, 2005).

La igualdad ante la ley. Tensión entre artículo 13 y 230. Hay una antinomia entre un principio constitucional con una fórmula del Estado Social de Derecho. Esta se resuelve en términos generales, se aplica entonces la pretensión de corrección de la Constitución.

Como hemos visto, aunque a nivel constitucional y legal no se le ha reconocido expresamente fuerza vinculante al precedente, ha sido la misma Corte Constitucional a través de su jurisprudencia y el respeto por la misma quien ha venido desarrollando y reconociendo tal carácter, con el fin de asegurar principalmente los derechos fundamentales y las garantías del Estado Social de Derecho.

Desde las diferentes perspectivas tanto en el origen, conformación y ejercicio de la institución, la Corte Constitucional es a todas luces legítima (Higuera, 2009), por constituir un auténtico acto de soberanía popular, el origen de la constituyente (Uprimny, 2006); por apearse al sistema de Derecho positivo; por su ejercicio (Eisenmann, 1986) y amparo de los derechos fundamentales (Negri, 1992).

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:



*La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. Corte Constitucional. Sentencia C-836/01. (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; 9 de agosto de 2001).*

En virtud de lo anterior, la unidad del ordenamiento jurídico se logra mediante la “unificación de la jurisprudencia”<sup>1</sup>, pues si los jueces realizan diferentes interpretaciones de casos iguales o análogos, se presenta inestabilidad en el sistema jurídico, así como desigualdad e inseguridad jurídica.

De acuerdo con la Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999, existen 4

razones que fundamentan el respeto al precedente vertical y horizontal:

- *Por esenciales motivos de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, por las cuales las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.*
- *Debido a la seguridad jurídica que es básica para proteger la libertad de los individuos y permitir el desarrollo económico, pues una variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individualidad, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas.*
- *En virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.*
- *Como mecanismo de control de la propia actividad judicial, que obliga a decidir el problema que le es planteado de una manera que estaría dispuesta a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.*

Por su parte ROBERT ALEXANDER, al responder a la pregunta sobre si se le debe dar a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana fuerza vinculante o simplemente constituye criterio auxiliar, manifiesta:

*Existe, sin embargo, otra razón para atribuir un carácter prejudicial a las decisiones de la Corte Constitucional: las constituciones son regulaciones escuetas y en extremo abstractas. Desde ellas, la ponderación abre*

<sup>1</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional, La uniformidad busca garantizar los siguientes altos objetivos: 1) Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -art. 2° C.P.- 2) Procurar exactitud. 3) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces -Art.- 83 C.P.- 4) Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad. 5) Permitir estabilidad. 6) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa. 7) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales. Corte Constitucional. Sentencia C-836/01. (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; 9 de agosto de 2001).

*muchas posibilidades en cada caso particular. Precisamente a causa de la necesidad de ponderar en el derecho constitucional, especialmente en la interpretación de los derechos fundamentales, y precisamente a causa de la indefinición relacionada con eso, la vinculación prejudicial es indispensable como instrumento de compensación, con el fin de crear seguridad jurídica. Lo expuesto puede resumirse en la breve fórmula: ponderación supone precedente judicial. Y añadido algo más: se debe evitar la sobreconstitucionalización, desde luego. Pero el medio adecuado para evitar una sobreconstitucionalización no es la eliminación del vínculo prejudicial. Al contrario, es justamente en el precedente judicial donde se habrán de destacar cuáles márgenes de acción y libertades tiene el legislador. Por eso necesitamos los precedentes, que dicen cuál es la amplitud de los márgenes de acción del legislador. Con eso el legislador tiene una libertad asegurada” (Quintero, 2005).*

## **5. DESVENTAJAS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**

En la sentencia de sustitución 1200 de 2001 la Corte Constitucional dice que se vincula al precedente porque en la anterior sentencia se dijo que tenía que hacerse un cargo de sustitución de constitución, es decir en la sentencia C-551, sin embargo, y aunque el argumento parece válido, cuando la Corte resuelve esta cuestión, aún no se había dado el requisito de publicidad a la anterior sentencia que pone el requisito del cargo.

El artículo 230 Superior dice que el juez sólo está supeditado en sus providencias al imperio de la ley, sin embargo, dice la Corte en sentencia C131 de 1993 que se debe entender por ley todo el ordenamiento jurídico Colombiano.

La llamada sobreconstitucionalización del derecho que según Robert Alexy es un fenómeno que consiste en que “las leyes ordinarias, sancionadas por el Congreso, estarían en un permanente “estado de sospecha”. En cada caso en que se tenga que aplicar una norma legal tenemos que pensar que ella puede haber transgredido algún principio, valor o derecho constitucional y, por lo tanto, debemos evaluarla con extremo rigor. Y frente a la más mínima señal de que ella ofende, aunque sea de modo tangencial o hipotético, algún valor, principio o derecho consagrado en alguna norma constitucional, sea declarado inconstitucional” (Quintero, 2005, p.90). Lo anterior, traería como consecuencia una eventual crisis de sistema de derecho, pues cualquier norma podría ser declarada inconstitucional so pretexto de conservar las normas constitucionales.

## **6. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

Otro aspecto importante a analizar es el de la seguridad jurídica, respecto a éste, la Corte Constitucional en Sentencia C-227 de 1994 se pronunció en los siguientes términos:

*“Cuando se analiza la estructura protectora del Estado, y se averigua por qué se reconocen derechos tales como el de petición y el debido proceso, se advierte inmediatamente que subyace*

*el principio de la seguridad jurídica. Este principio de seguridad jurídica es un principio del **iusgentium**, fruto de la recta razón humana, es decir, se trata del primer consenso jurídico evidente. Toda la costumbre tiende, inexorablemente, a fortalecer el principio de seguridad jurídica, como expresión máxima del **iusgentium**. Es por ello que las formalidades y procedimientos tienden a ser un ritual que vivifica el principio de seguridad jurídica, de manera que todos saben que, al obedecer ciertas prácticas formales comunes, se efectivizan las garantías del hombre". Corte Constitucional. Sentencia C-227/04. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 8 de marzo de 2004).*

Por su parte, Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la definió en su sentido positivo, y manifestó que se da cuando existen normas reguladoras de la conducta humana, siempre y cuando éstas sean públicas, previas, claras, manifiestas, y se apliquen a todos por igual, por instituciones independientes que hagan parte de una estructura democrática.

Doctrinalmente, este principio ha sido definido como:

*(...) la garantía dada al individuo por el estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegare a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y la reparación de los mismos... es la*

*certeza del Derecho que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados". Corte Constitucional. Sentencia C-227/04. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 8 de marzo de 2004)*

La Corte afirma que si la norma es declarada inexecutable, ella desaparece del mundo jurídico, con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 Constitucional, y con efecto erga omnes, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada executable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

En conclusión, la seguridad jurídica, se presenta no solo como uno de los fines del Derecho, sino principalmente como una garantía para los individuos dentro de un Estado Social de Derecho. Los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es *norma normarum*, de conformidad con el artículo 4° ibídem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos

fallos son erga omnes, según se desprende del propio artículo 243 constitucional. Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación-guardiana de la integridad y supremacía de la Carta, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior.

En la sentencia C-836 de 2001 la Corte Constitucional afirmó que la certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica.

## **7. LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**

Es claro que con la expedición de la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional, se produjo un cambio sustancial respecto a la jurisprudencia, aunque debido al tradicionalismo de fuentes, el sistema de libre jurisprudencia se vio impedido en un principio en cuanto a su valor vinculante. Sin embargo, la Corte Constitucional, basándose en el principio de autonomía institucional, realizó esfuerzos para lograr otorgar a su jurisprudencia fuerza de precedente judicial. Así, en sentencia C-113 (1993), la Corte manifestó: *“las sentencias que profiere la corte constitucional tendrán el*

*valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”*

Más adelante, la Corte Constitucional (Auto 208, 2006) expuso que el artículo 230 de la Carta Política consagra el *principio de la autonomía judicial*, por tanto queda claro que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada tanto por las normas que integran bloque de constitucionalidad, así como las previsiones del derecho ordinario. Así mismo, el contenido y alcance del principio mencionado debe ser entendido con base en los presupuestos implícitos en la misma Constitución Política, los cuales asignan a las altas cortes la función de *unificación jurisprudencial* dentro de cada una de sus jurisdicciones.

De acuerdo con lo anterior, los precedentes de las Altas Cortes gozan de fuerza vinculante, pues, el acatamiento de mencionadas reglas jurisprudenciales toman especial relevancia para mantener la estabilidad del ordenamiento Jurídico y garantizar los Derechos Fundamentales.

De otro lado, en sentencia C-086 (2007), la Corte expuso las razones de la fuerza vinculante del precedente en Colombia, citando cuatro principalmente:

1. *“En virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 13 C.N.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales;*
2. *Por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser razonablemente previsibles;*
3. *En atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (art.*

84 C.N.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente,

4. Por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico.” (C-086, 2007)

Por su parte, CARLOS BERNAL (2005), define la fuerza vinculante como:

“(…) una propiedad de las normas jurídicas, que consiste en atribuir a su destinatario el deber de obedecer o seguir lo prescrito por ellas, so pena de hacerse merecedor de una sanción” (p.207)

Así mismo, BERNAL (2005) hace alusión a dos tesis referentes a la fuerza vinculante de la jurisprudencia:

- “Tesis escéptica” (p.197): según la cual, la jurisprudencia no tiene fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, pues según ésta, dicha característica solo se puede predicar de la ley.
- “Tesis optimista (p. 207): considera necesario atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia en Colombia, sin que brinde fundamentos ni argumentos fuertes a dicho poder normativo.

En términos de BERNAL (2005), para determinar si la jurisprudencia tiene fuerza vinculante se debe agotar un procedimiento que consta de dos pasos, el primero de ellos consiste en identificar los cuatro elementos que hacen que una norma resulte obligatoria; para luego

verificar, a manera de test, si esas cuatro características de las normas operan o no respecto de la jurisprudencia o de los precedentes contenidos en ella. Lo anterior para explicar que en la medida en que la jurisprudencia cumpla con los cuatro criterios tiene fuerza normativa y por lo tanto resulta obligatoria. Estos elementos son los siguientes:

- Precisar si en la jurisprudencia, si en el precedente, existe una norma jurídica que prescribe la realización u omisión de una conducta.
- Precisar si existe un destinatario, que tenga el deber jurídico de realizar u omitir la conducta señalada por la norma contenida en la jurisprudencia.
- Precisar si existe un titular que tenga el derecho a exigir judicialmente, la realización de una conducta contenida en la norma jurisprudencial.
- Precisar si existe una sanción que se pueda imponer al destinatario, en caso de no cumplir la conducta debida fijada por la regla jurisprudencial.(p. 208)

De acuerdo con lo anterior, si la jurisprudencia carece de alguno o todos los elementos mencionados anteriormente, constituye simplemente un criterio auxiliar.

En cuanto al control del respeto a la vinculación del precedente, la Corte Constitucional lo ha sostenido mediante la reiteración de jurisprudencia en la revisión de sentencias de tutela, y la sujeción a la misma de los jueces ordinarios mediante la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, Bernal (2005) sostiene:

*“La Corte Constitucional ha controlado incluso el respeto de sus precedentes por parte del Congreso de la República y por parte de sí misma. Ejemplo de lo primero es la Sentencia C-586 de 1995, en la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal (el artículo 112 de la Ley 104 de 1993) por considerarla, no contraria a la Constitución, sino contraria al precedente contenido en la Sentencia C-011 de 1994. Ejemplo de lo segundo es la anulación de sentencias de tutela dictadas por las salas de la propia Corte Constitucional, cuando no observan la jurisprudencia sentada por la sala plena en sentencias de constitucionalidad o en sentencias de unificación de tutela”* (pp. 89,90)

Por su parte, la Corte Constitucional considera que el respeto al precedente constitucional, el cual comprende reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, cumple funciones esenciales en nuestro sistema jurídico.

En virtud de lo anterior, todo juez, debe ser consistente con sus decisiones previas, debido a:

1. *Elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico;*
2. *Una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los*

*cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades; y*

3. *En virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. De allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional, tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión, so pena de incurrir en una causal de nulidad* (Auto 138, 2008).

De acuerdo con BERNAL (2005), la Corte Constitucional cuenta con tres estrategias para controlar el respeto a la fuerza vinculante de su jurisprudencia:

- la reiteración de jurisprudencia<sup>2</sup>,
- la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>3</sup> y
- la anulación de sentencias de tutela<sup>4</sup> dictadas por la sala de la propia Corte Constitucional, cuando no se observa la jurisprudencia sentada en sentencias de constitucionalidad o de unificación anteriores.

El control del respeto por el precedente por razón de la reiteración de jurisprudencia así como la Tutela contra providencias judiciales, se da en cuanto al precedente vertical, mientras que la anulación de sentencias de Tutela es el mecanismo idóneo para controlar la sujeción del precedente horizontal.

<sup>2</sup> *Ésta se presenta cuando la Corte reitera o enfatiza sobre una jurisprudencia ya consolidada.*

<sup>3</sup> *De acuerdo con BERNAL, “(...) es un mecanismo que permite el control de la observancia de la jurisprudencia Constitucional por parte de los jueces en los procedimientos ordinarios”* (p. 188).

<sup>4</sup> *Esta anulación se surte mediante autos proferidos por la sala plena, que suponen un mecanismo de autocontrol o de control del respeto al precedente horizontal.*

En conclusión, el respeto por el precedente está fundamentado principalmente en los principios propios del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales, así como la garantía de la coherencia del sistema jurídico, por lo tanto, el juez posterior (tanto horizontal como vertical) debe acatar dicho precedente.

## **8. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se creó la Corte Constitucional como máxima autoridad normativa, a la cual se le asignó entre otras funciones, la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. En virtud de esta función, la Corte debe mantener la coherencia del sistema jurídico, no obstante en un sistema como el nuestro, en el que todos los jueces son constitucionales, esta labor se torna difícil, es por esto que se requiere de una interpretación uniforme, es decir que es necesario que todos

los operadores jurídicos realicen la misma interpretación del texto Constitucional<sup>5</sup>.

Con base en lo anterior, y en aras de garantizar la igualdad, la seguridad jurídica y los derechos fundamentales, la Corte Constitucional desplegó la función de otorgarle a la jurisprudencia fuerza vinculante. Sin embargo, en un sistema como el colombiano en el que por mucho tiempo la ley se consideró como única fuente de derecho y la jurisprudencia un simple criterio auxiliar, esta labor no ha sido fácil.

La Corte Constitucional (2007), define el precedente en los siguientes términos:

El precedente, es aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar

5 Constitución Política de Colombia. Artículo 241. 20 de julio de 1991:

*A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Darse su propio reglamento (1991).*

sentencia”. Corte Constitucional. Sentencia T-086/07. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 8 de febrero de 2007).

En el Derecho Colombiano, para que haya precedente en materia de jurisprudencia Constitucional, a diferencia de la ordinaria<sup>6</sup>, basta una sola sentencia, por lo tanto, toda sentencia de esta Corte constituye precedente, tanto vertical como horizontal. Es importante aclarar que la parte de la sentencia que constituye precedente es la *Ratio decidendi*<sup>7</sup>, así las cosas, es ésta la que los jueces deben identificar y aplicar en un caso posterior. La ratio decidendi goza de fuerza vinculante, pues está compuesta por las razones relacionadas directamente con la parte resolutive de la sentencia, es decir constituye el fundamento normativo de la parte resolutive de la misma.

Al respecto la Corte Constitucional considera que el juez posterior debe atender a tres elementos para identificar la ratio decidendi:

- “El objeto de la decisión judicial anterior;
- El referente en las fuentes del derecho que sirvió de base a la decisión
- *El criterio determinante de la decisión*”. Corte Constitucional. Sentencia C-039/03. (Magistrado Ponente

*Manuel José Cepeda Espinosa; 28 de enero de 2003).*

Con base en lo anterior, sólo realizando un análisis de los hechos, pretensiones, disposiciones jurídicas importantes y los criterios determinantes de la decisión, el juez posterior puede determinar cuál fue la ratio decidendi de un caso anterior y, de esta manera, decidir sobre su aplicación posterior.

Así mismo, la Corte manifiesta que la pertinencia de un precedente se predica de una sentencia previa, cuando:

- La ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente;
- Se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y,
- *Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente. Corte Constitucional. Sentencia C-039/03. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 28 de enero de 2003).*

6 En ésta se aplica lo establecido en el Art. 10 de la ley 153 de 1887 subrogado por el artículo 4o. de la Ley 169 de 1896: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

7 Corte Constitucional. Sentencia SU-1300/01. (Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra; 06 de diciembre de 2001): En toda sentencia es preciso distinguir entre el decisum, la ratio decidendi y los obiter dicta. El decisum es el fallo o “la resolución concreta del caso”. Esta parte de la sentencia despliega sus efectos erga omnes o Inter partes, según el tipo de proceso. De ella no se predica el carácter de precedente, este carácter sólo se predica de la ratio decidendi, que se define como “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica.” La ratio decidendi es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita que es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos.



De otro lado, la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se predica tanto de las sentencias de Constitucionalidad así como de las de Tutela (T-260, 1995 y T-123, 1995). No obstante, en virtud del efecto de las mismas, la Corte Constitucional. Sentencia C-678/03 considera que las sentencias de constitucionalidad tienen mayor fuerza vinculante que las de tutela, pues las primeras poseen efecto *erga omnes*, mientras de las últimas solo se predica efecto *inter partes e inter pares*<sup>8</sup>.

## 9. ALCANCES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Otro aspecto importante que es preciso entrar a estudiar, está relacionado con la sujeción al precedente por parte de la misma Corte Constitucional, así como de otros jueces.

La clasificación tradicional del precedente distingue entre horizontal y vertical. El

precedente horizontal corresponde a aquel que debe ser observado por el mismo juez o corporación que lo originó o por otro de igual jerarquía funcional, mientras que el vertical proviene de un juez o corporación de superior jerarquía, es decir aquellos que desempeñan la función de cabeza de jurisdicción. Sin embargo, esta clasificación resulta arbitraria y ambigua, debido a que en nuestro sistema jurídico existen diferentes instituciones que fungen como máxima autoridad dentro de su ámbito de jurisdicción.

Existen muchas clasificaciones del precedente constitucional, sin embargo, una que resulta más adecuada es la que tiene que ver con los efectos de la sentencia, esto es, mientras que las sentencias de tutela producen efectos Inter Partes e Inter Pares, las de constitucionalidad<sup>9</sup> tienen efectos *erga omnes*.

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001<sup>10</sup>, expuso que

8 Las sentencias de constitucionalidad tienen efecto *erga omnes* tanto en su parte motiva -ratio decidendi- como en su parte resolutive, contrario sensu las sentencias de tutela tienen un efecto *erga omnes* sólo en su parte motiva -ratio decidendi-, la parte resolutive tiene efecto *inter partes*.

9 Comprende constitucionalidad condicionada e inexecutable.

10 "(...) son entonces la constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud a la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial. Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación -tertium comparationis- que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar por qué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el ratio debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho"

la sujeción del precedente constituye la garantía de la “**justicia material**”, y que por lo tanto los jueces están en el deber de respetarlo, resolver casos iguales o análogos de la misma manera y motivarlos de acuerdo con su propia doctrina judicial, así mismo el juez debe evaluar las diferencias y similitudes del caso a resolver y de anteriores, con el fin de determinar la forma en que debe solucionarse, pues puede pasar que aunque existan similitudes deba darse un trato diferente, o por el contrario que existan diferencias y deba darse un trato igual, para lo cual debe realizarse una argumentación fundamentada en criterios jurídicamente relevantes y proporcionales.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional en la misma sentencia, expuso la tesis según la cual si un juez quiere apartarse del precedente, está obligado a exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, no obstante, esta decisión es viable únicamente en los casos que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (distinguish) y el cambio de precedente (overruling).

Así mismo ha expuesto taxativamente 4 supuestos a los cuales debe sujetarse el juez cuando decida apartarse del precedente:

1. A pesar de que existen similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta Corte, existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos.
2. La jurisprudencia habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda

adecuadamente al cambio social posterior, se habla de un error de idoneidad.

3. El juez puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el sistema jurídico.
4. Cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Estos supuestos pueden ser aplicados tanto por las altas cortes como por los jueces de inferior jerarquía.

Resulta evidente que la Corte Constitucional adopta un “**sistema relativo (aunque vinculante) de jurisprudencia.**” (López, 2001) A diferencia del sistema libre de jurisprudencia el cual niega que los precedentes ya decididos tengan algún peso jurídico específico, el sistema relativo los jueces tienen el deber prima facie, pero no definitivo de respetar el precedente. En virtud del principio de autonomía judicial los jueces pueden separarse de la línea jurisprudencial ya fijada si exponen motivos suficientes y razonables para hacerlo.

Para DIEGO EDUARDO LÓPEZ, la doctrina relativa del precedente exige del juez una doble carga en casos en que no parezca razonable seguirla:

- En primer lugar “una carga de transparencia” en el sentido en que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto de la jurisprudencia;

- En segundo lugar, los jueces tienen que cumplir con una “carga de argumentación”, es decir, tienen que mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada, con lo que se prohíbe el cambio de jurisprudencia discrecional.

Por su parte, CARLOS BERNAL (2005) considera que cuando un juez posterior se aparte de la jurisprudencia de las Altas Cortes no debe fundamentar la inconstitucionalidad de la ley, sino argumentar que debe apartarse de la jurisprudencia porque ocurre uno de los supuestos que constituyen la doctrina de la aplicación del precedente anterior y del cambio de precedente, válido en el derecho colombiano.

## 10. CAUSAS Y CONSECUENCIAS DEL ALEJAMIENTO DEL PRECEDENTE

Si bien el precedente constitucional goza de fuerza vinculante, la Corte se ha pronunciado sobre la posibilidad de apartarse del mismo en algunos casos, en los cuales el juez posterior debe fundamentar su decisión en razones objetivas y adecuadas.

A nivel doctrinal y jurisprudencial se habla de cuatro posibilidades, en las cuales las altas cortes, así como los jueces inferiores jerárquicamente están facultados para apartarse del precedente, dichas posibilidades son:

1. **Distinguis**: se da cuando a pesar de existir similitudes en el caso a resolver y uno anterior, concurren diferencias

importantes que no se hayan analizado en el caso anterior lo cual impide igualarlos.

La Corte Constitucional sostiene que en Colombia se aplica la idea del *Distinguis* en la cual el juez puede inaplicar la jurisprudencia en un caso posterior. No todas las situaciones son las mismas, si el juez cree necesario apartarse, debe de hacerlo, porque la solución del segundo caso es diferente a la del primero, por lo tanto puede apartarse de la ratio decidendi de la primera, e introducir la ratio del segundo, o podrá tomar excepciones concernientes a la primera ratio.

Al respecto, CARLOS BERNAL sostiene:

*(...) a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte, “existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”. Este supuesto se corresponde con el distinguis del derecho anglosajón. El juez puede inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el caso precedente exigen otorgar al segundo una solución diferente 31. La Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. La Corte sólo indica acertadamente que la similitud o diferencia decisiva debe referirse a la ratio decidendi del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la ratio decidendi del primer caso puede aplicarse al segundo, porque éste*

*puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquella. Si esta subsunción no es posible, el juez deberá apartarse de la ratio decidendi del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva para el segundo caso (Bernal, 2005).*

2. **Overruling:** ocurre cuando se presenta un cambio social posterior, al cual no se acomoda el pronunciamiento anterior, caso en el cual el juez posterior si logra probar que dicha jurisprudencia es errónea, para lo cual debe realizar una adecuada argumentación, está legitimado para cambiar el precedente.

*Quando la jurisprudencia que ha sido “adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”. La alta corte sostiene que en este supuesto, el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es “errónea”. Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad. Este tipo de error se presenta, porque los efectos fácticos (E) que la ratio decidendi (RD) generó al regular la situación (S) en el momento histórico (1), ya no se producirían en el momento histórico (2), pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (RD) a (S) ya no conduce a (E), sino a otros efectos fácticos negativos (E’). En este caso, la carga de argumentación del juez es una carga de argumentación fáctica que debe demostrar que dadas las circunstancias (S), en el tiempo (2), la aplicación de (N) no conduce a (E), sino a (E’). Si el juez puede demostrar esta afirmación, estará legitimado*

*para llevar a cabo un overruling de la jurisprudencia anterior (Bernal, 2005).*

3. Otra posibilidad que contempla la Corte, consiste en que el juez puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. en estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo (sic) explícita tal decisión” este es entonces igual que el anterior, un caso de jurisprudencia errónea, pues el precedente resulta incoherente con el ordenamiento jurídico.
4. Finalmente, existe la posibilidad de que el juez posterior se aparte del precedente cuando se presentan cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir cuando hay modificaciones constitucionales o legales, sin el embargo el juez debe argumentar por qué debe cambiar la ratio decidendi.

Al respecto, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

El respeto por el precedente como se ha venido diciendo, constituye la garantía del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales y la coherencia del ordenamiento jurídico, los cuales son el fundamento del carácter vinculante de dicho precedente, sin embargo existe la posibilidad de apartarse del mismo cuando ocurra uno de los supuestos antes mencionados, para lo cual, el juez tiene la carga de la argumentación y por tanto debe exponer las razones tendientes a

demostrar el error de la jurisprudencia anterior, así como el porqué del cambio resulta más conveniente para asegurar dichos principios. Lo que no puede hacer el juez es alejarse o negar la obligatoriedad por el precedente aduciendo que éste no es vinculante, caso en el cual se presentaría una flagrante afectación a la seguridad jurídica.

### **11. EL PRECEDENTE COMO RESPETO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD**

El derecho a la igualdad deviene de la Revolución Francesa de 1789. El vocablo “*égalité*” traduce equidad, sin embargo, en la Constitución de 1991 sólo existe una cláusula de igualdad, y está contemplada en el artículo 13 Constitucional, esta cláusula tiene una doble naturaleza, por un lado está la igualdad formal ante la ley y por otro la igualdad material, equidad entendida como un sinónimo de justicia.

En este sentido dice Carlos Bernal que el principio y el derecho de igualdad “se proyecta en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador” (Bernal, 2005).

La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia un test de igualdad que aplica según se esté en uno de cuatro parámetros, a saber:

1. Trato igual entre iguales
2. Trato diferente entre diferentes
3. Trato diferente a pesar de las igualdades
4. Trato igual a pesar de las diferencias

Para ello, ha desarrollado en su jurisprudencia varias doctrinas, “(...)un juicio de igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad, un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinio de igualdad, y un original “juicio integrado de proporcionalidad”, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas” (Bernal, 2005).

La primera de estas consiste en un análisis hecho (según la propuesta alemana) a través de un test de razonabilidad compuesto por tres etapas: “a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y c. La razonabilidad del trato desigual, es decir la relación de proporcionalidad entre este trato y el fin perseguido” (Bernal, 2005).

El segundo se basa en la cláusula *equalprotection* basada en la existencia de distintos niveles de escrutinios así:

*“Escrutinio débil llamado rationalbasis-test, representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el derecho norteamericano. En aras de respetar las exigencias del principio democrático, este escrutinio se aplica por regla general, aunque los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica son aquellos que deparan al*

*legislador un ámbito de apreciación de contornos extensos, como, por ejemplo, la economía” (Bernal, 2005, p. 266).*

*“Escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada nueva jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años 60 (...) este escrutinio debe aplicarse cuando un trato diferenciado se fundamente en criterios sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía” (Bernal, 2005).*

*“Escrutinio intermedio es el último de los escrutinios, desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano desde mediados de los años 70. Este último tipo pretende ser una categoría que se sitúa entre el escrutinio estricto y débil, y que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar una igualdad real” (Bernal, 2005).*

El tercero de los test, el integrado está compuesto por 23 reglas que se dividen así: El primer presupuesto será para determinar si existe una injerencia a una norma adscrita *prima facie* al principio de igualdad. En esta primera fase son de aplicación las reglas 1 y 2. En el segundo presupuesto se debe examinar el tipo de escrutinio a aplicar: débil, intermedio o débil. (3, 4,5, -67,8, en caso de paridad-). Las reglas 9 a 13 aplican en subprincipio

de idoneidad; las reglas 14 a 18 aplican en subprincipio de necesidad y finalmente las reglas 19 a 23 aplican el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

En este escrito no se intentará aplicar un test porque estos test tienen que aplicarse a casos concretos, dependerá entonces de las circunstancias en las que la Corte analice la sustitución para aplicar unas u otras de las 23 reglas dependiendo de la gradación que se dé respaldado en razones.

La Corte Constitucional con fundamento en esta doctrina

*“(...) ha concedido tutelas por violación del principio a la igualdad dado que los jueces de instancia se han apartado de decisiones obligatorias tomadas previamente por la Corte en casos análogos. La violación del precedente pues, es una causal de tutelabilidad del derecho de igualdad si, se repite, el juez no ofrece justificaciones suficientes y adecuadas para fundar su fallo” (López, 2001).*

Ahora, en relación con la interpretación sistemática del artículo 230 de la Constitución, expresa Bernal Pulido que la interpretación de esta norma, está conectada sistemáticamente con el respeto al principio de igualdad, ya que si los jueces desconocen el precedente, vulneran dicho principio pues injustificadamente dan un trato diferente a individuos o situaciones jurídicas iguales o análogas.

El principio de igualdad se ve afectado cuando la Corte no aplica un precedente a otro caso que se encuentre en situaciones fácticas y de derecho similares.

## 12. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Aunque tenemos una república con un sistema democrático, ésta es falible. Un ejemplo de ello es la Alemania Nazi, Hitler sube al poder democráticamente con lo que la historia pone de presente la falencia de la democracia, puso a los nazis en el poder, la democracia representativa que se hace a través del parlamento no es la república, no es la soberanía popular, el único acto que debe ser directo de la soberanía popular es la Constitución. El pueblo manifiesta su voluntad de ser una nación, es decir de tener un proyecto político a través de un pacto constitucional que funda, materializa su contrato social tácito a través del cual crea el estado, ese estado es creado entonces por el derecho, no es entonces el estado el que crea el derecho razón por la cual el estado está limitado por el derecho. Los poderes constituidos en términos de Antonio Negri están sometidos a los poderes constituyentes, por lo que el ejercicio de la democracia derivada como poder constituido está sometido a la república, los poderes constituyentes y a la Constitución, razón por la que conceptualmente el legislativo y el ejecutivo no pueden contradecir la Constitución y todo lo que hagan será inválido cuando, de acuerdo a la teoría Kelseniana inexistente la norma en el sistema si no tiene el trámite y el procedimiento establecido, pero puede existir y ser inválida por contradecir la norma superior, norma superior que en nuestro ordenamiento tiene que ser la Constitución.

Por definición, la Constitución es la norma superior de todas, el nombre no afecta la sustancia, todo lo que se debe integrar e

interpretar de la Constitución es lo que sea superior. Si un pueblo alega por ejemplo que la norma superior es la justicia, pues será entonces la Constitución una de orden natural; la constitución espartana es ser combatiente; la constitución es lo que diga el pretor, pues ello será la Constitución; en términos generales lo que sea superior en el ordenamiento jurídico es la Constitución.

Nuestras constituciones son esos pactos jurídico-políticos producto de la soberanía y la voluntad popular que formalizan el estado de una nación y dan creación a un estado, por lo que la norma que la contradiga debe desaparecer. Dice Charles Eastman estudiando el positivismo kelseniano que si se tiene una constitución con carácter normativo necesariamente debe tener un sistema de control, de respeto de esa constitucionalidad porque de nada sirve tener una Constitución si no existe un mecanismo para hacerla efectiva y una sanción por contradecirla.

Si la ley contradice la constitución necesariamente deben existir mecanismos para anularla, por ello es necesario hablar de las diferentes clases de mecanismos que existen en aras de propender por la integridad y el respeto de la Constitución, hay entonces mecanismos de control difuso, en razón del cual todos los jueces deben velar por la coherencia de las leyes a la Constitución y mecanismos de control concentrado, una sola Corte.

No ha aceptado la cultura jurídica lo llamativa que es la historia del control de constitucionalidad. La ley 57 de 1887 por la que se acepta el Código del Estado de Cundinamarca como Código Civil Nacional dice que cualquier contradicción de las

leyes posteriores con la Constitución prima la ley, esto es que bajo la vigencia del Código Civil si las leyes son posteriores a la Constitución podrían contradecirla, por ello la verdadera Constitución en 1886 era el Código Civil, pues la Carta de 1886 no tenía fuerza normativa directa pues estaba diseñada para que la verdadera carta de soberanía fuese el trato entre particulares reconocido en el Código Civil y de ahí todos los problemas que se derivan cuando tiene papel constitucional una norma que no merece serlo, pues no está a la altura de ser una carta Constitucional.

Con la expedición de la ley 153 de 1887 se reconoce que en interpretación la contradicción entre un precepto legal con uno constitucional debe primar el constitucional, pero no quiere decir que anule la ley sino que en interpretación priman, bajo el mismo criterio de que la ley posterior prima sobre la anterior, no se extinguen, es decir, hay un conflicto de subsunción, pero no se pide su inexequibilidad o inconstitucionalidad. Así permanecerá hasta 1991 con excepción de la reforma del acto legislativo 03 de 1910 que establece que las leyes que puedan ser inconstitucionales antes de su promulgación pueden ser impugnadas y analizadas por la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia y ser declarada nula porque surtirá efectos ex nunc (en cualquier tiempo).

Ese sistema es el primero que aparece en registro en occidente como control de constitucionalidad formal aunque ya existía la sentencia *Marbury vs Madison* del control de constitucionalidad difuso y de caso concreto posterior es decir no existe una demanda de inconstitucionalidad, lo

que hay es un control en escaso como la nulidad de actos administrativos que es lo que pasa en la sentencia mencionada supra (Corte Suprema de los Estados Unidos por el juez Marshall). Habían existido demandas y ya habían asumido control de constitucionalidad los jueces norteamericanos bajo su formato, el formato del control negativo de anulación se dice aparece entonces en Colombia tanto que hay bastantes estudios no solo en Colombia sino en Francia, así como los de Rodríguez Gaona en España que le reconoce su papel al control constitucional colombiano. Dicen otros que aparece en Cuba que también establece el mismo sistema en cuanto al control *a priori*, otros teóricos afirman que siempre existió.

El control de Constitucionalidad nace en la cultura jurídica colombiana con 1910 y que parte su propio camino al perfeccionamiento de la ciencia del derecho como hicieron los romanos o los norteamericanos, tiene su propia construcción, una particularidad nuestra es que hicimos el proceso de independencia con base en la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano francés y el único sistema de control claramente a priori como el acto legislativo es el francés. El Consejo de Constitucionalidad Francés solo conoce del control de constitucionalidad a priori, no una vez promulgadas que es el sistema original colombiano.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 promulgada el 7 de julio se implanta un sistema constitucionalista, lo que quiere decir que no es solo una norma suprema sino que además esa Constitución que es un pacto jurídico-político sino que además según Diego López tiene en primer lugar un



efecto irradiación, es decir que afecta todo el sistema jurídico y todas las conductas; en segundo lugar el establecimiento de acciones para proteger esa irradiación de la constitución (Acción de tutela, popular, de grupo, de cumplimiento, de inconstitucionalidad) para que ésta sea efectiva y no meramente declarativa.

La Constitución es una norma con vocación de aplicación y no *“un espacio reservado a los grandes acuerdos y pactos políticos”*.

Así la clasificación del control de constitucionalidad depende de la forma de control en la que se ejerza. Ese control se puede clasificar en dos grandes grupos: Normas y Conductas.

En lo que refiere al control de las normas quiere decir que se juzgará la constitucionalidad de decretos, actos administrativos, y leyes, entonces se estudiará la eventual inexecutable, lo ejerce el Concejo de Estado de los decretos que no tengan fuerza de ley y lo contencioso administrativo la nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos. Los actos de la administración se anulan en cambio las leyes y los decretos con fuerza de ley se declaran inexecutable.

¿Cuál es la diferencia entre inconstitucional e inexecutable? La inconstitucionalidad es una simple contradicción con la norma suprema, *contrario cesu* la inexecutable es una consecuencia de esa inconstitucionalidad mediante la cual se le desprovee de valor jurídico y por lo tanto la sacamos del ordenamiento. Eventualmente una ley podría ser inconstitucional pero ser a la vez executable por ejemplo cuando viola un criterio de forma pero ya ha pasado

el año en el que se subsana, los vicios de forma tienen un año para ser declarados inexecutable, habría entonces una ley inconstitucional pero executable.

Las leyes y decretos con fuerza de ley lo ejerce la Corte Constitucional, control mediante el cual insiste la Corte se estructura la jurisdicción contenciosa constitucional, la jurisdicción constitucional no incluye la contenciosa administrativa. Entonces la jurisdicción constitucional incluye la Corte Constitucional y los jueces de tutela (éstos sólo desde el punto de vista funcional y no orgánico).

El control constitucional sobre normas lo ejerce la Corte Constitucional. Éste se puede clasificar dependiendo del estado en el que se haga el control, puede ser vía excepción que no lo hace la Corte Constitucional sino que lo puede hacer cualquier juez, sobre este particular insiste la Corte que ellos no hacen parte de la jurisdicción, l que existe mediante el incidente en que se tramita la excepción de inconstitucionalidad en el cual una parte que considere que la norma que se está aplicando en el caso podría vulnerar preceptos constitucionales lo que está haciendo el juez es garantizar la supremacía de la Constitución a la que estamos sometidos todos, entonces no es un acto jurisdiccional sino es un acto hermenéutico.

Así, la excepción de constitucionalidad no la incluyen dentro de la jurisdicción pero sí hace parte del control de constitucionalidad, un rescollo del sistema del control difuso en el establecimiento nacional y muy poco utilizado por la prevención de los jueces en el prevaricato, pero sobre todo por una razón pragmática más allá de los que

dicen que no es el temor de los jueces y es la practicidad del litigante, pues si éste considera que es inconstitucional la ley que le están aplicando, él prefiere demandarla en la Corte Constitucional que llevarla a excepción y entenderse con la Corte y con sus precedentes, ello hasta hace unos años porque últimamente la Corte ha ido aumentando las exigencias formales de la acción de inconstitucionalidad lo que va restringiendo la discrecionalidad para interponer las acciones, tanto que ha llevado a varios estudios como el de la Universidad el Rosario a insistir que la nueva acción de casación es la acción de inconstitucionalidad, lo cual es cierto, pues poner trabas formales a una acción que se supone es pública de cualquier ciudadano es muy cuestionable.

Dentro de las formas a posteriori ejerce control de normas una vez promulgadas la excepción y la acción de inconstitucionalidad, todo esto según el 241 de la Constitución, la acción pública de inconstitucionalidad permite a cualquier ciudadano interponer la acción sin necesidad de abogado (decreto 2067 de 1991) impugnar una norma que contradiga los preceptos superiores, tiene muy pocos requisitos formales de lo que dice la ley y lo que dice la Corte que incluyen la identificación de la persona, las notificaciones, transcribir la norma que se acusa de inconstitucional y decir cuál es la vulneración, sin embargo ese cargo de inconstitucionalidad no se revisa lo que diga la persona sino que la Corte está en la obligación de entenderlo y de interpretarlo para establecer si puede vulnerar la Constitución.

La acción pública de inconstitucionalidad puede declarar la inexecutable de la

ley, puede declararla executable, puede declararla inconstitucional pero executable y puede declararlas condicionadamente conforme al principio de interpretación conforme a la Constitución donde si una de las interpretaciones posibles de la ley se aplican a ésta hay que dejarla vigente. Lo que permitiría no estar anulando la ley en aras de no afectar la seguridad jurídica, respetar el principio de discrecionalidad o de marco de análisis político, en palabras de Robert Alexy construcción epistemológica del legislador. Si hay varias interpretaciones que son constitucionales conforme a la teoría del derecho vigente al que le corresponde interpretar cuál es la correcta es al juez ordinario, si hay tres interpretaciones posibles que son constitucionales de una norma civil la Corte Suprema es la que dice cuál es, así en lo administrativo.

La tercera forma de control a posteriori es por control automático, es el que ejerce la Corte Constitucional de los decretos presidenciales expedidos con fuerza de ley bajo el amparo del artículo 213 de la Constitución y 215 los cuales una vez promulgados van a control por la Corte, esto obedece a un criterio razonable, pues si se trata de medidas urgentes que debe tomar el estado para proteger sus intereses por crisis económica, guerra internacional o una emergencia interna, una conmoción interior, mal podríamos hacer un procedimiento interno que demorara la medida, lo que se hace es que se promulga y una vez hecho se va a control porque en Colombia es imposible reducir derechos fundamentales y garantías civiles aún en estados de excepción, y los decretos deben justificarse.

El control a priori, antes de la promulgación de norma se puede ver en diferentes etapas,

lo ejerce la Corte Constitucional, puede ser previo y directo es el que ejerce la Corte Constitucional antes de la promulgación de una norma de forma obligatoria y que sin necesidad de ningún trámite va directamente a su conocimiento, control sobre las leyes estatutarias y sobre las leyes aprobatorias de tratados internacionales.

También es control a priori cuando hay objeción de la sanción presidencial por inconveniente o por inconstitucional, una vez aprobada la ley en los debates va a control por parte del presidente y éste la puede objetar, si una vez objetada el Congreso insiste en promulgarla va a control para la Corte, la que determinará si es constitucional o no.

Existe a su vez un control optativo, ese control optativo quiere decir que el Congreso puede en el trámite de la ley pedirle opinión a la Corte Constitucional sobre si eso que se está discutiendo sería constitucional o no, es necesario un comentario sobre este particular, pues no se está utilizando con la optimización que debiera porque esto sería un buen empalme entre el Congreso podría discutir la ley en términos de eficiencia y de política y la Corte resolver sobre una posible interpretación inconstitucional.

El control constitucional sobre los actos legislativos se hace posterior vía acción de inconstitucionalidad, en la que se observa la teoría de la sustitución constitucional en la cual el Congreso puede reformar la Constitución pero no sustituirla, es decir, reemplazarla por una nueva por trastocar pilares indispensables, irreductibles de la estructura democrática del estado social de derecho.

Las leyes que convocan a referendo y los plebiscitos tienen control por parte de la Corte Constitucional, un control automático cuando se trata de actos reformativos de la Carta y tienen control vía acción de inconstitucionalidad cuando se trata de las demás convocatorias a mecanismos de participación ciudadana.

Dice la Corte que en ejercicio de esta acción de inconstitucionalidad también tiene un control a posteriori, pues cuando avoque conocimiento de una norma, o cuando deje en evidencia alguna eventual inconstitucionalidad, puede analizarlo, eso no lo dice la Constitución, sin embargo es muy lógico, pues la justicia implica un juez activo, pues si el juez constitucional se percata de una inconstitucionalidad su único deber es anularlo, ello en virtud del 241.

La otra forma es el control sobre las conductas, control que se hace vía tutela, acción popular, acción de cumplimiento y acción de grupo, la acción popular o de grupo está dirigida a proteger los derechos colectivos, es decir los de tercera generación para protegerlos antes de ser vulnerados la acción popular y para protegerlos, grupos de más de 20, la acción de grupo. La acción de cumplimiento es en teoría para hacer efectiva la ley, la Constitución y los actos administrativos, sin embargo bajo sentencia del Concejo de Estado esta acción no puede ordenar gastos patrimoniales, lo cual no es coherente pues la mayoría sino todas las decisiones implican de una u otra forma gastos patrimoniales, y si es solo declarativo no se trata de cumplimiento, se trata de hacer efectivo, eso servirá cuando se dice que no se trata de efectos patrimoniales, por ello en el caso en que

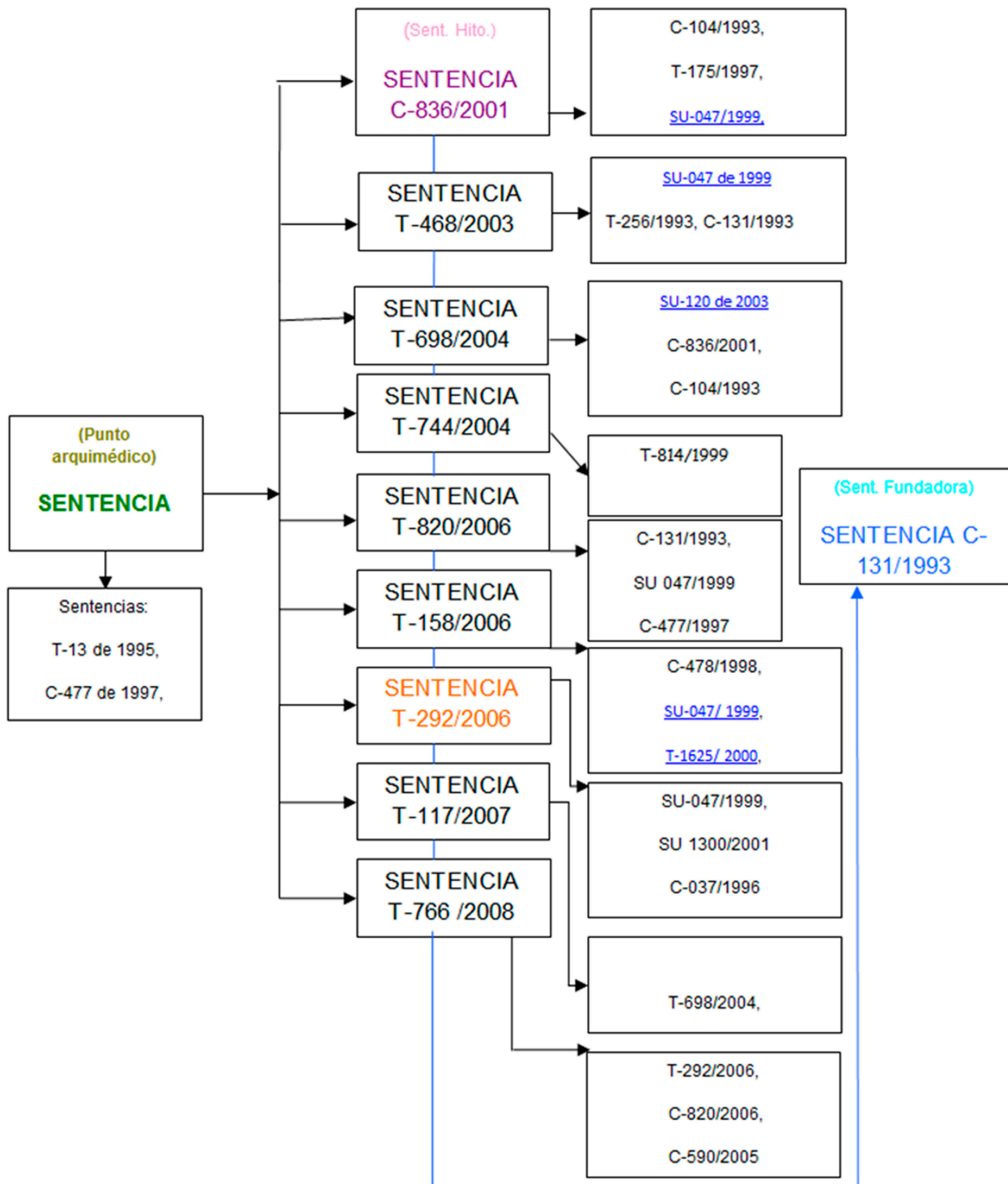
se tenga derecho a la pensión y no la han reconocido no se podrá interponer la acción de incumplimiento pues técnicamente se ha interpretado algo inconveniente, y es, no puede tener efectos patrimoniales, lo que es muy diferente a crear nuevos rubros. La acción de tutela que ampara los derechos fundamentales individuales.

El precedente converge dos conceptos, de un lado el control de constitucionalidad que crea la sentencia que tendrá efectos de precedente y de otro lado la hermenéutica, la interpretación constitucional, interpretación que tiene los criterios tradicionales de literalidad, elementos sistemáticos, orgánicos, finalistas o teleológicos, originarios, la optimización, la ponderación de derechos, elementos hermenéuticos que deben tener argumentación, racionalidad, razonabilidad que crean marcos en los que se crean conceptos jurídicos.

En ejercicio de este control, que despliega la hermenéutica constitucional crea

conceptos, empalman conceptos, y el resultado es el sistema de derecho, este sistema de derecho es el que ha construido nuestros precedentes, entonces, el precedente empalma el control de constitucionalidad y la hermenéutica. Lo que se establece para el futuro es lo que determinará el valor vinculante de la jurisprudencia y determinar cuáles son obiter dicta o cuáles son las estabilidades es lo que nos determina analizar, que son las ratio decidendi, las líneas jurisprudenciales, los estudios sobre el valor vinculante del precedente, el análisis estático, pues allí es cuando se puede ver como ciencia (sociología del derecho), el derecho real y no el derecho etéreo, y si se puede empalmar las concepciones generales con éstas concepciones particulares y esa relación género – especie puedo establecer hechos concretos que a través de la mente generan conceptos abstractos que aplicándolos al caso concreto pueda resolver situaciones de hecho.

### 13. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL PRECEDENTE.



## 14. ANÁLISIS DE LA LÍNEA

Relación de

Las sentencias

- S. FUNDADORA: C-131/1993

- S. HITO: C-836/2001

- S. REITERATIVA: T-468/2003, T-698/2004,  
T-744/2004, T-820/2006,  
T-158/2006 T-117/2007

- S. DOGMÁTICA: T-292/2006

- S. ARQUIMÉDICA: T-443/2010

## 15. TENDENCIA DOCTRINAL



## 16. TENDENCIA CITACIONAL

SENTENCIA	S. AUTORIDAD	S. REPETITIVA	C. ESPORÁDICO
T-443/2010	<b>X</b>		
T-766 /2008		<b>X</b>	
T-117/2007		<b>X</b>	
T-292/2006	<b>X</b>		
T-158/2006		<b>X</b>	
T-820/2006		<b>X</b>	
T-744/2004			<b>X</b>
T-698/2004		<b>X</b>	
T-468/2003		<b>X</b>	
C-836/2001	<b>X</b>		
C-131/1993	<b>X</b>		

## 17. COMPARACIÓN CON LA LÍNEA SOBRE EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE

OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE	APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE
<p data-bbox="477 394 500 470">↓</p> <p data-bbox="203 499 769 611">Las decisiones Judiciales están sujetas a los principios de Igualdad, Debido proceso y Seguridad Jurídica, los cuales constituyen el fundamento del respeto por el precedente.</p> <p data-bbox="203 642 769 810">El precedente judicial vinculante está conformado por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver caso sujeto a consideración del juez. Así, el precedente se relaciona directamente con la <i>ratio decidendi</i> o razón central de la decisión anterior.</p> <p data-bbox="203 842 769 1037">De acuerdo con lo anterior, el respeto por las decisiones proferidas por los jueces y de los máximos órganos de cada jurisdicción (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento.</p>	<p data-bbox="1127 394 1149 470">↓</p> <p data-bbox="846 499 1425 1661">Los jueces considerados personas impolutas, podrán separarse de la línea jurisprudencial sin generar una transgresión al principio de la autonomía judicial, ya que lo está haciendo, razonablemente, racionalmente y proporcionalmente, fundamentos suficientes para no herir los principios constitucionales de la igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima. La autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallado. Esos criterios objetivos son: 1) El juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su Superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta; 2) El Tribunal de Casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los Juzgados y Tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir. 3) Si bien, ese criterio o precedente puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por El Juez de Instancia o Tribunal, bajo supuestos específico; 4) el precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico; 5) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución. El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial. Corte Constitucional. Sentencia T-571/07). (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño; 27 de julio de 2007).</p>



## CONCLUSIONES PARCIALES

### 18. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo anterior, es claro que en Colombia se ha venido fortaleciendo la obligatoriedad del Precedente, por lo tanto los jueces están en el deber de respetarlo, resolver casos iguales o análogos de la misma manera y motivarlos de acuerdo con su propia doctrina judicial, así mismo el juez debe evaluar las diferencias y similitudes del caso a resolver y de anteriores, con el fin de determinar la forma en que debe solucionarse, pues puede pasar que aunque existan similitudes deba darse un trato diferente, o por el contrario que existan diferencias y deba darse un trato igual, para lo cual debe realizarse una argumentación fundamentada en criterios jurídicamente relevantes y proporcionales.

Así mismo la Corte Constitucional, expuso la tesis según la cual si un juez quiere apartarse del precedente, está obligado a exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, no obstante, esta decisión es viable únicamente en los casos que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (*distinguish*) y el cambio de precedente (*overruling*).

En lo que a la Sustitución se refiere, es válido entonces concluir que todo lo aplicable al precedente, tendrá que ser lo que la Corte analice, cuando se encuentre estudiando una reforma constitucional, serán éstos los parámetros a analizar en dichas sentencias luego de la construcción de la línea jurisprudencial, para de esa manera analizar si las sentencias de sustitución tienen en este momento fuerza vinculante obligatoria.

### 19. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNAL, Carlos. (2005). El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL, Pulido Carlos. (2005). El precedente en Colombia. Revista derecho del estado. Bogotá.
- CARBONELL, Miguel. (2001). Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Prieto Sanchos. Bogotá: Editorial Temis.
- Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991.
- Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Agosto 15 de 1887.
- Ley 163 de 1896.
- Ley 104 de 1993. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-486/93. (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; 28 de octubre de 1993).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113/93. (Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía; 25 de marzo de 1993).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131/93. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 1 de abril de 1993).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-547/93. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 26 de noviembre de 1993).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011/94. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 21 de enero de 1994).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-227/94. (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mejía; 6 de mayo de 1994).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123/95. (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; 21 de marzo de 1995).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-260/95. (Magistrado Ponente José

- Gregorio Hernández Galindo; 20 de junio de 1995).
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083/95. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; 1 de marzo de 1995).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586/95. (Magistrados Ponentes Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo; 7 de diciembre de 1995).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037/96. (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; 5 de febrero de 1996).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-447/97. (Alejandro Martínez Caballero; 18 de septiembre de 1997).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047/99. (Magistrados Ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; 29 de enero de 1999).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037/00. (Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; 26 de enero de 2000).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1300/01. (Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra; 6 de diciembre de 2001).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836/01. (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; 9 de agosto de 2001).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1219/01. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 21 de noviembre de 2001).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-039/03. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 28 de enero de 2003).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-678/03. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 6 de agosto de 2003).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-292/03. (Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett; 8 de abril de 2003).
  - CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086/07. (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa; 8 de febrero de 2007).
  - Diccionario Manual de la Lengua Española. (2007). Bogotá: Larousse Editorial.
  - HIGUERA, Jiménez Diego. (2009). Estudio Integrado de la Legitimidad en la Corte Constitucional Colombiana. Revista Principia Iuris No. 12. Bogotá.
  - LEGAZ y LACAMBRA, Luis. (1979). Filosofía del Derecho. Barcelona: Bosch Editores.
  - LÓPEZ, Cadena Carlos Alberto. (1997). Aproximación a un Concepto Normativo de Mutación de los Derechos. Bogotá: Editorial Temis.
  - LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. (2001). El derecho de los Jueces. Bogotá: Editorial Legis.
  - QUINTERO, Diana Patricia. (2005). Cinco preguntas a Robert Alexy. Bogotá.
  - RAMÍREZ, Quinche Manuel Fernando. (2001). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Legis.