

## **JURISPRUDENCIA - Fuente de derecho**

En ese sentido, la Sala Plena reconoce sin ambages, que el juez, en el ejercicio de su función constitucional de administrar justicia y dirimir los casos sometidos a su conocimiento crea derecho, no se limita a decirlo. Afirmación que comparto y celebro como más adelante lo explicaré. Se señala, sin embargo, que esta característica de la función judicial sólo adquiere relevancia en aquellos casos en donde la norma no es lo suficientemente clara y pertinente, pues, en donde hay claridad, el juez sencillamente aplica el derecho. Afirmación de la que debo disentir, pues hoy la ley tiene una serie de peculiaridades que impiden ese razonamiento mecánico que presupone la providencia y que exige una labor de creación por parte del juez.

## **INSUFICIENCIA DE LA LEY - Necesidad de ubicar otro centro de imputación jurídica.**

La ley, fuente por excelencia de los ordenamientos jurídicos que como el nuestro tiene una tradición romano-germánica, no es hoy un factor unificador de la sociedad para resolver sus conflictos con certeza y legitimidad. Si bien es uno de sus instrumentos no es el único y por tanto es necesario identificar otro centro de imputación en el ordenamiento jurídico que permita de manera efectiva, clara y veraz garantizar a la sociedad su convivencia pacífica. En ese sentido, la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho responde a la necesidad de encontrar o reconocer un centro de imputación jurídica diverso a la ley, pues ya no será ésta sino la Constitución y el reconocimiento que en ella se hace de una serie de derechos, los llamados a ocupar el lugar que los revolucionarios le concedieron a la ley soberana.

## **JUEZ - Capacidad de creación normativa / PRECEDENTE JUDICIAL - Carácter vinculante no relativo**

En consecuencia, me aparto de lo que dice la providencia en el sentido de que solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo el juez tiene la capacidad de creación normativa, pues el primer paso que éste debe agotar en su labor, es determinar si el supuesto normativo que ha de aplicar al caso concreto, efectivamente puede hacer realizable los fundamentos constitucionales, en ese orden de ideas, siempre que aplica o dice el derecho está haciendo un ejercicio de creación.. Respetuosa y comedidamente me permito aclarar en síntesis, que mientras el fallo de la referencia considera “relativamente vinculante los precedentes judiciales” sólo en aquellos casos en donde la norma no sea lo suficientemente clara y pertinente, el suscrito respetuosamente discrepa de ello en cuanto considero que el precedente puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva.

### **ACLARACION DE VOTO**

### **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)AV**

**Actor: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRABA**

**Demandado: CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ES.P. CHEC**

**Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Considero importante y necesario efectuar esta ratificación de mi voto a título de aclaración, para exponer brevemente mi criterio sobre algunos puntos que se exponen en el fallo y que considero de la más alta relevancia en el marco del Estado Social de Derecho, en especial, la relativa al papel que juegan en él las decisiones judiciales de las llamadas Altas Corporaciones u órganos de cierre en el actual sistema de fuentes del Derecho Colombiano.

En efecto, el fallo de la referencia, dedica todo un capítulo al carácter “**relativamente vinculante de los precedentes judiciales**”. En éste, se parte de la idea según la cual los jueces en cumplimiento de su función constitucional deben razonar sus fallos en las “**reglas**” utilizadas en providencias anteriores por el mismo fallador u otros de la misma o superior jerarquía, y que sirvieron para decidir casos anteriores y análogos o **construidas específicamente** para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento.

Así, la providencia hace referencia a la “regla de universalización” para señalar que “*ella constituye uno de los requisitos mínimos de racionalidad de los cuales debe estar provista toda decisión judicial en una sociedad democrática*”<sup>1</sup>

En ese sentido, la Sala Plena reconoce sin ambages, que el juez, en el ejercicio de su función constitucional de administrar justicia y dirimir los casos sometidos a su conocimiento **crea derecho**, no se limita a decirlo. Afirmación que comparto y celebro como más adelante lo explicaré.

Se señala, sin embargo, que esta característica de la función judicial sólo adquiere relevancia en aquellos casos en donde la norma no es lo suficientemente clara y pertinente, pues, en donde hay claridad, el juez sencillamente aplica el derecho. Afirmación de la que debo disentir, pues hoy la ley tiene una serie de peculiaridades que impiden ese razonamiento mecánico que presupone la

---

<sup>1</sup> Ver folio 8.

providencia y que exige una labor de creación por parte del juez, asunto éste que abordaré más adelante.

En ese sentido, la Sala Plena reconoce que en los casos en donde ese silogismo no es posible, le corresponde al funcionario judicial generar, construir, crear una “regla”, por no llamarla “norma jurídica” que le permita esclarecer el caso sometido a su conocimiento, toda vez que el llamado operador jurídico no puede rehusarse a fallar bajo argumentos como la carencia de elementos normativos o de su oscuridad o impertinencia, entre otros.

En consecuencia, se señala en el fallo que esa “regla” producto del análisis argumentativo que está obligado a desarrollar el juez, en aplicación de principios axiales al Estado Social de Derecho, como son la igualdad, la buena fe en su variable la confianza legítima y la seguridad jurídica, obligan a aceptar sin restricciones que la decisión judicial hace parte del **ordenamiento jurídico**.

Se entiende, entonces, por la Sala Plena, que esas “reglas” hacen parte de las fuentes del derecho, es decir, que junto a la **ley**, fuente por excelencia en el sistema romano-germánico del que somos herederos y exponentes, se erigen aquellos razonamientos de los funcionarios judiciales que le sirvieron de fundamento para resolver el caso sometido a su conocimiento, los cuales deben ser empleados por otros operadores jurídicos cuando el asunto sometido a su discernimiento así lo exija.

Así, la Sala avanza en la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política para señalar que cuando este precepto establece que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar de la actividad judicial” debe entenderse como “una fuente auxiliar que no subsidiaria del quehacer judicial”, en donde los jueces deben acudir a la *“jurisprudencia no en defecto sino en apoyo del acervo argumentativo en el cual sustenta su determinación”*<sup>2</sup>.

De esta manera, el pleno de la Corporación reconoce en esta providencia puntos trascendentales que me llevaron a suscribirla, entre ellos que: **i)** las decisiones judiciales son fuente de derecho y **ii)** como fuente de derecho, éstas **deben** hacer parte del razonamiento judicial.

---

<sup>2</sup> Ver folio 14.

Es decir, los funcionarios judiciales no pueden hacer caso omiso de lo que se ha denominado “el precedente judicial” cuando las circunstancias del caso impongan su observancia. Por tanto, en el evento en que esa “regla” no pueda o deba ser tomada en cuenta, así lo debe explicitar el fallo respectivo, como un requisito de validez del mismo, pues solo es posible apartarse de la “regla” que surge de un pronunciamiento judicial, cuando el funcionario judicial que así va a obrar, despliegue una carga de argumentación que haga explícitas las razones por las cuales no hará uso de aquella.

Conclusión ésta que ha de generar un cambio en la forma como en la Corporación se asume la fuerza vinculante de ciertas decisiones, pues hoy, algunos siguen insistiendo que las providencias judiciales de las llamadas Altas Corporaciones u órganos de cierre no son fuente de derecho.

Este breve recuento de la providencia me permite, primero, celebrar el avance que esta decisión significa en nuestro sistema jurídico, pues hace explícitas algunas consideraciones que hasta hoy algunos se negaban a aceptar como aquella según la cual el artículo 230 de la Constitución exige una interpretación diferente, pues es claro que después de 20 años de la promulgación de nuestra Carta, los jueces no pueden seguir afirmando que no aplican el precedente porque en su actividad solo están sometidos **al imperio de la ley**, sin reparar en el significado que esta acepción tiene hoy en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, debo abordar dos aspectos que son trascendentales cuando se analiza el papel que juegan las decisiones judiciales en nuestro ordenamiento, **el primero**, referido al fenómeno de lo que se denomina “insuficiencia de la ley”; y **el segundo** al lugar que, por razón de esa carencia ocupan las providencias judiciales en el ordenamiento jurídico, como a su carácter “relativamente vinculante” como se afirma en la providencia de la referencia.

#### **1. La insuficiencia de la ley y la necesidad de ubicar otro centro de imputación jurídica.**

Se impone señalar y en ese sentido la aclaración de voto que suscribo, que hoy, el estudio de las fuentes del derecho en nuestro sistema jurídico debe ser diverso a como lo fue en los siglos pasados, toda vez que debemos abandonar la idea

decimonónica según la cual la ley como fuente por antonomasia en nuestro sistema, es el único centro de imputación jurídica.

En mi criterio, la ley como expresión del poder soberano, ha perdido sus condiciones de generalidad, impersonalidad y abstracción que los revolucionarios franceses identificaron como base y fundamento de su ideario, pues aquella, supuestamente para distinguirla de las normas dictadas por el antiguo régimen, eran producidas por el órgano de representación popular sin sujeción a una determinada condición de la persona o grupo al que aquella se dirigía.

Esas pretensiones de generalidad, impersonalidad y abstracción se han ido perdiendo en la medida en que las condiciones materiales de la sociedad han ido cambiando y cada vez, en ejercicio del principio democrático, se dictan disposiciones para determinados grupos, según sus condiciones y necesidades, lo que ha generado una superproducción normativa caracterizada por la diversidad y la dispersión que a su vez, genera serios problemas de aplicación que maximizan la importancia de la función judicial.

La sociedad actual está compuesta por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de las leyes”, lo cual ha determinado la denominada hiperinflación normativa, o pulverización del derecho legislativo, generándose con ello una explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.<sup>3</sup>

Esta pérdida de las características clásicas de la ley obedece sin duda, a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, bien como una aplicación del principio de igualdad que exige el modelo de Estado Social de Derecho en el que el Constituyente de 1991 adscribió al Estado colombiano y, hay que decirlo, también como consecuencia de la presión que sobre el legislador ejercen los intereses corporativos. Hecho que, sin lugar a dudas, erosiona el fin supremo de la seguridad jurídica del hombre común y obviamente del operador jurídico, quien se ve enfrentado a un sinnúmero de normas contradictorias y vigentes, en donde el dilema de cuál aplicar siempre estará presente.

---

<sup>3</sup> Tomo para explicar la crisis de la teoría clásica de la ley, estudiada como principal fuente de derecho por sus características de generalidad, abstracción e impersonalidad, el desarrollo teórico expuesto en ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid. 1995. Capítulo 2.

La creciente vitalidad de tales grupos determina, además, situaciones sociales en rápida transformación que requieren normas jurídicas ocasionales o *ad hoc* adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades, lo que genera una crisis no solo de la característica de la generalidad de la ley sino también de su abstracción.<sup>4</sup>

Igualmente resulta inocuo y reprochable negar que el acto de creación del derecho legislado sea el producto de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales en conflicto, lo que conlleva al fenómeno de la negociación, la conciliación de intereses particulares, o a la llamada “contractualización” de los contenidos de la ley.

En ese orden de ideas, aquella no es ya ese acuerdo de voluntades, es simple y llanamente un mero juego de las relaciones de fuerza, y en este contexto la norma no es ese factor de unificación del sistema jurídico, sino un instrumento causal del desorden jurídico, que intenta a lo sumo poner remedio a un conflicto específico de manera *ex post factum*.<sup>5</sup>

El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce dialécticamente y de manera irrefutable a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en la ley, la cual es manifestación e instrumento de enfrentamientos y competencia entre los diversos grupos e intereses en juego y, por ende, ella no pone fin al conflicto, lo mantiene. Por tanto, aquella no puede ser catalogada como un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, sino un acto personalizado que persigue unos determinados intereses particulares.

En ese contexto, la ley no es garantía absoluta de unificación del derecho, sino que se convierte, la mayoría de las veces, en instrumento y causa de inestabilidad del sistema jurídico y la sociedad.

Cuando las leyes actúan como medidas de apoyo a un sujeto social definido y están determinadas por las cambiantes relaciones de fuerza más que por diseños

---

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Pág. 37

generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a esos acuerdos particulares que impulsan la legislación.

En este orden, resulta evidente que la protección necesariamente estará a cargo del juez cuando la controversia resultante de esos diversos intereses llegue a su conocimiento. De ahí que su función será la creación de una nueva norma que permita la resolución del conflicto y que por tanto pase a hacer parte del “ordenamiento jurídico” que aquel tendrá que aplicar para no desconocer entre otros el principio de igualdad en que se fundamenta hoy nuestro Estado Social de Derecho, una igualdad que no se concibe única y exclusivamente desde el tratamiento que ofrece el legislador sino todo el sistema jurídico que incluye, huelga repetirlo, las decisiones de los funcionarios judiciales.

En otros términos, la ley, fuente por excelencia de los ordenamientos jurídicos que como el nuestro tiene una tradición romano-germánica, no es hoy un factor unificador de la sociedad para resolver sus conflictos con certeza y legitimidad. Si bien es uno de sus instrumentos no es el único y por tanto es necesario identificar otro centro de imputación en el ordenamiento jurídico que permita de manera efectiva, clara y veraz garantizar a la sociedad su convivencia pacífica.

En ese sentido, la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho responde a la necesidad de encontrar o reconocer un centro de imputación jurídica diverso a la ley, pues ya no será ésta sino la Constitución y el reconocimiento que en ella se hace de una serie de derechos, los llamados a ocupar el lugar que los revolucionarios le concedieron a la ley soberana.

Ese desplazamiento de la ley frente a la supremacía de la Constitución y principalmente a los fundamentos del Estado, así como el papel preponderante que en ella tienen los derechos fundamentales, los principios y los valores en ella contemplados, permite afirmar que los jueces ya no pueden ser definidos como lo hacía Montesquieu “... *la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moldear su fuerza ni su rigor*”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Citado por PRIETO SANCHIS, Luis. Introducción al Derecho-coordinador. Ediciones de la Universidad de la Mancha-Cuenca. 1996. Pág. 25

No. El juez en este nuevo estado de cosas debe privilegiar la preeminencia de esos derechos y, en consecuencia, moldear la fuerza y rigor de la norma aplicable al caso, **creando** una nueva, compatible con las características y la realidad puesta a su conocimiento. Por tanto y como lo reconoce la Sala Plena, el juez también crea derecho.

En consecuencia, el actuar del juez debe buscar la realización de esos derechos, principios y valores constitucionales fundamentales, razón por la que el artículo 230 de la Constitución requiere una interpretación diversa, en la medida en que los jueces en el marco de un Estado Social de Derecho como el que nos rige están sometidos al imperio de aquella y a su efectiva materialización, lo que implica que aquél siempre estará en la obligación de interpretar la norma que, para el caso concreto, pueda tener aplicación a fin de garantizar la materialización de esos derechos.

Esto permite la creación de figuras tales como la unificación y extensión de la jurisprudencia, consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En esa medida, el juez siempre debe buscar aquella interpretación que mejor realice aquellos presupuestos en los que hoy se erige el Estado colombiano. Por tanto, y he aquí mi principal aclaración: pese a la claridad que pueda ofrecer un determinado supuesto normativo, el funcionario judicial siempre ha de indagar si efectivamente él permite la materialización de los derechos fundamentales y de la Constitución misma, porque de no ser así, estará obligado a su inaplicación o a su adecuación para lograr la idea de supremacía y prevalencia del ordenamiento constitucional.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado que:

*“Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y*



*objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”<sup>7</sup>*

En consecuencia, me aparto de lo que dice la providencia en el sentido de que solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo el juez tiene la capacidad de creación normativa, pues el primer paso que éste debe agotar en su labor, es determinar si el supuesto normativo que ha de aplicar al caso concreto, efectivamente puede hacer realizable los fundamentos constitucionales, en ese orden de ideas, siempre que aplica o dice el derecho está haciendo un ejercicio de creación.

En ese contexto, la providencia olvida que, como lo señalaba Hans Kelsen "... *la aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho.*"<sup>8</sup>

En consecuencia, es importante que se admita, sin distinguos, que cuando el juez o el operador jurídico, como suele llamarse ahora a este funcionario, aplica una norma a un caso concreto está de suyo generando otra norma, que muchos tienden a llamar "regla" o "subregla" para tratar de darle un carácter diferente y no confundirla con aquella que produce el legislador pero que, en suma, integra el ordenamiento jurídico que aquel está obligado a tener en cuenta al momento de resolver un caso concreto, pues el juez está llamado a actualizar la norma y hacer realizable al caso concreto los presupuestos constitucionales en que se funda hoy el Estado colombiano.

Huelga manifestar el carácter normativo y vinculante de nuestra Constitución Política y en ese sentido, considero, a diferencia del criterio que expresa la Sala, que la capacidad creadora de derecho por parte de quien ejerce la jurisdicción no solo se produce en aquellos casos en donde la ley es oscura o no exista un supuesto normativo que aplicar, pues se impone reconocer que la ley hoy no es el centro de imputación jurídica como lo entendieron los revolucionarios franceses, amen que, por regla general, toda norma jurídica es fuente de otra, cuya jerarquía

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte Constitucional sentencia C-539 de 2011. Magistrado Ponente, doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>8</sup> Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Universidad Autónoma de México, págs. 244 y 245.

dependerá de una serie de circunstancias, entre ellas, la naturaleza del órgano que la genere, pero de todas maneras fuente de derecho.

Sobre el particular es importante recordar lo que señalaba el filósofo argentino, Carlos Cossio, en el sentido según el cual se concibe más fácil un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, en la medida en que sin una aplicación de la norma jurídica el derecho deja de ser lo que es.<sup>9</sup>

El anterior razonamiento impone, como reiteradamente lo anticipó el juez constitucional<sup>10</sup>, una lectura diferente del artículo 230 de la Constitución, pues es claro que el juez en el ejercicio de su labor no puede quedarse simplemente en lo que señale la ley, entendida ésta en su sentido formal, pues siempre debe determinar su alcance, hacer una actualización de la misma al contexto social en que se va a aplicar, lo que lo llevará a generar un supuesto normativo que pasará a integrar o hacer parte del sistema jurídico y que tendrá que ser considerado cuando el mismo juez u otro deba resolver un caso con características similares, en donde, como bien lo advierte la providencia de la Sala, se impone una carga de argumentación adicional para el funcionario que decida no tener en cuenta la norma, regla o subregla que generó el caso anterior.

Esta argumentación va más allá de la simple afirmación según la cual el ejercicio de la jurisdicción impone únicamente el sometimiento **al imperio de la ley**, como lo ha venido reconociendo la Corte Constitucional de tiempo atrás y hoy lo hace el pleno del Consejo de Estado con la restricción expuesta. En mi criterio el concepto de “**imperio de la ley**” a que hace referencia el artículo 230 constitucional se refiere a todo el ordenamiento jurídico y no simplemente a la ley en sentido formal, en donde la decisión judicial entra a jugar un papel preponderante.<sup>11</sup>

En este punto específico la Corte Constitucional ha resaltado que:

*“(i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en*

---

<sup>9</sup> Cfr. CARLOS COSSIO. La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936., citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 1995.

<sup>10</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-539 y C-816 de 2011, entre otras.

<sup>11</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-131 y C-480 de 1993, C-083 de 1995 y C-836 de 2001.

*armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los*

*valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto.”<sup>12</sup>*

Considero respetuosamente entonces que una interpretación armónica de la Constitución exige, para entender el verdadero alcance del artículo 230 de la Constitución, abandonar la concepción decimonónica sobre la labor del juez y la

---

<sup>12</sup> Cfr. Sentencia C-539 de 2011 y C-836 de 2001.

desconfianza que éste generaba en los revolucionarios franceses, para reinterpretar el papel de la jurisprudencia y su carácter vinculante, con lo cual se harán realizables los principios y los derechos fundamentales, base del ordenamiento constitucional, en especial, el de igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

## **2. El carácter vinculante de las decisiones judiciales: algunas diferencias que deben ser tenidas en cuenta**

Creo importante referirme al carácter vinculante y obligatorio que, en nuestro ordenamiento, tienen ciertas decisiones proferidas por los jueces y el alcance del denominado precedente judicial, pues creo que existe cierto consenso en que no toda providencia puede ser tenida como un precedente ni que todas las decisiones judiciales tienen el mismo carácter vinculante.

Sabido es que las providencias que profiere la Corte Constitucional, desde la sentencia C-083 de 1995<sup>13</sup>, señalan que las decisiones del intérprete autorizado de la Constitución son un criterio vinculante de la labor judicial.

En dicho fallo se definió con suma claridad que el juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto generaba lo que se denomina **doctrina constitucional** la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma.

En ese sentido, desde las primeras sentencias de la Corte se reconoció que:

*“ si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. **Cuando la ignoran o contrarían no se apartan***

---

<sup>13</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz.

***simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar.”<sup>14</sup> (negrita fuera de texto).***

Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno.

Se lee en la sentencia C-539 de 2011:

*“... la Corte es la encargada de fijar la interpretación auténtica de los preceptos constitucionales, de manera que tienen un aspecto subjetivo, relativo al caso concreto, y objetivo, que implica consecuencias generales en cuanto determina el precedente judicial a ser aplicado en casos similares o análogos.*

*De otra parte, la Corte ha insistido en que sus sentencias de amparo tienen una proyección doctrinal vinculante, en cuanto se trata de interpretar la Constitución misma, lo cual debe tener un efecto multiplicador aplicable a los casos similares o análogos, por cuanto de lo contrario se desvirtuaría su verdadera esencia y se convertiría tan solo en otra instancia de una jurisdicción.”<sup>15</sup>*

Interpretación auténtica a la que los jueces de ninguna jerarquía pueden escapar bajo el argumento de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones, sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional.

---

<sup>14</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1995.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

Se exige un ejercicio de ponderación entre los principios de autonomía e independencia y los de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima. No basta que el juez argumente los primeros sin consideración alguna de los segundos.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucionalidad o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, esas decisiones pasan a formar parte de las fuentes formales del derecho y por ende vinculan a todos los jueces. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional al señalar que:

*“... si bien la parte resolutive de los fallos de revisión obligan tan solo a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto concreto revisado y que en cuanto fija el contenido y alcance de los preceptos constitucionales, hace parte del concepto de “imperio de la ley” a la cual están sujetos los jueces y las autoridades públicas de conformidad con el artículo 230 Superior”<sup>16</sup>*

En consecuencia, en tratándose de la doctrina constitucional, basta un pronunciamiento de esa Corporación para que sea vinculante y obligatoria la decisión. En donde, valga decirlo, constituye doctrina constitucional la parte de la sentencia que fija el alcance de la norma constitucional o del derecho fundamental correspondiente, es decir, la llamada *ratio decidendi*. En la sentencia C-036 de 1996 se indicó que todas las expresiones de la parte motiva que tengan *“una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”* tienen fuerza vinculante.

Los jueces solo podrán apartarse de esa doctrina cuando los supuestos del caso sometido a su conocimiento difieran del que resolvió la Corte, razón que hace inaplicable la *ratio decidendi* de la sentencia o demuestren que los valores, los principios o derechos constitucionales se verán protegidos de una mejor manera con la interpretación que el funcionario judicial hará para el caso concreto.

Es ésta, entonces, una carga de argumentación por parte del juez que no desconoce el carácter vinculante de la doctrina constitucional, como parece

---

<sup>16</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011 y C-251 de 2001.

deducirlo la Sala Plena en el fallo de la referencia, en sentido general refiriéndose a la jurisprudencia, al señalar que, como los jueces se pueden apartar de una decisión anterior, en este caso, por el juez constitucional, ello le imprime a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia en general un carácter relativamente vinculante.

No. El carácter vinculante y obligatorio se mantiene, lo que sucede es que al igual que la ley, en casos determinados, su aplicación resultaría contraria a los mismos fundamentos constitucionales que le dieron origen, razón por la que en un ejercicio de ponderación y razonabilidad el juez correspondiente no debe aplicarla. Esa excepcionalidad no hace desaparecer el carácter vinculante que aquella y ésta tienen.

Ahora bien, en relación con la fuerza vinculante de la jurisprudencia de las llamadas Altas Cortes, en este caso, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, es necesario señalar que cuando éstas cumplen la función constitucional de unificar la jurisprudencia en torno a un tema, están generando un **precedente de obligatorio** acatamiento para los jueces, la administración y los administrados en general.

En ejercicio de esa función: la de unificación, los órganos de cierre brindan coherencia al sistema jurídico, al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de unificación por el órgano competente, los jueces pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como el de la seguridad jurídica y la confianza legítima.

La coherencia en el sistema, implica aceptar de una vez por todas que cuando se presente la unificación jurisprudencial ella es obligatoria para todos los jueces sin distinción de jerarquía. En donde una modificación o cambio del criterio jurisprudencial, ha de exigir, como debe ser, la suficiente carga de argumentación para hacer compatible los derechos, principios y valores constitucionales, con la

función dinámica, renovadora y de actualización que tiene la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico.

De lo expuesto, se deduce la importancia de los mecanismos de unificación y extensión de la jurisprudencia que se contempla en los artículos 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, es importante señalar que cada juez, en ejercicio de su función, está obligado a acatar y aplicar sus anteriores decisiones, es decir, está atado a lo que ha decidido previamente, salvo que en forma clara y razonada explique las razones que lo llevan a no aplicar el criterio empleado en decisión anterior. Es decir, el precedente horizontal también, a mi modo de ver, tiene un carácter vinculante y obligatorio para el juez que lo produjo, a efectos de no desconocer los principios a la igualdad, a la seguridad jurídica y de confianza legítima de quienes acuden a un mismo despacho judicial.

Respetuosa y comedidamente me permito aclarar en síntesis, que mientras el fallo de la referencia considera “relativamente vinculante los precedentes judiciales” sólo en aquellos casos en donde la norma no sea lo suficientemente clara y pertinente, el suscrito respetuosamente discrepa de ello en cuanto considero que el precedente puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva.

En los anteriores términos dejo expuestas brevemente las razones de mi voto en relación con el fallo de la referencia y mi complacencia con el mismo.

*Fecha ut supra,*

**ALBERTO YEPES BARREIRO**