



Bogotá, D.C., sello (11 feb. 2011)

**Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.**

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, “*Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*”.
Demandante: FRANKY URREGO ORTIZ.
Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
Expediente D-8351.
Concepto 5084.

De conformidad con lo previsto en los artículos 242, numeral 2°, y 278, numeral 5°, de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda que en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1°, de la Carta, instauró el ciudadano FRANKY URREGO ORTIZ contra algunas expresiones del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, “*Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*”, cuyo texto legal, con lo demandado en negritas, es el siguiente:

LEY 1395 DE 2010
(julio 12)
Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.
EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 114. *Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.*



Concepto 5084.

1. Planteamientos de la demanda.

El actor considera que las expresiones demandadas vulneran el preámbulo y los artículos 2°, 4°, 13, 83, 209, 230 y 241 de la Carta Política. Aduce que el limitar el alcance de los precedentes a unas precisas materias, con exclusión de otras, va en contra de la vigencia de un orden justo y del derecho a la igualdad de trato; que el no incluir dentro de tales precedentes los producidos por la Corte Constitucional, a pesar de existir y de cumplir con las condiciones para ser tenidos por tales, es contrario a la seguridad jurídica; que los límites en cuanto a la materia y a la fuente de los precedentes, conlleva a su inaplicación en muchos casos, lo que va en desmedro de los principios de economía, celeridad y eficiencia de la administración de justicia; y que el reconocer la existencia de un precedente sólo cuando éste se haya reconocido en cinco o más casos análogos, no es acorde con la interpretación que de la Carta hace la Corte en la Sentencia C-836 de 2001, en la cual habla de tres o más casos.

2. Problemas jurídicos.

Corresponde determinar si las expresiones demandadas, al limitar en la materia y en la fuente, la aplicación del precedente jurisprudencial, vulneran el derecho a la igualdad de trato y los principios de vigencia de un orden justo, seguridad jurídica, economía, celeridad y eficiencia de la administración de justicia; y si el exigir que un precedente se haya reconocido en cinco o más casos análogos, y no en tres, como se establece en la Sentencia C-836 de 2001, va en contra de la Carta Política.

3. Aclaración previa.

Es menester advertir que las expresiones demandadas, que hacen parte del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, a partir de la vigencia la Ley 1437 de 2011, o nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso



Concepto 5084.

Administrativo, circunstancia prevista para el 2 de julio de 2012, al tenor de lo dispuesto en el artículo 308 de la ley, quedará derogado. Las medidas transitorias en esta materia de la Ley 1395 de 2010 serán reemplazadas por las medidas permanentes de la Ley 1437 de 2011. No obstante, al estar la norma que contiene las expresiones demandadas vigentes en este momento, se procede a emitir concepto sobre la constitucionalidad de la misma.

4. Análisis jurídico.

Antes de considerar los problemas jurídicos planteados es necesario revisar nuestro sistema de fuentes, la teoría del precedente y su desarrollo en varias sentencias relevantes de la Corte, como se hace enseguida.

El sistema de fuentes está establecido en el artículo 230 Superior, en los siguientes términos:

Artículo 230. Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

En armonía con este texto la Corte, en la Sentencia C-083 de 1995, declaró exequible el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que dice:

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

El precedente judicial no aparece, en principio, como una fuente de derecho, sino como un mero criterio auxiliar de la actividad de los jueces; y no se aplica sino en ciertos casos: en los que no haya ley exactamente aplicable. No obstante, sobre el precedente judicial la Corte, en al menos ocho sentencias, ha elaborado toda una teoría que difiere de la antedicha apreciación. Esta teoría se construye bajo la vigencia de la Carta de 1991, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, sobre la base de principios como los



Concepto 5084.

de supremacía de la Constitución, primacía de los derechos inalienables de las personas y prevalencia del derecho sustancial.

La primera de las sentencias referidas, es la C-113 de 1993. En ella la Corte estudia la constitucionalidad de una expresión del inciso 2° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que regula el trámite de los procesos y actuaciones ante la Corte Constitucional. Esta norma regulaba los efectos de las decisiones de la Corte, que sólo podrían ser hacia el futuro, salvo en tres materias: penal, policiva y disciplinaria, para garantizar el principio de favorabilidad. El problema que se plantea en la sentencia es el de cuál es la autoridad que debe fijar los efectos en el tiempo de las decisiones de la Corte Constitucional. La respuesta que la Corte da al problema es la siguiente: *“sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”*. Por ello declara inexecutable la norma demandada, la del inciso 4° del mismo artículo 21 y la del artículo 24 del Decreto 2067 de 1991.

La segunda de las sentencias en comento, es la C-131 de 1993. En ella la Corte estudia la exequibilidad del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, que señala los requisitos para presentar una acción de inconstitucionalidad, y de una expresión del artículo 23 ibidem, según la cual la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte *“será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia”*. El problema que se plantea en la sentencia es si resulta constitucional que un decreto señale los efectos de las decisiones de la Corte y el alcance de su doctrina. A este problema añade la Corte otro: qué parte de las sentencias tiene fuerza de cosa constitucional. Para responder el primer problema, la Corte reitera lo dicho en la Sentencia C-113 de 1993, en los siguientes términos: *“Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias. (...) Se trata pues de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la*



Concepto 5084.

Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C.P. art. 241)”. Para responder el segundo problema, la Corte distingue entre cosa juzgada explícita y cosa juzgada implícita, de la siguiente manera:

3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de cosa juzgada?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión de aquellos.

La tercera de las sentencias examinadas es la C-083 de 1995. En ella la Corte estudia la constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 153 de 1887, atrás citado. El problema que se plantea en la sentencia es si esta norma fue derogada por la nueva Constitución, valga decir, si se presenta una inconstitucionalidad sobreviniente. Para responder este problema la Corte parte de la base de considerar que: *“Lógicamente, en el derecho no hay lagunas porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta”*. Después de razonar sobre los conceptos de analogía, doctrina constitucional y reglas generales de derecho, para precisar la noción de jurisprudencia constitucional, la Corte distingue entre la función interpretativa y la función integradora de dicha doctrina, en los siguientes términos: *“Es un instrumento orientador, mas no obligatorio como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución –Ley suprema-, la que se aplica”*.

La cuarta de las sentencias en mención es la C-037 de 1996. En ella la Corte ejerce el control de constitucionalidad sobre la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. En lo relevante para este caso, se declara inexecutable algunas expresiones de los artículos 45 y 48 de dicho estatuto. Del artículo 45 sólo se considera executable la siguiente expresión del inciso primero: *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos*



Concepto 5084.

sujetos a control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario". Las expresiones restantes, relativas a las condiciones para los efectos retroactivos, se declara inexecutable. Del artículo 48 se declara la exequibilidad condicionada del numeral segundo, con la advertencia de que además de la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad, las expresiones de la parte motiva de éstos que guarden *"una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive"*, tienen fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. Algunas expresiones del numeral primero del artículo en comento se declaran inexecutable.

La quinta de las sentencias en cuestión es la C-037 de 2000. En ella la Corte estudia la exequibilidad del artículo 40 de la Ley 40 de 1913, sobre el Régimen Político y Municipal, y del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, normas que establecen un orden jerárquico entre la ley, los reglamentos y las órdenes administrativas en los niveles departamental y municipal. Luego de precisar el sistema jerárquico normativo a la luz de la Carta de 1991, la Corte plantea el siguiente problema jurídico: *¿Tiene cabida la excepción de ilegalidad en el marco normativo de la Constitución de 1991?* El problema se resuelve con una respuesta afirmativa, con la precisión de que *"su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas supremas, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa"*. Además de radicar el ejercicio de la excepción de ilegalidad en la jurisdicción administrativa, la Corte declara inexecutable la expresión *"doctrina legal más probable"*, por considerar que se trata de un concepto ambiguo que no se adecua al sistema de fuentes dispuesto por la Constitución de 1991. En cuanto a la obligatoriedad y alcance de la jurisprudencia, la Corte reitera lo dicho en la C-037 de 1996, al sostener que la jurisprudencia de las altas cortes es optativa, en los términos del artículo



Concepto 5084.

4° de La ley 69 de 1896, mientras que la doctrina integradora de la Corte Constitucional es obligatoria.

La sexta, y quizá la más destacada, de las sentencias *sub examine* es la C-836 de 2001. En ella la Corte estudia la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 69 de 1896, que precisa la noción de “*doctrina probable*”, su alcance y aplicación. Dos son los problemas jurídicos planteados: si los jueces inferiores en una jurisdicción pueden apartarse de los precedentes reconocidos por el órgano de cierre de la misma, y si ese órgano de cierre puede apartarse de sus propios precedentes. Entre otras, sobre la base de la igualdad de trato, la Corte asume que, “*en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley*”. Por ello, al resolver el primer problema, dice la Corte: “*cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación*”. Este deber se matiza en el caso de que el juez satisfaga una “*carga argumentativa*” que justifique el no seguir los precedentes del órgano de cierre de la respectiva jurisdicción. En palabras de la Corte:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

(...)

Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. (...) Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse



Concepto 5084.

como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

Sobre la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, vale la pena traer a cuento lo que dice el Magistrado Cepeda en su aclaración de voto, a saber:

Como la Constitución es norma de normas, el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta (...) Por eso, las sentencias de la Corte Constitucional son para un juez fuente obligatoria de derecho.

La séptima de las sentencias a las que se pasa revista es la T-292 de 2006. En ella la Corte hace tres aportes destacados al proceso de desarrollo jurisprudencial bajo estudio.

El primero es afirmar que el respeto al principio de la seguridad jurídica implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de tal suerte que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “*sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta*”.

El segundo es distinguir entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, a partir de la cual se ratifica la obligatoriedad de algunos contenidos de la parte motiva de los fallos, tanto en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, por lo que “*las autoridades y los particulares están obligados a acatar los postulados vinculantes de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, en aquellos aspectos determinantes de la decisión que sustenten la parte resolutive de tales providencias, así como frente a los fundamentos que la misma Corte indique*”.



Concepto 5084.

El tercero es precisar las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, al decir: *“la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”*.

La octava y última sentencia de este recuento es la C-335 de 2008. En ella la Corte estudia la exequibilidad del artículo 413 del Código Penal, que establece el tipo penal de prevaricato por acción. Luego de reiterar lo dicho en las anteriores sentencias, la Corte afirma que el carácter vinculante de la jurisprudencia redundante en una mayor coherencia del sistema jurídico, garantiza el derecho a la igualdad de trato y contribuye a la seguridad jurídica. Destaca que el delito por prevaricato por acción describe la conducta de los servidores públicos que emiten decisión, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Constitución, a la ley o a un acto administrativo de carácter general, en los términos indicados de manera constante por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y, además, precisa que *“Existen casos en los cuales un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción, no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”*.

Los problemas planteados se enmarcan dentro de la teoría de la omisión legislativa relativa. De ésta la Corte se ocupa en numerosas sentencias, entre las cuales puede destacarse las siguientes: C-427 de 2006, C-1433 de 2000, C-1064 de 2001, C-370 de 2006 y C-209 de 2007. En defensa del principio democrático, la Corte precisa en las sentencias en comento que la acción de inconstitucionalidad sólo procede en casos de omisión legislativa relativa, es



Concepto 5084.

decir, que no procede en casos de omisión legislativa absoluta. Sobre el particular dice la Corte en la Sentencia C-209 de 2007:

(...) cuando se plantean cargos de inconstitucionalidad por omisiones legislativas, sólo son admisibles los que se refieren a omisiones legislativas relativas, y no a omisiones legislativas absolutas. Así, ha precisado que quien alega la inconstitucionalidad de una norma, por existencia de una omisión legislativa relativa, tiene la carga de demostrar (i) que existe norma constitucional expresa que contemple el deber de expedir la norma que la desarrolle; (ii) que el Legislador omitió tal obligación, sin que mediara motivo razonable a pesar de que reguló parcialmente la misma materia; (iii) que la conducta omisiva propicia una desigualdad de trato injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma.

La simple lectura de las expresiones demandadas permite apreciar una doble omisión: la del precedente reconocido por la Corte Constitucional y la de no aplicación del precedente en materias distintas a las señaladas de manera expresa y taxativa en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

La primera omisión, la del precedente constitucional, además de no parecer razonable, se opone a lo dicho, al aplicar la Constitución, por la Corte. Como se ha puesto de presente, si bien el artículo 230 Superior dice que la jurisprudencia es una fuente auxiliar de la actividad judicial, en por lo menos ocho decisiones la Corte sostiene que el precedente constitucional, en tanto su manifestación como doctrina integradora, es una fuente formal y obligatoria de derecho. De esto no cabe duda, como lo deja claro la propia Corte en la Sentencia T-292 de 2006, al decir:

Respetar el precedente constitucional para quienes administran justicia no es una opción más dentro de nuestro complejo sistema jurídico, sino un deber, especialmente porque es a través del ejercicio de esta actividad que se asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales.

Siendo un deber constitucional el respetar el precedente, a menos que exista una justificación razonable, el legislador no puede omitir este deber. En el presente caso se reconoce la obligatoriedad de los precedentes reconocidos por órganos de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción contencioso administrativa, pero no de los precedentes reconocidos por el máximo órgano



Concepto 5084.

de la jurisdicción constitucional, sin que haya justificación alguna, razonable o irrazonable, para esa omisión y, por ende, para dar un trato diferente a las personas. La omisión desconoce la Constitución y, además, los precedentes constitucionales relevantes para el caso, pues como lo advierte la Corte en la Sentencia C-292 de 2006, *“Al ser [la Corte] la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”*.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicitará a la Corte declarar exequible de manera condicionada la expresión: *“que en materia ordinaria o contenciosa administrativa,”* contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el sentido de que se incluya como criterio obligatorio de interpretación, con prelación sobre los demás precedentes, a los precedentes reconocidos por la Corte Constitucional al realizar el control de constitucionalidad, tanto abstracto como concreto.

La segunda omisión, relativa a las materias no relacionadas en la enunciación taxativa que hace la expresión demandada, plantea un posible conflicto entre el principio de fuerza normativa del precedente y la finalidad de la ley, que busca adoptar medidas de descongestión judicial. Este conflicto es sólo hipotético, pues si el precedente judicial es fuente formal y obligatoria de derecho, como se deja en claro en los párrafos anteriores, no parece razonable considerar que la ley pueda limitar el alcance de esta fuente sólo para algunos casos y no para otros, así se trate de unas medidas cuyo propósito es descongestionar la administración de justicia.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicitará a la Corte declarar exequible de manera condicionada la expresión: *“encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos*



Concepto 5084.

oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros,” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido de que el precedente judicial es fuente formal y obligatoria de derecho en estos casos y en los demás casos que deban ser estudiados por “entidades públicas de cualquier orden”.

En cuanto a la condición de haber sido reconocido en cinco o más casos análogos, que se impone para aplicar el precedente judicial, dada la relativa novedad del precedente como fuente formal y obligatoria de derecho, como se da cuenta en este documento, no parece irrazonable ni contrario a la Carta que el legislador, en una norma destinada a adoptar medidas de descongestión judicial, que por su misma naturaleza y propósito no están llamadas a ser permanentes, y de cara a preservar la seguridad jurídica, mientras la jurisprudencia se consolida, establezca dicha condición.

Por lo anterior, el Ministerio Público solicitará a la Corte declarar exequible la expresión: *“se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”*, contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

5. Conclusión.

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte:

- Declarar exequible de manera condicionada la expresión: “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa,” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el sentido de que se incluya como criterio obligatorio de interpretación, con prelación sobre los demás precedentes, a los precedentes reconocidos por la Corte Constitucional al realizar el control de constitucionalidad, tanto abstracto como concreto.

- Declarar exequible de manera condicionada la expresión: “encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales



Concepto 5084.

de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros,” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido de que el precedente judicial es fuente formal y obligatoria de derecho en estos casos y en los demás casos que deban ser estudiados por “entidades públicas de cualquier orden”.

- Declarar exequible la expresión: “se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”, contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

LJMO/Nroa