



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El precedente judicial como fuente formal y material del Procedimiento Administrativo Colombiano

Johana Carolina Gutiérrez Torres

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2014

El precedente judicial como fuente formal y material del Procedimiento Administrativo Colombiano

Johana Carolina Gutiérrez Torres
Código: 285815

Tesis o trabajo de investigación presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho Administrativo

Director:
Doctor Andrés Abel Rodríguez Villabona

Línea de Investigación:
Jurídico Descriptiva

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2014

A Dios, mis padres y mi maestro

La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes. Es la receta con que Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo. La Ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado.

Juan Bautista Alberdi

Resumen

En este trabajo se realizó una narración descriptiva de una problemática actual, los jueces en Colombia crean derecho y esos principios y reglas deben ser observados. Se analizó si existe o no una transformación del sistema de fuentes del derecho, sumergiéndonos en el sistema escrito colombiano, luego en la reinterpretación que ha dado la Corte Constitucional al artículo 230 superior y por último estudiando la figura de la unificación de la jurisprudencia, de acuerdo a los cambios legales y jurisprudenciales, que han tenido como resultado el establecimiento de un sistema fuerte del precedente en Colombia. Luego la evolución de la obligatoriedad del precedente judicial, emitido por la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, gracias a la expedición de leyes recientes y de la tesis planteada por el Tribunal Constitucional y tercero, un examen del valor del precedente bajo algunos principios del derecho administrativo colombiano, tales como la legalidad, igualdad y seguridad jurídica y por último obligatoriedad del precedente judicial en el nuevo procedimiento administrativo colombiano y las consecuencias de no aplicarlo por parte de funcionarios judiciales y de las autoridades administrativas.

Palabras clave: Precedente judicial, jurisprudencia, obligatoriedad, fuentes del derecho, procedimiento administrativo, fuente formal, fuente material.

Abstract

This paper presents a descriptive account of a current problem was performed, judges make law in Colombia and those principles and rules must be observed. We analyzed whether or not there is a transformation of the system of sources of law, immersing us in the Colombian written system, then the reinterpretation given the Constitutional Court Article upper 230 and finally studying the figure of the unification of jurisprudence, according to legal and jurisprudential changes, which have resulted in the establishment of a strong system of precedent in Colombia. Then the evolution of mandatory judicial precedent issued by the Constitutional Court, and the Council of State, through the issuance of recent legislation and the submission made by the Constitutional Court and third, an examination of the value of above under some principles of Colombia such as legality, equality and legal certainty and finally mandatory judicial precedent in the new Colombian administrative procedure and the consequences of not applying by judicial and administrative authorities administrative law.

Keywords: Law, rules, precedent, jurisprudence, strong system, judges, sources of law

Contenido

	Pág.
Resumen y Abstract.....	VII
Introducción	1
1. Transformaciones en el sistema de fuentes del derecho.....	5
1.1 Colombia, un sistema de derecho escrito.....	7
1.2 La interpretación del artículo 230 de la constitución política de Colombia.....	10
2. Evolución de la obligatoriedad del precedente judicial.....	21
2.1.- Obligatoriedad del precedente constitucional.....	22
2.2 Obligatoriedad de la jurisprudencia del Consejo de Estado	26
3. Obligatoriedad del precedente judicial en el Nuevo Procedimiento	
Administrativo Colombiano.....	37
3.1.- Ratio decidendi.....	40
3.2.- Apartamiento de las autoridades administrativas del precedente judicial.....	43
3.3.- Desobediencia del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas	46
4. Conclusiones.....	51
Bibliografía	55

Introducción

El Derecho Colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, que ha evolucionado desde el derecho positivo hasta llegar a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Este desarrollo se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución de 1991, según la cual la jurisprudencia, que explica el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez. La labor del juez ya no se restringe a complementar la ley, sino que también se erige como un órgano que crea derecho por conducto de la jurisprudencia, tema que ha sido ampliamente estudiado, desde la óptica judicial.

Sin embargo, con los fallos emitidos por la Corte Constitucional y la expedición de leyes, tales como la ley 1437 de 2012 (código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo) impuso el estudio de la obligatoriedad del precedente desde la óptica de la función administrativa, pues no tan sólo el servidor público está sujeto a las normas constitucionales y legales, reglamentos y actos administrativos, sino que está en la obligación de tener en cuenta los fallos constitucionales y del Consejo de Estado como máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para tomar sus decisiones, so pena de incurrir en inobservancia del ordenamiento jurídico colombiano, con la imposición de sanciones penales y disciplinarias.

Es así, como la labor creadora del Consejo de Estado máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo, consiste en la actualidad, en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento que deben ser adoptadas tanto por los jueces como por las autoridades administrativas. Labor de los jueces es ahora constructiva, en donde los principios y reglas no son inseparables al ordenamiento, ni son descubiertos por éste, sino que, como fuentes materiales, son un producto social creado

judicialmente, necesario para permitir que el sistema jurídico sirva su propósito como elemento regulador y transformador de la realidad social.

Mi objetivo con este trabajo es realizar una narración descriptiva de una problemática actual, que obliga a los servidores públicos y particulares a estar en sintonía con un hecho innegable, los jueces en Colombia crean derecho y esos principios y reglas deben ser observados. Trataré de dar respuesta al interrogante ¿existe cambio en el sistema de fuentes del derecho al implantar en el procedimiento administrativo colombiano la obligatoriedad del precedente? y así sabremos si con los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la expedición de leyes, tales como la ley 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se alteró el sistema de fuentes del derecho o si por el contrario se mantuvo incólume nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo anteriormente expuesto este estudio titulado “*El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo colombiano*”, abordará el tema bajo el marco de tres ideas claves: la primera analizando si existe o no una transformación del sistema de fuentes del derecho, sumergiéndonos en el sistema escrito colombiano, luego en la reinterpretación que ha dado la Corte Constitucional al artículo 230 superior y por ultimo estudiando la figura de la unificación de la jurisprudencia, de acuerdo a los cambios legales y jurisprudenciales, que han tenido como resultado el establecimiento de un sistema fuerte del precedente en Colombia; segundo, abordaremos la evolución de la obligatoriedad del precedente judicial, emitido por la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, gracias a la expedición de leyes recientes y de la tesis planteada por el Tribunal Constitucional y tercero, un examen del valor del precedente bajo algunos principios del derecho administrativo colombiano, tales como la legalidad, igualdad y seguridad jurídica y por ultimo obligatoriedad del precedente judicial en el nuevo procedimiento administrativo colombiano y las consecuencias de no aplicarlo por parte de funcionarios judiciales y de las autoridades administrativas.

Todo esto para concluir que la obligatoriedad del precedente judicial en la función administrativa no alteró el sistema de fuentes, bajo los argumentos e interpretación que ha esgrimido a la Corte Constitucional, debido a que, su aplicación y observancia es obligatoria para los servidores públicos, que en caso de que pretendan apartarse o

inaplicar estos precedentes se les exigirá una mayor carga argumentativa y que su inaplicación acarreará a los operadores administrativos la imposición de condenas disciplinarias, penales, fiscales y contenciosa administrativas según el caso.

1. Transformaciones en el sistema de fuentes del derecho

En los sistemas de tradición romano germánica como Colombia, la ley era la única fuente del Derecho, se rendía pleitesía al Derecho positivo, se seguía la noción clásica de las fuentes del Derecho y se consideraba que todo lo que no estuviese plasmado en leyes, decretos, reglamentos, etc, no existía. Como fuentes formales se ubica a la ley, y como fuente real o material se tenían a la jurisprudencia, la doctrina, los usos y la costumbre y los principios generales del Derecho (Jiménez. 2009. p. 23). En el mundo jurídico se presentó una convergencia entre las dos familias jurídicas, Common Law y Civil Law, en punto a la importancia de la jurisprudencia y de la ley. En palabras de Gilberto Zúñiga Blanco (2007) “Se disminuyó la distancia entre ambas familias, tornándose en inadecuada e incompleta la visión diferenciadora de las dos corrientes jurídicas (p. 106).

Colombia sufrió una transformación por la adopción de influencias externas, así como internas. En los años treinta del siglo XX tuvo lugar un fenómeno particular, la Corte Suprema de Justicia, conformada en aquel entonces por un grupo de célebres juristas, y conocida para la posteridad como la Corte de Oro, profirió varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes y que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa (Pulido. 2008. p 108).

El argumento positivista, perdió su poderío, así como el concepto formalista que indica que las fuentes del derecho son “las formas de manifestación de las normas” (Latorre. 2000 p. 51). Las fuentes del derecho fueron vistas a través de una óptica material, de acuerdo a lo planteado por el Tratadista Valencia (2007) como “el conjunto de fenómenos sociales, que determinan la materia o contenido de las normas jurídicas” (p.121). Y de acuerdo a lo afirmado por Sierra Porto la expresión fuentes del derecho, significó “cuál

es el origen de las normas y cuál es el fundamento de las mismas” (Sierra. 1998. p. 44-45).

Esta nueva visión del Derecho, producto de la osadía que tuvieron gran parte de los integrantes de la llamada Corte de Oro y de las nuevas corrientes de pensamiento que permearon el ordenamiento jurídico colombiano, introdujeron elementos y figuras propias del sistema de fuentes del Common Law, que empezaron a abrirse paso y se instituyeron, ejerciendo gran influencia ante jueces y magistrados de inferior jerarquía, así como a litigantes, quienes de forma directa e indirecta empezaron a referir los fallos en sus escritos, herencia que aun hoy se emplea antes de emitir una decisión o presentar algún memorial.

De acuerdo a la tesis planteada por Diego Eduardo López, en Colombia a partir de 1991, paulatinamente se ha implantado un sistema fuerte de precedentes vinculantes (2004):

En el año de 1991 con la creación de la Corte Constitucional y la expedición del Decreto 2067 de 1991, se sugiere por parte de la Corte Constitucional, aunque con alguna ambigüedad un sistema fuerte de precedentes vinculantes, que se empieza a practicar entre los años de 1992 y 1993. Pero es preciso anotar cómo también en fallos tempranos (1992-1995) la Corte expresó fuertes disensos a su interior sobre el tema. Fue tan solo en el llamado segundo período (1995-2005) cuando la Corte Constitucional adopta una posición mucho más asertiva en relación con el valor de la "doctrina constitucional", esta línea argumentativa terminará triunfando al interior de la Corte, que finalmente anuncia de manera unánime y en sala plena una doctrina fuerte del precedente en la Sentencia C-037/96 con la que desarticula el sentido tradicionalista del artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (p. 60).

No obstante lo anterior, no puede afirmarse que con la Constitución Política de Colombia de 1991 haya habido un cambio en materia de fuentes formales del derecho en Colombia, pues como lo veremos más adelante, los precedentes y su vinculatoriedad vienen de antaño, tan sólo en 1991 adquirieron bases constitucionales tradicionales principios que antes sólo tenían piso legal o doctrinal, y se le otorgó a la jurisprudencia el valor y alcance que de hecho había obtenido.

En la actualidad nuestras fuentes formales del derecho son la ley y la jurisprudencia, lo que el Maestro García Máynez llamó “los procesos de creación de las normas jurídicas” (García, 1990, p. 51) y la rama del derecho Según el Dr. García Enterría, que es ejemplo de este híbrido de sistemas jurídicos es el Derecho Público, específicamente el Derecho Administrativo donde hemos recibido la más grande influencia francesa, pues como es bien sabido, ha sido de creación jurisprudencial bajo la protección del Consejo de Estado, “la más anglosajona de las instituciones de Francia” (García. 1999. p. 26)

Colombia adoptó como suyas figuras jurídicas que pertenecían a sistemas jurídicos diferentes al nuestro, integrándolas y desvirtuando la posición única y dominante que ejercía la ley en sentido formal, en palabras de Norberto Bobbio (1987):

Los ordenamientos jurídicos se componen de una miríada de normas que no provienen de una fuente exclusiva o única, y que generalmente operan a través de lo que él denomina ordenamientos jurídicos complejos. En todo ordenamiento el último punto de referencia de toda norma es el poder originario, es decir, el poder más allá del cual no existe otro poder sobre el cual justificar el ordenamiento jurídico. El poder originario, una vez constituido, crea para sí mismo, nuevos centros de producción jurídica, atribuyendo a los órganos ejecutivos el poder de producir normas integradoras subordinadas a la legislación (p. 158)

Es decir, las fuentes del Derecho no solamente son los actos y los hechos de los cuales depende la producción de normas jurídicas, sino también los actos y hechos jurídicos de los cuales se hace depender la producción de normas que regulan el modo como se han de producir las reglas. En otros términos, el ordenamiento jurídico regula la propia producción normativa

1.1 Colombia, un sistema de derecho escrito

Desde el comienzo de la República, el Derecho Colombiano se constituyó como un sistema de Derecho Continental, heredado del Derecho Español de la época de la Colonia. Sin embargo, No escapamos de la influencia post-revolucionaria francesa de codificar, que le otorgaba a la ley un lugar principal en el derecho y atribuía a la jurisprudencia sólo el carácter de criterio auxiliar. En palabras de Carlos Bernal Pulido (2008) “estos dos pilares del sistema del derecho continental fueron reconocidos por el

aún vigente Código Civil de 1873, redactado por don Andrés Bello con clara inspiración del Código Napoleónico de 1804” (p.89)

En vigencia de la Constitución Nacional de 1886, las fuentes del derecho en Colombia tuvieron jerarquía legal y no constitucional. Estas fuentes fueron consagradas, de manera general, en los artículos 4° del Código Civil; 8° de la Ley 57 de 1887; 8° y 13° de la Ley 153 de 1887; 4°, 5° y 37°, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 19° del Código Sustantivo del Trabajo (Ramos. 1992. p. 67).

El Art.19 del Código Sustantivo del Trabajo consideró a la Jurisprudencia como fuente equiparable a la ley, se les confirió a los jueces la potestad de aplicar la jurisprudencia y la doctrina a falta de ley exactamente aplicable, constituyéndose entonces en fuentes formales del derecho laboral, contrario de lo que ocurría con el derecho común. Posteriormente, en forma explícita en el artículo 4 de la ley 169 de 1896 estableció que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de casación sobre un mismo punto del derecho, constituía doctrina probable.

Las fuentes formales del derecho colombiano adquirieron rango constitucional con la expedición de la Carta del año 1991 (Zuñiga. 2007. p. 106). El artículo 230 de la Constitución Política de 1991 inicialmente reiteró la formulación tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia. De acuerdo con este artículo 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. De acuerdo a la tesis de tratadista Estrada (2003) “fiel a la voluntad del constituyente, esta interpretación sostiene que la constitución definió a la ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial (Estrada. 2003. p. 50).

Sin embargo, esta interpretación exegética de la norma constitucional, fue modulada por la Corte Constitucional, quien paulatinamente le otorgo otro sentido al artículo 230 superior. En palabras de Jorge González Jácome “en la medida en que las fuentes del derecho reflejan una lucha política al interior de los estados modernos, algunos pronunciamientos de los jueces obligados a sustentar dentro del ordenamiento jurídico nos puede ayudar a aclarar el panorama” (González. 2006. p. 268). Inicialmente la Corte

señaló en la sentencia C-131 de 1993, que las fuentes del derecho pueden ser formales o materiales. Respecto a las primeras realizó un análisis del artículo 230 de la Constitución Política, indicando que constitucionalmente las mismas se clasifican en dos grupos los cuales poseen diferente jerarquía: una fuente obligatoria: el imperio de la ley y las fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

Posteriormente, en la sentencia C - 083 de 1995 sostuvo que al señalar a la jurisprudencia, como criterio auxiliar de la actividad judicial, debe entenderse que el constituyente quiso darle un mayor alcance a este concepto, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea con sus fallos, pautas de orientación a los tribunales y jueces, lo hacen también otras corporaciones judiciales como son el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y afirmó que las orientaciones establecidas en dichas sentencias no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales.

Luego, con la Sentencia de unificación SU - 047 de 1997, aparece el momento más importante en la tesis sobre el precedente judicial en Colombia, donde se explicó el concepto y alcance del precedente Jurisprudencia. Es así, como la Corte Constitucional acoge la tesis según la cual, la jurisprudencia hace parte del imperio de la ley, y a través de todos sus análisis, indica las razones por las cuales ello es así dentro del marco de la Constitución de 1991 (SU - 047 de 1997).

La Constitución, la ley en sentido formal, los actos administrativos y la jurisprudencia (*ratio decidendi* y *resuelve*) son considerados fuentes del derecho obligatorias, la equidad, la jurisprudencia (entiéndase *obiter dicta*), los principios generales del derecho y la doctrina, son considerados criterios auxiliares de la actividad de los jueces. Tesis que llevaron a concluir a la Corte que los pronunciamiento de las altas cortes son fuente obligatoria, lo que en palabras de profesor González Jácome (2006) “muestra que nuestro sistema jurídico se adaptó a realidades sociales y evolución del derecho” (González. 2006. p. 280). Respaldada dicha afirmación con el hecho de que en la práctica altas cortes y litigantes utilizan como fuente directa la jurisprudencia para resolver sus casos

1.2 La interpretación del artículo 230 de la constitución política de Colombia

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y con el nacimiento de la Corte Constitucional, hemos visto como a través del trasegar jurídico de más de 13 años, nuestro ordenamiento jurídico ha tenido una serie de variaciones de tipo legal, que no son precisamente el resultado de una iniciativa legislativa. Todos estos cambios han surgido debido a la importancia que han adquirido los fallos de las altas corporaciones, en especial los emitidos por la Corte Constitucional, los que ajustaron la acepción y valor de la jurisprudencia que tenemos en la actualidad, dándoles el valor de precedente.

El artículo 230 norma constitucional que describe las fuentes del derecho en Colombia establece “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”. Comencemos reconociendo lo que para Carlos A Echeverry (2000) ha sido la definición más bella de imperio de la ley, que la dio [Enrique VI de Inglaterra](#) al decir: “La ley es lo más inherente al rey, porque por la ley, él mismo y todos sus sujetos son reglados y si la ley no existiera, nulo rey y nula su inherencia será” (p.206). Así las cosas, estamos bajo el imperio de la ley cuando las normas que delimitan el actuar de los ciudadanos hacen parte de las leyes que están vigentes.

Para la Corte Constitucional, máximo órgano de control de la Carta Política no fue fácil el reconocimiento de la obligatoriedad del precedente. Para que consiguiera reconocer que la jurisprudencia formaba parte del imperio de la ley, fue necesario que se surtieran varias etapas al interior de la misma. En un primer momento la posición de la Corte Constitucional fue conservadora, sostenía que la jurisprudencia era un criterio auxiliar no vinculante y que la expresión ley se refería a la ley en sentido formal, es decir, a la expedida por el legislativo. Acogiendo la tesis planteada, entre otros por Javier Tamayo Jaramillo, quien sostiene que el texto constitucional es bastante claro, no cabe ningún tipo de interpretación (Tamayo. 2012. p. 111); así como lo ha expresado por Cabanellas de Torres (2000) que afirma que “la Corte no puede apartarse de la interpretación común del concepto de criterio auxiliar como un concepto que excluye la fuerza vinculante y enfatizó que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido” (Cabanellas. 2000. p. 291).

En el año de 1993, la Corte Constitucional por primera vez introdujo la interpretación actual del artículo 230 superior, y habló del imperio de la ley como todo el orden jurídico, incluyendo las normas constitucionales y legales, el precedente del intérprete autorizado y máximo de la Carta, lo cual garantizaría el mandato constitucional de un orden justo (sentencia C-486 de 1993). Luego en la sentencia C-557 de 1994, de igual manera la Corte se ratifica en que los jueces están sometidos a la ley en sentido material, o sea, a todo el orden jurídico (sentencia C-557 de 1994). El Tribunal Constitucional sentó las bases para el cambio de tesis y estimó que la jurisprudencia hacia parte del imperio de la ley al que el juez está sometido, siendo considerada fuente material del derecho. Es ahí donde comienza la jurisprudencia a tener relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano.

En 1997 con la Sentencia SU – 478 de 1997 la Corte continuo con su interpretación refiriéndose:

“si el juez se enfrenta a una norma que le otorga discrecionalidad debe decidir de acuerdo al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues lo contrario equivaldría a desconocer el artículo 230 C.N. cuando dice los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, ley que en este caso debe ser entendida como el ordenamiento jurídico en su totalidad lo que incluye las normas constitucionales (arts. 2º y 4º C.P.)”(Sentencia SU-478 de 1997. P. 19).

La Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2011 afirmó 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.”(Sentencia C-539 de 2011)

Con estos múltiples pronunciamientos la Corte desechó la interpretación exegética y adoptó el análisis más amplio, bajo el argumento de que el imperio de la ley era mucho más que la ley formal.

Se consolidó la interpretación que hizo curso en la Corte con la sentencia C-836 de 2001, pronunciamiento que reinterpreto el artículo 4 de la ley 169 de 1896 y estableció el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, al tiempo que sintetizó las decisiones que a este respecto la Corte Constitucional había pronunciado. Señaló que

“como una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, debe darse 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 a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual conforma la totalidad del ordenamiento jurídico, resaltando la intención del constituyente de darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales (artículo 4 Superior) y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos” (Sentencia C-836 de 2001)

Así las cosas, La Corte redefinió el significado común de criterio auxiliar de la jurisprudencia, la revistió de obligatoriedad y señaló que ésta contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido y alcance 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.

Esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha vinculado sistemáticamente con los principios de principio de igualdad, seguridad jurídica y unidad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorgan injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas (Sentencias T-547 de 1993 y T-123 de 1995). Si este hecho se produjera constituiría una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución, así como violaría la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tales como la prevalencia del derecho sustancial y postulados de derecho justo, que son el fin del Estado Social de Derecho.

Los numerosos pronunciamientos sobre el tema y la interpretación dada al artículo 230 Superior por parte de la Corte Constitucional, mantiene incólume una fórmula en la que ha establecido la fuerza vinculante de los pronunciamientos de las altas cortes,

dándole a estos una fuerza mayor que de simple criterio auxiliar de interpretación. Esa interpretación amplia ha significado un reconocimiento a la obligatoriedad del precedente en nuestro orden jurídico.

Se superó la interpretación textualista, acogida en sus inicios por la Corte Constitucional, que en palabras de Diego Eduardo López Medina (2004) causaba daño a nuestro derecho, cuando afirmo que:

“La interpretación exegética siempre será un inconveniente para la comprensión, transformación, y maduración del derecho en una comunidad jurídica concreta. Esta corta forma de interpretar las normas jurídicas, en puridad, suele ser un recurso de tinte textualista que en vez de operar con la elasticidad deontológica y enfática que impone el derecho, termina por someterlo al reduccionismo, y por alejarlo de la realidad sociopolítica”(P. 147-150)

La Corte Constitucional decidió ratificarse y mantenerse en su interpretación que, por imperio de la ley, debía entenderse no sólo la ley en sentido formal, sino también su interpretación, que en últimas, determina el contenido y el alcance de las normas; dándole un valor de precedente a la jurisprudencia, que, sin duda, ya se está viendo reflejado en el ordenamiento positivo, con la expedición de normas tales como la ley 1395 de 2010 y 1437 de 2011.

1.3.- La figura de la unificación de la jurisprudencia en el Contencioso Administrativo (nuevo CPACA)

En la Constitución de 1886 se estableció, sin norma que le diera operación, la jurisdicción administrativa. Desde las llamadas bases de la reforma constitucional, se proponía la conformación de una alta Corporación denominada Consejo Nacional o Consejo de Estado, con funciones de cuerpo consultor, y encargado de contribuir a la preparación de las leyes, formar la jurisprudencia política de la Nación y conmutar la pena capital, pero, por supuesto, dependiente o cercano al poder central, en la medida en que estaba conformado por el Vicepresidente, y seis vocales, dos nombrados por el Presidente, dos por el Senado y dos por la Cámara de Representantes (Tascón. 1953. p. 87).

Posteriormente, la Ley 149 de 1888, Régimen Político y Municipal, mantuvo la composición del Consejo de Estado prevista por la Constitución de 1886, es decir, conformado por el vicepresidente y seis delegatarios¹, además de que indicaba las funciones del Consejo de Estado en palabras de Montoya Medina (2011) consistentes “en la preparación de proyectos de Códigos, de leyes relativas a los distintos ramos de la legislación, preservando las disposiciones vigentes que convenían” (P. 155).

En el año de 1910, mediante el Acto Legislativo 03, se ordenó que mediante ley se estableciera y organizara la jurisdicción contenciosa administrativa. Este mandato se cumplió con la expedición de la Ley 130 de 1913, ordenamiento que constituye el primer Código Contencioso Administrativo (Cerra. 2002. p. 102). La Corte Suprema de Justicia, hasta la Ley 130 de 1913 ya mencionada, ejercería la jurisdicción universal, que resolvía los conflictos civiles, agrarios, penales, laborales, contencioso-administrativos y constitucionales (Olano. 2002. p. 195).

La breve historia sobre la justicia administrativa antes expuesta permite concluir que esta institución no se configuró como órgano de unificación jurisprudencial, pero sí como un órgano de centralización administrativa en tanto controlaba los excesos de las entidades territoriales. Para Sarmiento Erazo (2010) “se optó por un diseño institucional muy particular, resultado de un acuerdo partidista: la Unión Republicana, tendiente a establecer un órgano judicial y técnico destinado al control de la administración pública, nacional y territorial, que finalmente se centraría en el control de ilegalidad, reparación de daños patrimoniales y contencioso-electoral, como juez de instancia” (P. 505-536).

El Acuerdo 2 de 1971, que contenía el Reglamento del Consejo de Estado, señalaba, en el artículo 13, que la jurisprudencia, en materia contencioso-administrativa estaba integrada por dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho. Es allí donde encontramos los primeros vestigios de unificación, entendida ésta como uniformidad de las decisiones y la materia objeto de debate. El mismo artículo señalaba que todo cambio

¹Artículo 89: El Consejo de Estado se compondrá de siete individuos a saber: El Vicepresidente de la República, que lo preside, y seis consejeros nombrados conforme a la Constitución. Los Ministros del Despacho tienen voz pero no voto en el Consejo.

de jurisprudencia era realizado por la Sala Plena Contenciosa, convocada por la Sala o Sección que conozca del asunto y disponía también que la relatoría del Consejo debía rendir un informe sobre si se habían producido cambios de jurisprudencia (López. 2005. p. 57).

Posteriormente se estableció el recurso de súplica que pareció insinuar una transformación institucional destinada a la unificación jurisprudencial. Regulado por el artículo 2 de la Ley 11 de 1975, consagraba que el recurso procedía ante la Sala Plena de lo Contencioso, contra autos interlocutorios o sentencias, cuando dicha providencia cambiaba la jurisprudencia sin la aprobación de la Sala Plena. Esto, sin duda, suponía que el legislador estaba dándole un carácter vinculante a la jurisprudencia, toda vez que su desconocimiento suponía un recurso propio, tendiente a corregir doctrinas contrarias a alguna jurisprudencia vigente.

El Decreto 1 de 1984, Código Contencioso Administrativo vigente hasta junio de 2012, nada dispuso sobre el precedente judicial. Al contrario, derogó el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 y el artículo 2 de la Ley 11 de 1975, normas que parecerían significar un importante avance en materia de unificación jurisprudencial.

Con la Constitución de 1991, en su artículo 1º, establece que nuestro país es un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria”. Esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, de la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales. La estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores. En el Seminario Internacional de presentación del nuevo código ley 1437 de 2011, se dijo que “En la justicia contenciosa administrativa dicha estructura tiene al Consejo de Estado en su cúspide, y eso significa que es el encargado de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución” (Hernández. 2011. p. 493)

La Corte Constitucional se refirió al papel que cumple la unificación de la jurisprudencia para darle unidad al ordenamiento jurídico. Al declarar la exequibilidad de

una causal del recurso de súplica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo hizo explícita la similitud entre éste y el recurso de casación en la Sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero que al respecto dijo:

“Pues bien, ¿cómo se logra entonces la unidad de un ordenamiento jurídico? La respuesta es clara. Mediante la unificación de la jurisprudencia. En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia. (...)El recurso de casación -arts. 365 CPC, 218 CPP y 86 CPT- y la súplica -art. 130 CCA-, bien que distintos, se establecieron con el mismo objetivo: unificar la jurisprudencia” (Sentencia C-104 de 1993).

Hoy dentro de los deberes funcionales del Consejo de Estado están aquellos como procurar y garantizar una justicia más meditada y similar, que unifique la de los jueces y tribunales, para garantizar a los ciudadanos la seguridad jurídica, igualdad y la unidad del derecho, y sirva de asiento a la idea de un poder judicial único, equiparable y horizontal a los otros poderes.

La Ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, en sus artículos 4, 114 y 115 hace un significativo aporte, pues se amplía el poder unificador de la jurisprudencia del Consejo de Estado mucho más allá de lo que se lograría realizar con ocasión de algún recurso de unificación, como lo ha sido la casación. En efecto, el artículo 4 de esta normativa señala la facultad de las Salas de Decisión en pleno para unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial. El artículo 114, aunque fue derogado por el artículo de la Ley 1437 de 2011, establecía que todas las entidades públicas, en ciertas materias, 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.

Ahora bien, por medio de la Sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de esta disposición. En esta oportunidad, la Corte hizo dos

consideraciones pertinentes sobre la materia, a saber, que los precedentes jurisprudenciales en materia ordinaria y contencioso-administrativa constituyen un mecanismo legítimo desde la perspectiva constitucional para agilizar y descongestionar la justicia y, en segundo lugar, que las materias objeto de seguimiento particular del precedente son de gran importancia y, dado justamente el desconocimiento del precedente, han provocado una importante congestión judicial (Sentencia C-539 de 2011).

En la sentencia en comento, la Corte Constitucional señaló cinco razones por las cuales los recursos de unificación resultan de especial importancia para el funcionamiento del ordenamiento jurídico, y consideró:

“1) que el respeto del precedente supone el respeto al debido proceso y del principio de legalidad; 2) que las Cortes fijan el alcance y contenido de las normas constitucionales y legales, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; 3) que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben motivarse de manera objetiva y razonable; 4) que el desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos; y 5) que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley” (Sentencia C-539 de 2011).

El artículo 115 de la comentada Ley 1395 de 2010 establece la facultad de los jueces, tribunales, Altas Cortes, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales de la Judicatura para que, cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, al artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y al artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares, sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos.

De acuerdo a lo anterior, la importancia de las normas mencionadas consiste en observar la manera en que el legislador ha ampliado, recientemente, el poder de unificación. El valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado, y a que la interpretación fijada por las altas cortes determina el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución y la ley, y a su vez, estas interpretaciones hacen parte del imperio de la ley a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.

El nuevo código contencioso que entró a regir el 2 de julio de 2012, incorporó la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en desarrollo de un nuevo mandato que obliga a las autoridades a tener en cuenta las sentencias de unificación de ese alto tribunal, al adoptar sus decisiones. Para muchos esta norma legaliza lo que, por vía jurisprudencial, ya había tornado obligatorio la Corte Constitucional. Para el CPACA en el artículo 270, se enuncio cuales sentencias tiene el carácter de tales, las que deben reunir los siguiente: a) emitidas por el Consejo de Estado, b) que ostenten una relevancia jurídica, c) que tengan relevancia social o económica, d) que respondan a la necesidad de unificar la jurisprudencia, e) que sean proferidas al decidir recursos extraordinarios y f) las relativa al mecanismo de revisión eventual. Además las secciones de la sala de lo contencioso administrativo dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones del Consejo de Estado o de los Tribunales según el caso, además de los anterior debe concordarse con el artículo 111 N° 3 del CPACA, es decir, que las sentencias invocadas en la solicitud de extensión de la jurisprudencia sean expedidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la función en el artículo en comento. Al legislador establecer claramente estas características en procura que la sentencias de unificación se diferencien de sentencias puras y simples que emite el alto tribunal de lo contencioso administrativo.

Tal como lo sostuvo la Corte en sentencia C-104 de 1993 y lo reiteró en la sentencia C-836 de 2001, la jurisprudencia unificada de lo contencioso administrativo se convierte en precedente dada su alta jerarquía como juez natural de la administración, así como armoniza el ordenamiento jurídico. Como novedad se consagra no solo la extensión de la jurisprudencia, sino además, el recurso extraordinario de unificación y la revisión eventual, por lo que las autoridades administrativas, jueces y magistrados de tribunal están sometidos vertical y horizontalmente a la observancia de los fallos unificados del Consejo de Estado. Ahora bien, esta obligatoriedad es extensible a las autoridades administrativas, quienes en sus decisiones deben observar y aplicar tanto la ley como las decisiones del alto tribunal.

Es a los jueces, y particularmente al Consejo de Estado, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, a quienes les corresponde interpretar el ordenamiento jurídico, para lograr la protección de los derechos e intereses colectivos. En esa medida, la labor creadora de este máximo tribunal consiste en

formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas. Esta labor judicial construye principios y reglas que son fuentes materiales del derecho, utilizando como materia prima el caso en estudio y luego transformándolo, permitiendo así que el sistema jurídico cumpla su propósito regulador y transformador de la realidad social.

2. Evolución de la obligatoriedad del precedente judicial

Colombia, con una filiación a la tradición romano-germánica y positivista, en el transcurso de estos 23 años ha tenido que ver el desarrollo reciente del derecho, con la utilización de la jurisprudencia, como criterio que ha servido para complementar la interpretación de los textos positivos, circunstancia que ha forjado intensas polémicas en la doctrina jurídica, más acostumbrada, al menos en términos ideológicos, a aceptar una teoría positivista (López. 2005. p. 24)

Pasamos de una práctica que buscaba expedir normas jurídicas respaldadas por coaliciones parlamentarias mayoritarias, a un momento en el que los derechos individuales o colectivos son títulos concedidos y justificados por los jueces. Esto ha generado conflictos importantes entre el principio de legalidad y la protección de los derechos. Como bien lo expresa Ignacio de Otto: “la necesidad de uniformizar la aplicación judicial de derecho ha llevado a sujetarla a reglas elaboradas por la cúspide de la propia organización judicial, esto es, a la jurisprudencia, que adquiere así un valor normativo que la Revolución francesa le negó” (De Otto. 1999. p. 222)

De suerte que en nuestro país surgió la importancia del precedente judicial que permite una motivación razonada de las providencias judiciales, una aplicación al caso concreto de la jurisprudencia unificada, el conocimiento por parte de la sociedad de las decisiones judiciales y el respeto a los principios de seguridad e igualdad jurídicas (Defensoría del pueblo. 2009. p. 71) Es así, como la actividad del juez se tornó más responsable y exigente, no solo frente a los propios usuarios, sino frente a la comunidad jurídica y la sociedad, pues la decisión judicial debe garantizar la justicia material y debe asegurar el respecto a la seguridad jurídica y al principio de igualdad, en palabras de Eugenio Bulygin “la decisión judicial debe dictar una norma individual que corresponda a la norma general que resuelve el caso genérico” (Bulygin. 2009. p. 81). Para Jorge

Andrés Contreras Calderón “En Colombia existen dos clases de precedentes judiciales: el que elabora la Corte Constitucional y el que elaboran los demás tribunales y juzgados del país. El primero existe desde la sentencia C-104 de 1993; el segundo, desde la sentencia C-836 de 2001” (Contreras. 2011. p. 331).

En este capítulo abordaré la obligatoriedad del precedente, basándome en las sentencias de la Corte Constitucional, tales como la T-406 y T- 414 de 1992, C-104 de 1993, C-131, C-113 y C-217 de 1993, C-083 y T-123 de 1995 y SU-047 de 1999, las cuales definieron el tema y las posiciones adoptadas por el tribunal constitucional; luego analizare el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que indicaron que los pronunciamientos de las altas cortes, entiéndase Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura tenían la misma vinculatoriedad que las emitidas por la Corte Constitucional y por ultimo veré como obligatoriedad del precedente no es solo predicable a los funcionarios judiciales, sino también a las autoridades administrativas.

2.1.- Obligatoriedad del precedente constitucional

La Corte Suprema de Justicia fue la guardiana de la Constitución a partir de 1910, momento en el cual, en Colombia, se adoptó la idea de un control de constitucionalidad. Con el advenimiento de la Constitución de 1991y la creación de la Corte Constitucional como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, bajo los postulados del Estado Social y Democrático de derecho, se ahondó sobre el tema del precedente judicial (Skinner. 2011. p. 85).

El constituyente dispuso las normas referidas a los derechos fundamentales y erigió a la Corte Constitucional para que fuese su guardiana y defensora frente a la actividad de los organismos del Estado y de los particulares. Según Lina Escobar en su artículo publicado por la revista colombiana de derecho internacional dijo: “la teoría del precedente no ha sido de fácil implantación, generándose así unas precisiones en torno a los requisitos de motivación” (Escobar. 2008. p. 403)

Para esa labor la dotó de herramientas jurídicas, establecidas principalmente en los artículos 241, 243 y 230 de la Constitución Política de 1991. Aun cuando el valor

ampliado del precedente fue tímidamente acogida por la Corte Constitucional, para Diego Eduardo López:

“La Corte en su primera fase, entendía que su jurisprudencia era contentiva de un innegable valor pedagógico e incluso normativo general, mas no le atribuía a priori fuerza vinculante, sino que estimaba que tal imperio apenas empezaba a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional” (López. 2001. p. 32).

Inicialmente la Corte Constitucional rechazo del valor amplio del precedente, este hecho obedeció, según el tratadista Diego López Medina (2001)“al dominio ejercido en su seno por juristas que respaldaban el tradicionalismo de fuentes y el sistema libre de jurisprudencia” (López. 2001. p. 36). Según el autor citado “socavó las bases legales que permitían a los magistrados más progresistas la implantación de un nuevo paradigma en el estudio de las fuentes, es decir, sobre la valoración del precedente, bastante exótica en ese momento para la tradición judicial nacional” (López. 2001. p. 37).

La tendencia normativa de los fallos de la Corte fue mejor recibida, día tras día, al punto que era común encontrar apremios en sus sentencias de tutela para que los demás jueces observasen el derrotero dado por ésta al momento de interpretar el contenido y alcance de los derechos fundamentales en los diversos escenarios constitucionales (Sentencias T-406 y T- 414 de 1992). Bajo este entendido, la Corte indico en la Sentencia T – 406 de 1992 que:

“El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 "Las actuaciones de la administración de justicia serán públicas y permanentes con las excepciones que

establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial". (Sentencia T – 406 de 1992)

La Corte Constitucional sentó su posición en torno a la autoridad competente para fijar tal precepto. En este orden de ideas, desde la sentencia C-113 de 1993, la Corte había extendido su competencia para decidir acerca de sus propias atribuciones, aclarando de paso que la facultad para determinar los efectos de sus fallos era exclusivamente suya. De esta manera, abrió la puerta para emprender su camino en la fundamentación del precedente constitucional. Esta posición se reitera en la sentencia C-131 de 1993, donde la misma corporación reconoce que su jurisprudencia es fuente de derecho y que es suya la competencia para determinar los efectos y alcances de sus fallos (Bernal. 2008. p. 102).

De hecho, el valor del precedente fue un asunto muy importante en evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, y eso lo corrobora la sentencia C- 104 de 1993, que ocupó gran parte de su ratio decidendi en dilucidar la importancia de la uniformidad jurisprudencial en orden a tutelar los principios medulares del Estado Social de Derecho, partiendo del supuesto que en Colombia la jurisprudencia administrativa tiene en principio una fuerza jurídica secundaria.

En el año de 1995, emergió una corriente alternativa que vio en la jurisprudencia una fuente principal del derecho. Fue así como en la sentencia C-083 de 1995 aunque se continua afirmando el valor auxiliar de la jurisprudencia, hace una precisión respecto del término doctrina constitucional contenido en el artículo 8 de la ley 153 de 1887. En esta oportunidad la Corte consideró que en el derecho no hay lagunas, por cuanto existiendo jueces existe también la posibilidad de una valoración jurídica para cada conducta en concreto.

Vino luego la sentencia T-123 de 1995 con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde se expresa la necesidad de que casos iguales reciban un tratamiento igual por parte de los jueces, asegurando, a la vez, la unidad argumentativa y doctrinal. En este fallo se alude expresamente el termino precedente “como aquellas decisiones judiciales de las altas cortes que, si han sido tomadas en un determinado sentido, deben seguir aplicándose en ese mismo sentido, pues se ha ido formando una línea

jurisprudencial de la cual solo es aceptable la decisión de apartarse si se la justifica de manera suficiente y adecuada” (sentencia T-123 de 1995).

Será en la sentencia SU-047 de 1999 donde se identificará propiamente la figura del precedente judicial. Se dijo entonces “que el juez constitucional debe ser consistente con sus decisiones previas en razón a consideraciones de seguridad jurídica, la protección de la libertad ciudadana y el desarrollo económico, el principio de igualdad y un mecanismo de control de la propia actividad judicial” (sentencia SU-047 de 1999).

Mediante la sentencia C-037 de 1996 que estudio la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En esta decisión la Corte advirtió que además de la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad, las expresiones de la parte motiva de los mismos que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive tienen fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos.

La Corte Constitucional, entre finales del 2000 y mediados del 2001, empezó a desarrollar, en palabras de Diego Eduardo López Medina (2001) “la doctrina del derecho viviente” la que definió como:

La Corte Constitucionalidad ha buscado extender la teoría del precedente vinculante, consolidado claramente en la jurisprudencia constitucional, al manejo jurisprudencial que hacen las otras jurisdicciones en Colombia, invitado a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado a que estas corporaciones le den mayor fuerza gravitacional a sus propios fallos mediante una reconstrucción muy detallada del concepto de doctrina probable (López. 2002. p. 56).

Así lo ha afirmado la Corte Constitucional al decir:

“El precedente judicial como expresión del Derecho vivo, se inspira y abreva de la axiología y principios de la carta constitucional y de la ley. Así, la decisión judicial adquiere fuerza obligante y se reviste de presunción de legalidad y legitimidad, y entonces una decisión anterior vincula al Juez y hasta cierto punto lo obliga, como una decisión que encarna el valor constitucional que el mismo funcionario judicial ha desentrañado, y en salvaguarda de los principios de imparcialidad, igualdad, uniformidad, razonabilidad, seguridad jurídica, traza una línea o camino por el cual deben enfilarse y

perfilarse las decisiones para casos similares que se presenten en el futuro” (sentencia T-049 de 2007).

La Corte Constitucional le otorgó a sus fallos de constitucionalidad y de tutela el valor y alcance de precedente judicial obligatorio, vinculando al funcionario judicial a fallar un caso en forma similar a como lo decidió ya en otro caso que contenía similares presupuestos facticos. Ahora bien, las razones que obligan a dar aplicación al precedente son, entre otras, que todas las personas son intrínsecamente dignas y deben ser tratadas como tales, no existiendo razón alguna para que una persona sea sometida a discriminación o trato diferente; todos los seres humanos son iguales no sólo en dignidad y derechos, sino que se merecen el mismo trato por parte de las autoridades; la protección al principio de seguridad que implica la necesidad de decisiones similares en casos similares; en las sentencias deben existir cierta unidad y uniformidad de las decisiones, y, por último, debe invocarse el principio de justicia.

La vinculación al precedente no implica que el Derecho no progrese y se acomode a las necesidades de cada momento, sino justo lo contrario. Conlleva que el Derecho evolucione, ya que su aplicación tiene lugar de forma flexible, dada la posibilidad jurídica que tienen los jueces y servidores públicos de apartarse de sus precedentes, o porque se produzca fácticamente tal desvinculación, tal como lo veremos más adelante.

2.2 Obligatoriedad de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Para comprender la obligatoriedad de jurisprudencia emitida por las altas cortes, y en especial el pronunciado por el Consejo de Estado, se debe recordar la figura de la doctrina legal más probable (Santofimio. 2010. p. 244). Para contextualizarla, es necesario que tengamos presente que para el año 1896, época en que se expidió la ley 169, la Corte Suprema de Justicia era la cúspide de la única jurisdicción y que fue tan solo en el año 1914 que en Colombia se estableció la dualidad de jurisdicciones. Para entonces el Consejo de Estado carecía legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, estas dos instituciones, y los grados de autonomía que conferían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial.

Figuras jurídicas vigentes y que deben entenderse y aplicarse bajo el contexto de la pluralidad de jurisdicciones con las que cuenta el actualmente el ordenamiento jurídico colombiano, a saber, contenciosa administrativa, ordinaria, disciplinaria y constitucional. Por la doctrina probable contextualizada a cada jurisdicción, que cuenta con su órgano de cierre, encargado de unificar la jurisprudencia, por lo que, actualmente la regulación de los procedimientos judiciales ante las diversas jurisdicciones y las facultades de los jueces concernientes a cada una de ellas son independientes, en consonancia con la autonomía judicial.

Ahora bien, es aplicable lo expresado por la Corte, que sentó las bases de la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, cuando dijo:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema de Justicia 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” (Sentencia C-836 de 2001)

Todo lo anterior aplicable al Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo contencioso administrativo encargado de unificar la jurisprudencia; para Libardo Rodríguez (2008) “la jurisprudencia está compuesta por el conjunto de decisiones de los jueces administrativos así como de los jueces constitucionales” (p. 44.)

En palabras de la Corte Constitucional, las decisiones de las altas cortes que coinciden para formar su doctrina probable:

“han de concretar con solvencia la justicia material, pues, de lo contrario, el juez, quien ordinaria y formalmente estaría compelido a mantener la línea jurisprudencial, previa observancia de una carga argumentativa y de transparencia que justifique su disidencia, podrá tomar partido por una decisión diversa, en cuanto la equidad no puede ser sacrificada en procura de la plenitud de una fuente que, en el caso concreto, afrenta los derechos fundamentales y perpetuar odiosas iniquidades”(Sentencia C- 821 de 2001)

De acuerdo a lo afirmado por el tratadista Carlos Bernal Pulido (2008), en su análisis de la sentencia C-836 de 2001, cuando afirmo que:

La interpretación artículo 4 de la ley 169 de 1896 y estableció que los jueces y tribunales están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y que si quieren apartarse de ella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, de conformidad con las exigencias que hacen posible inaplicar y modificar los precedentes. La Corte Suprema de Justicia ha controlado esta vinculación mediante el recurso de casación, al paso que el Consejo de Estado ha hecho lo propio mediante el recurso de súplica (p. 50),
Y en la actualidad mediante el recurso de unificación de la jurisprudencia.

Con la ley 1285 de 2009, se estableció que el Consejo de Estado también podrá actuar como Tribunal de casación administrativa (Art. 11.) luego con ley 1395 de 2010 y hoy con la ley 1437 de 2011 o código contencioso administrativo y de procedimiento administrativo (CPACA), determina que las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal probable y conforman un precedente de acuerdo a lo establecido en el artículo 10² del CPACA. La norma señala que las autoridades administrativas, para garantizar la aplicación uniforme de las normas aplicables al caso, deben tener en cuenta la jurisprudencia de unificación del órgano de cierre de la jurisdicción, lo cual tiene un significado para que las personas puedan beneficiarse en sede administrativa y sin necesidad de adelantar un proceso judicial

La ley 1437 de 2011, en su artículo 102 estableció que las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. De conformidad con los artículos 102 y 269 del CPACA., la solicitud de extensión de jurisprudencia debe reunir tres requisitos formales, así: 1. Presentarse dentro de los 30 días siguientes a la respuesta negativa bien sea total o parcial, de la solicitud o cuando la autoridad guardó silencio. 2. La solicitud debe ser escrita y en ella

²Artículo 10. Deber de Aplicación Uniforme de las Normas y la Jurisprudencia: Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

deben exponerse los argumentos que la sustentan. 3. Debe acompañarse copia de la actuación surtida ante la autoridad competente. (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección cuarta. Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00045-00(19718))

El mencionado artículo 102 también debe ser aplicado en concordancia con el artículo 10 de mismo estatuto adjetivo. Sometidas éstas a estudio de constitucionalidad, la Corte indico con respecto a la extensión de la jurisprudencia que “entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia’ (Sentencia C-818 de 2011). Con respecto al artículo 10 el Tribunal Constitucional declaro condicionalmente exequible la norma, bajo el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad. (Sentencia C- 634 de 2011).

Para la interpretación de estos artículos debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo [614](#) de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, según el cual, con el objeto de resolver las peticiones de extensión de la jurisprudencia a que se refieren los artículos [10](#) y [102](#) de la Ley 1437 de 2011, las entidades públicas deberán solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En el término de diez (10) días, la Agencia informará a la entidad pública respectiva, su intención de rendir concepto. La emisión del concepto por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se deberá producir en un término máximo de veinte (20) días. El término a que se refiere el inciso 4o del numeral 3 del artículo [102](#) de la Ley 1437 de 2011, empezará a correr al día siguiente de recibido el concepto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del vencimiento del término a que se refiere el inciso anterior, lo que ocurra primero. Lo dispuesto en el artículo [614](#) rige a partir de su promulgación.

El artículo 103 inciso tercero³ de la misma normativa, reconoce expresamente el valor que la jurisprudencia tiene, y en palabras de la Corte, “a partir del principio de igualdad, reconocido en la Constitución y el bloque de constitucionalidad y además la mencionada ley les permite a los ciudadanos hacer exigible la extensión de la jurisprudencia ante los servidores públicos para la resolución de sus casos” (Sentencia T-578 de 2011).

La extensión administrativa de sentencias del Consejo de Estado, como la llama la Corte Constitucional, la ha definido como “la aplicación preferente de la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia -por el valor vinculante de las mismas-, que responden al propósito de dispensación uniforme del derecho en desarrollo de la igualdad constitucional de trato debido por las autoridades a las personas” (Sentencia C – 816 de 2011)

En efecto, esta normatividad busca hacer frente a una anomalía recurrente en la administración pública, consistente en diferir la exigibilidad de los derechos a la resolución en sede judicial. En cambio, el CPACA busca comprometer a la administración en la protección y garantía de esos derechos, sin necesidad de obligar al ciudadano a lograr su reconocimiento ante los jueces. Todo esto, bajo el entendido que los jueces y las autoridades administrativas están sujetos a la Constitución y a la ley y se encuentran sometidos al principio de igualdad ante la ley.

2.3.- Obligatoriedad del precedente ante los funcionarios judiciales y autoridades administrativas

En el desarrollo de este trabajo se ha afirmado que los pronunciamientos de las altas cortes y en especial los emitidos por la Corte Constitucional, son precedentes judiciales de obligatorio cumplimiento. Esta vinculatoriedad va dirigida a los funcionarios judiciales y autoridades administrativas, quienes en virtud a los deberes y facultades otorgadas por la

³Artículo 103: Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal. En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.

Constitución y la ley, tienen la obligación de observar la jurisprudencia antes de tomar sus decisiones.

Las autoridades administrativas estaban en una zona de confort, pues ordinariamente la solución de controversias se daba en sede jurisdiccional, en donde se armonizaban las diversas disposiciones aplicables y las varias reglas de derecho, existentes para cada caso. En palabras de la Corte “el Juez debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes (Sentencia C-634 de 2011).

Con los pronunciamientos de las Corte Constitucional, tales como la Sentencia C- 836 de 2001 y la C-335 de 2008 y la expedición de las leyes anteriormente mencionadas, hacen que la discusión de la obligatoriedad del precedente, deje de abordarse desde el ámbito judicial y se enfoque en la óptica de la función administrativa.

Artículos 1º a 102 de la ley 1437 de 2011, que regulan el procedimiento administrativo, esto es, la actividad que ejerce la administración pública. En términos del artículo 1º, la finalidad de esa parte primera es “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”. El artículo 102 regula el procedimiento administrativo para que las personas soliciten a las autoridades que extiendan los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, en aquellos casos que el interesado acredite que cumple los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y la pretensión judicial no haya caducado.

El legislador vinculó a las autoridades administrativas e impuso un deber de observancia de las decisiones de unificación del Consejo de Estado, con el fin de evitar que ante la identidad de presupuestos fácticos y jurídicos, las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de derechos que en sede judicial ya han sido aceptados. La instancia administrativa de extensión de efectos de un precedente difiere

del deber general de observancia de la jurisprudencia, en tanto aquella no es oficiosa. Ello debido a que en los términos del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, corresponde al interesado realizar la petición de extensión de efectos de la sentencia, cumplimentando los requisitos previstos en esa disposición.

Observancia no oficiosa, en el caso de la extensión de la jurisprudencia, u oficiosa, en el caso del precedente, no se predica en ninguno de ellos, cuando se trata de autoridades administrativas autonomía en la toma de la decisión, sino acatamiento, en palabras de la Corte Constitucional:

“En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Por lo tanto, corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales, so pena, del desconocimiento de los artículos [241](#) y [243](#) de la Constitución” (Sentencia C-634 de 2011).

En este sentido ha dicho la Corte que “lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos.” (Sentencia T-566 de 1998)

En la sentencia C- 539 de 2011 la Corte analiza la sujeción de las autoridades administrativas del precedente:

“que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los

fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política” (Sentencia C-539 de 2011).

Jurisprudencialmente de la Corte Constitucional, ha determinado las líneas de decisión vinculantes a decirse:

“las líneas de decisión ya consolidadas al interior de las cortes de cierre constituyen una fuente de derecho que vincula, no sólo a los jueces que les están funcionalmente supeditados, sino también a todas las autoridades constituidas, entre ellas las administrativas. En efecto, para el guardián de la constitución es razonable sostener que también la administración, al momento de desarrollar sus funciones, debe observar las interpretaciones constantes de las normas jurídicas y los derechos fundamentales ofrecidos por los órganos que encabezan la pirámide judicial, al punto que desconocer inopinadamente tales precedentes podría ser constitutivo de infracción a la ley penal por la vía del prevaricato” (Sentencia C-335 de 2008)

En consecuencia, las autoridades administrativas deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, así lo dijo la Corte “especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete, especialmente del máximo intérprete de la Constitución” (Sentencia T-439 de 2000). Lo que no excluye la sentencias de unificación de Consejo de Estado. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, “el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial, obligación que se torna absolutamente estricta cuando se trata de decisiones de control abstracto de constitucionalidad con efectos erga omnes” (Sentencia SU-1122 de 2001).

Nada garantiza mejor la igualdad, la certeza jurídica, la buena fe, la confianza legítima y la efectividad de los derechos fundamentales que un aparato estatal ejerciendo sus funciones al acorde a los causes que las máximas autoridades judiciales definen al momento de actualizar las normas generales. El buen funcionamiento del Estado impulsa a las autoridades administrativas a respetar la doctrina probable, no sólo por consideraciones indiscutibles, sino también por concluyentes criterios prácticos. Si la administración va hacer vigilada por los jueces de la República, y éstos ya tienen un criterio constante en la interpretación de fijados referentes jurídicos, lo más sensato para las autoridades administrativas es acogerse a éstos, con el fin de garantizar la estabilidad y fuerza ejecutoria para los contextos formados por medio de decisiones administrativas. Como bien lo dijo la Corte “La aplicación de la doctrina probable judicial como fuente del procedimiento administrativo es, sin duda, un criterio de racionalidad económica, de eficiencia administrativa (artículo 209 de la constitución), en la medida que garantiza el cabal aprovechamiento de los recursos con que cuentan las entidades estatales para prestar más y mejores servicios con menos esfuerzos materiales” (sentencia T-206 de 1994)

La posibilidad del llamado en palabras de la Corte Constitucional “apartamiento administrativo” en la aplicación de la extensión de la jurisprudencia, se concreta en el mismo artículo 102 cuando señala que las autoridades podrán negar la petición. En palabras de la Corte Constitucional significa que “el valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, ordenado por el Legislador, no es absoluto; como tampoco lo es la fuerza vinculante de las mismas, proferidas por los órganos jurisdiccionales de cierre, que finalmente admiten el apartamiento de ellas por los jueces”. (Sentencia c- 816 de 2011)

De la misma forma como se encuentra reglado para los jueces la facultada de apartarse del precedente, las autoridades administrativas pueden no acoger la decisión judicial que se pretende extender cuando se encuentren motivos expresos y razonados. El artículo 102 en concordancia con el artículo 269, prescriben los fundamentos admisibles de una decisión negativa a la solicitud de extensión jurisprudencial: (i) necesidad de un período probatorio para refutar la pretensión del demandante; (ii) falta de identidad entre la situación jurídica del solicitante y la resuelta en la sentencia de unificación invocada; (iii) discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto

de las normas aplicables. En todo caso, en palabras de la Corte Constitucional la negación de la solicitud de extensión jurisprudencial debe ser suficientemente motivada por la autoridad administrativa competente, al igual que ocurre cuando un juez se aparta de la jurisprudencia vinculante.

3.Obligatoriedad del precedente judicial en el Nuevo Procedimiento Administrativo Colombiano

Con la Constitución de 1991, los mandatos constitucionales se convirtieron en referentes explícitos para la acción de la administración, todo esto en consonancia con el artículo 4 superior. Así las cosas, al amparo de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica se ha erigido el precedente judicial como vinculante, en el ordenamiento jurídico y en lo relativo a la función pública. Para García de Enterría

“lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo. La vinculación normativa de la constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos sin excepción y no solo el poder legislativo como mandatos o instituciones que a éste solo correspondiese desarrollar la tesis tradicional de carácter programático de la Constitución, y entre los poderes públicos a todos los jueces y tribunales, y no solo el Tribunal Constitucional” (García. 1994. p. 199).

El tratadista Álvaro Tafur Galvis con respecto a la transformación que ha sufrido el derecho administrativo

Para el caso del derecho administrativo colombiano el texto de la carta de 1991 ha sido además una línea innegable de adquisición y de transformación, al elevarse a rango constitucional numerosos principios y categorías tradicionales de esta disciplina, y al fijarse para varios de ellos directamente en la Constitución no solo nuevos contenidos sino una ambiciosa agenda de acción para todas las autoridades públicas, y en primer lugar a la administración, encaminada a la realización del Estado Social de Derecho” (Tafur. 2011. p. 234)

Para la función administrativa específicamente la Constitución señaló que la misma estaría al servicio de los intereses generales y se desarrollaría con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Así señaló que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado (Esguerra. 2004. p. 89)

La Administración Pública introducida en un procedimiento administrativo para que pueda expedir un acto legítimo debe enmarcar su actuación, dentro del principio de legalidad, importante en todas las ramas del derecho, debido a la [seguridad](#) jurídica que proporciona, en palabras de Libardo Rodríguez “el procedimiento administrativo, refiere que ante un procedimiento todas las autoridades administrativas deben trazar su actuación en el marco de la legalidad del Ordenamiento Jurídico”(Rodríguez. 2008. p. 76). Este principio se fundamenta en la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho, en palabras de la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia de la Corte ha precisado que el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P”. (Sentencia C-539 de 2011)

Legalidad que en nada contraviene con los postulados de igualdad, seguridad jurídica y certeza, todos estos incorporados dentro de la nueva ley 1437 de 2011 que en sus artículos 1 al 102 regula el actual procedimiento administrativo

La administración debe observar y aplicar el principio de igualdad en todas sus actuaciones, pues al ser un principio vinculante para toda la actividad estatal. En nuestra Legislación está consagrado en el preámbulo y en el artículo 13⁴ de la Constitución, así como en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, los artículos 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como derecho fundamental de las personas (Díez-Picazo. 2011. p. 56).

La previsibilidad de las decisiones administrativas 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 y las autoridades administrativas han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente (Bastides. 2009. p. 137). 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.

Todo esto se armoniza cuando las autoridades, en obediencia al artículo 102 del CPACA, deben extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Además Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades deberán aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

⁴ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Es así como las autoridades administrativas deben tener certeza sobre que apartes de los pronunciamientos de las altas cortes merecen su total atención, para no incurrir en desacato de los mismos y desencadenar en decisiones violatorias de principios constitucionales. Todo esto se convierte en un gran reto para la función pública debe brindar herramientas, y formar en actitudes y aptitudes a sus funcionarios, para que al momento de tomar una decisión cuenten con las competencias necesarias para ser capaces de cumplir el fin de las nuevas normas adoptadas.

3.1.- Ratio decidendi

En los inicios de la Corte Constitucional, el problema jurídico sobre el alcance de los fallos de ese Tribunal se ciñó en determinar si más allá de la parte resolutive de las sentencias, las afirmaciones de la parte motiva de una providencia que recogían las razones constitucionales de una decisión, eran vinculantes o no para los operadores jurídicos, pues era absolutamente lógico que el resuelve de sus providencias, por tener efectos erga omnes, tenía fuerza vinculante. Para Víctor Ferreres, y Juan Antonio Xiol, (2009) “suele confundirse el efecto de la cosa juzgada con el valor de la jurisprudencia, especialmente cuando la sentencia, dada la naturaleza del objeto del proceso, tiene efecto erga omnes” (Ferreres & Xiol. 2009. p 108)

La Corte Constitucional recogiendo vocablos latinos, en sus ya varios pronunciamientos ha establecido reglas claras sobre que apartes de la jurisprudencia son obligatorios y cuales otros son meros criterios orientadores y auxiliares. La sentencia C-037 de 1996 ratificó la fuerza vinculante de aquellos apartes específicos y concretos de las sentencias de constitucionalidad, que tienen relación “estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”, declarando explícitamente que éstos son obligatorios y vinculantes para todos. Al respecto la providencia que se cita dijo que:

“(..). Sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e

indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.” (Sentencia C-037 de 1996).

Fue tan solo en la sentencia hito sobre el tema, la SU-047 de 1999, que por primera vez se utilizaran de manera más o menos sistemática las nociones de *ratio decidendi* y *obiterdictum*:

“para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del Common law, que es en donde más fuerza tiene la regla del Stare Decisis, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada también *decisum*, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. (...) para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial, así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del Common law, que es en donde más fuerza tiene la regla del Stare Decisis, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada también *decisum* (Sentencia SU-047 de 1999)

En el derecho anglosajón, aunque se utiliza también la expresión *ratio decidendi*, es más frecuente hablar según Luis Eduardo Montoya Medina de “holding del caso”, la Corte reconoce esta sinonimia y se decide por la expresión latina, más utilizable dentro de una lengua romance como el español. (Montoya. 2011. p 141).

El tratadista Carlos Bernal Pulido ha definido la *ratio decidendi* como “la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas” (Bernal. 2008. p. 91), La Corte ya había hecho esfuerzos por definir la *ratio decidendi* en sentencias anteriores, identificándola como la cosa juzgada implícita del fallo (Sentencia C131 de 1993 y C – 037 de 1996). Este concepto, más tradicional dentro de nuestra tradición de análisis jurisprudencial, ya le había servido a la Corte para distinguir aquellos apartes de la parte motiva de la sentencia que debían considerarse obligatorios en casos futuros y aquellos otros que tenían un valor meramente auxiliar para el intérprete.

Cuando el Tribunal Constitucional analizó el tema de la cosa juzgada constitucional expreso:

“¿Qué parte de la sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de cosa juzgada? La respuesta es doble: posee 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, goza 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. En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene un principio de valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar-no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la are resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia” (sentencia C-131 de 1999).

En auto del 2000 la corte reitero: “Son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos posteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores” (Corte Constitucional auto 016 de 2000)

De acuerdo a los pronunciamientos de la Corte, podemos concluir que sólo están cubiertos con el valor del precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su ratio decidendi y decisum. Sin embargo los criterios que da la Corte para identificar con precisión la ratio decidendi de una sentencia de constitucionalidad son variados. La ratio decidendi, según formulaciones alternativas que ha dado la Corte Constitucional al respecto, son aquellos apartes: a) que establecen el principio general de la decisión tomada (SU – 047 de 1999), b) que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia (C- 131 de 1993) o c) que están íntimamente e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de la sentencia (C-038 de 1996).

3.2.- Apartamiento de las autoridades administrativas del precedente judicial

La aplicación de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad de la autoridad administrativa para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venían haciendo las altas cortes, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Según Juan Moreno Aruca:

“Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia (Moreno. 1999. P 119).

Esa atribución de formular nuevos principios o reglas jurídicas, solo le está dado a los jueces quienes como hemos visto a lo largo del desarrollo de este trabajo, cuentan con autonomía e independencia y solo están sujetos al imperio de la ley. Sin embargo, ello no significa que las autoridades administrativas puedan cambiar arbitrariamente la jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación provenga del juez quien tiene injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

Son varias las relaciones que puede plantear una autoridad administrativa con relación a un precedente judicial que lo vincule. Para Cerra Jiménez, cuando la jurisprudencia ha establecido un modelo de solución de casos futuros que vincula a los servidores públicos, esta puede seguir tal modelo plenamente, una reiteración pura y simple; seguirlo pero afinándolo a las particularidades que ofrece el nuevo caso al que el precedente se va a aplicar; puede seguir pero sin modificarlo ni siquiera parcialmente porque, por ejemplo, hubo elementos que se consideraron correctos en la primera vez que el problema jurídico fue resuelto, pero que un nuevo contexto fáctico revela como

conclusiones erróneas, incorrectas o inadecuadas, debido a que esta facultad está reservada al juez. Finalmente, será solo la persona en calidad de juez quien puede tomar, en virtud de su autonomía e independencia judicial, la decisión de apartarse de un precedente vinculante, proponiendo así un cambio de jurisprudencia. Tal camino, sin duda, está reservado en principio para los Tribunales y las Cortes de cierre de jurisprudencia, y supone un alto grado de argumentación y fundamentación jurídica (Cerra. 2002. p. 137) .Únicamente ante la identidad de los supuestos de hecho de los casos objeto de la comparación, estaría obligada la autoridad administrativa a observar el precedente como fuente del derecho, observando la ratio decidendi y decism, apartes que cuentan con fuerza vinculante.

La Corte Constitucional ha señalado que si en el momento de adoptar la decisión administrativa de fondo, la autoridad administrativa, en tratándose de la aplicación de la doctrina constitucional o de las sentencias de unificación a una situación jurídica concreta, observa 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, estará habilitado para inaplicar la doctrina judicial que en apariencia resulta ajustable. Por el contrario, si el servidor público en desarrollo de la función administrativa se encuentra ante situaciones disimiles, pero que observadas detalladamente tengan un término de comparación que permitan asimilarlas en algún aspecto, estará compelido a emplear criterios de igualación entre las dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables y solamente en la medida en que lo sean a fin de fijar al precedente que en sustancia habría de orientar el sentido de su decisión (Sentencia C- 821 de 2001).

En la sentencia C- 821 de 2001 la Corte estableció dos tipos de condiciones. El primero, se refiere a las condiciones de exposición de los fundamentos jurídicos que justifican la decisión que define el precedente. Tales fundamentos deben ser expuestos de manera diáfana, lo cual significa que la determinación de no seguir el precedente crea en la función administrativa una carga de transparencia en la medida en que debe decir claramente de qué precedente se está apartando y porque lo inaplica. El segundo, se refiere a las condiciones de motivación de los fundamentos jurídicos que justifican dicha decisión. Estos deben referirse a las circunstancias especiales y excepcionales que hacen legítimo que la autoridad administrativa no siga el precedente, lo cual significa que

no cualquier razón es suficiente para apartarse del precedente puesto que se tiene una carga de argumentación en la medida en que debe demostrar “razonadamente” que se cumplen los requisitos mencionados en los numerales 14 a 24 de la sentencia mencionada (Sentencia C- 821 de 2001). Solo el Juez, entiéndase Consejo de Estado y Jueces funcionalmente inferiores, están llamados a variar su doctrina y juzgar erróneas las decisiones anteriores.

Es así como no basta el cambio de opinión, fruto de una reintegración del órgano judicial o de una evolución en el criterio de algunos de sus miembros, ni tampoco la invocación de la autonomía del juez para aplicar la ley, ya que, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional:

“el desconocimiento del precedente judicial, especialmente de orden constitucional, termina afectando derechos fundamentales de los destinatarios de las normas, de manera que en estos casos, la Corte podrá conocer estos casos por vía de tutela, cuando la interpretación realizada por el funcionario administrativo es abiertamente irrazonable o arbitraria, el funcionario ha desconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional tanto en sede de control abstracto como en sede de control concreto de constitucionalidad, y existe una interpretación de la Corte ajustada a la Constitución contraria a la aplicada por el operador administrativo” (Sentencia SU-1122 de 2001).

Bajo el criterio del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2069 de 16 de febrero de 2012 del, C.P. Dr. William Zambrano Cetina, al estudiar al artículo 115 de la ley 1395 de 2010 estableció que:

“la fuerza que esta norma le asigna al precedente implica que en los temas enunciados en ella, las entidades públicas deberán observar obligatoriamente los fallos reiterados por cada jurisdicción; solamente podrán separarse de los mismos cuando exista una razón realmente seria y fundada que deberá motivarse expresamente en la decisión. Esta exigencia de motivación se encuentra especialmente reforzada, ya que si esas razones de mayor peso no existen o no se justifican suficientemente, las autoridades no podrán adoptar una decisión contraria al precedente que implique para los ciudadanos la necesidad de acudir a la jurisdicción a reclamar derechos que deberían estar protegidos en sede administrativa” (Concepto No. 2069 de 16 de febrero de 2012 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil)

Así mismo, la Corte ha aceptado que el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte “puede conllevar, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción” (Sentencia C-335 de 2008)

3.3.- Desobediencia del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas

Como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, el precedente constitucional y el emanado por las altas cortes, es vinculante y su desconocimiento por parte de los servidores públicos tanto administrativos como judiciales, da lugar a la interposición de acciones judiciales, como la tutela, al configurarse dicho desconocimiento como una vía de hecho judicial, sin perjuicio de las acciones penales y disciplinarias a que hayan lugar. En Palabras de Juan Moreno Aruca “el sentido de que los jueces y magistrados son responsables hacia arriba, por el uso de la disciplinaria, pero irresponsables hacia abajo, por la inactivación de la jurisdiccional” (Moreno. 1990. p 219)

Mediante la sentencia C-335 de 2008, la Corte al estudiar la exequibilidad del artículo 413 del Código Penal, que establece el tipo penal de prevaricato por acción, reiteró su jurisprudencia al reafirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia que redundaba en una mayor coherencia del sistema jurídico, garantiza el derecho a la igualdad de trato y contribuye a la seguridad jurídica. En esta decisión se aclaró que en algunos casos se incurre en este delito no por desconocer la jurisprudencia sentada por las altas Cortes, la cual constituye una fuente autónoma de derecho, sino porque el apartarse de ella, sin motivación, implica una vulneración directa de las normas constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, y concluyó que la expresión, ley, contenida en el artículo 413 del Código Penal, no debe entenderse solo como ley en sentido formal, sino, en armonía con la Constitución, como norma jurídica aplicable al caso concreto, lo cual incluye la Constitución, la ley en sentido formal, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-335 de 2008).

Por tanto, a partir de una interpretación armónica de los artículos constitucionales mediante los cuales se consagra el principio de legalidad en Colombia, se puede concluir

que todos los servidores públicos, incluidos por supuesto los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el ilícito de prevaricato por acción, a causa de la emisión de una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.

En este mismo fallo, se insistió en el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional y la emitida por las Corporaciones como el Consejo de Estado, cuyo desconocimiento puede implicar incluso la responsabilidad penal de los servidores públicos, no solo de los jueces sino de las autoridades administrativas y de los particulares que desarrollen funciones públicas. Para Cerra Jiménez “la necesidad de abandonar una concepción decimonónica de la jurisprudencia, insistiendo en la fuerza vinculante de la misma, aún en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y de tradición continental europea, al redundar en igualdad, seguridad jurídica, garantía de principios y derechos fundamentales (Cerra. 2002. p. 137).

En otra oportunidad dijo la Corte sobre este mismo asunto:

“La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto” (Sentencia T-439 de 2000). Léase también doctrina emitida en los fallos de unificación del Consejo de Estado.

El grado de aceptación del valor normativo del precedente ha llegado al punto de legitimar a la Corte Constitucional para sostener que su inobservancia, bajo ciertos respectos, puede ser constitutiva del delito de prevaricato. Así, como bien se explicó en la plurimencionada sentencia C-335 de 2008, donde se sostuvo que prevarica el servidor

que reproduce normas declaradas inexequibles, excepciona por inconstitucionalidad una norma declara exequible, interpreta una norma condicionadamente exequible en forma diversa a la ordenada por la Corte, siendo vinculante es estos casos tanto el decismum como la ratio decidendi, desconoce fallos de simple subsunción proferidos por una alta corte, vulnera la interpretación constante de los derechos fundamentales contenida en fallos de tutela proferidos por la corte constitucional, se aleja inconsultamente los constantes fallos de reiteración que fijan en forma clara y univoca el sentido de la ley, y en fin contraviene los fallos de unificación. Sin embargo, y para evitar la reverencia desproporcionada a los jueces y a sus pronunciamientos, la Corte señala que en las hipótesis jurisprudenciales diversas a la enunciada, la desobediencia al precedente no redundará en un delito, es decir, no prevarica el servidor cuando la norma admite diversos significados, pues aquí es suficiente la casación, si su interpretación, en un escenario equivoco, no es del todo arbitraria o irracional, en los casos novedosos donde no hay jurisprudencia consolidada y en las líneas caóticas (sentencia C-335 de 2008)

Cuando la Corte analizó el poder vinculante de la ratio decidendi, también dijo que “el servidor público, pueda ser procesado penalmente por el desobedecimiento del precedente, éste puede verse investigado disciplinariamente, bajo el entendido que con desobedecimiento de la jurisprudencia está desconociendo la constitución y la ley” (Sentencia SU-047 de 1999)

En sentencia C-816 de 2011 la Corte analizó la inaplicación del precedente por parte de las autoridades administrativas y manifestó:

“al igual que en el ámbito de judicial, el *apartamiento administrativo* de la decisión judicial precedente se halla reglado, debiendo ser expreso y razonado. El artículo 102 citado, prescribe los fundamentos admisibles de una decisión negativa a la solicitud de extensión jurisprudencial: (i) necesidad de un período probatorio para refutar la pretensión del demandante; (ii) falta de identidad entre la situación jurídica del solicitante y la resuelta en la sentencia de unificación invocada; (iii) discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto de las normas aplicables -quien podrá decidirla, con “*los mismos efectos del fallo aplicado*” (Art 269, Ley 1437/11)-. En todo caso, la negación de la solicitud de extensión jurisprudencial debe ser suficientemente motivada por la autoridad administrativa competente, al igual que ocurre cuando un juez se aparta de la jurisprudencia vinculante (sentencia C-816 de 2011).

Así las cosas, resulta absolutamente claro que a las autoridades administrativas les es aplicable sanciones penales, disciplinaria y jurisdicciones cuando no apliquen sin justificación alguna el precedente judicial, entiéndase por éste los provenientes de las altas cortes de las distintas jurisdicciones que integran la rama judicial. El reto es grande, exige de la función pública una capacitación enorme y una responsabilidad y compromiso absoluto con el ordenamiento jurídico colombiano, que con la adopción de normas encaminadas a efectivizar derecho, busca evitar injusticias a los ciudadanos de pie, que acuden a la administración.

De la misma forma las sentencias de unificación del Consejo de Estado, por ser precedente y al estar incluidas dentro de las fuentes formales del derecho administrativo, como se ha dicho a lo largo del desarrollo de este trabajo, y como se ha afirmado jurisprudencial y doctrinalmente, ostenta una obligatoriedad y carácter vinculante que no puede ser desconocida ni por los Jueces de la Republica ni por las autoridades administrativas, pues contravendría la ley que menciona el artículo 413 del Código Penal Colombiano. Como se ha sostenido, apartarse de la doctrina probable dictada por las altas corporaciones, obliga a los Jueces a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. Allí también quedó claro que en Colombia existe un sistema relativo de jurisprudencia, pues aun cuando los precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta. Sin embargo, aun cuando el carácter vinculante del precedente judicial se extiende tanto a las autoridades administrativas como a las judiciales, es preciso decir que existen diferencias entre ambas funciones, pues las primeras no gozan de autonomía e independencia, como sí ocurre con las segundas.

De allí que se afirme que el precedente es, en todo caso, obligatorio para las autoridades del orden administrativo, mientras que, respecto de la función judicial, se permite a sus ejecutores apartarse del mismo, siempre que expongan razones atendibles, siguiendo las exigencias argumentativas reseñadas en precedencia. Así las cosas, a las autoridades administrativas solo les esta cumplir y acatar el precedente y que su apartamiento injustificadamente de la jurisprudencia vigente puede dar lugar a cometer el reato antes mencionado.

Pero las sanciones no tan solo son de índole penal, además los funcionarios administrativos responden disciplinariamente por su actuar no ajustado a Derecho, es así como con base en el Código Disciplinario Único, las autoridades administrativas pueden resultar condenados a amonestación, multas, suspensión, etc, por la no observancia del precedente y sentencias de unificación del Consejo de Estado, lo que de suyo constituye un desconocimiento de la Constitución y la ley, ya que el objeto de los procesos disciplinarios está relacionado con la necesidad de garantizar que se respeten los principios de eficiencia, diligencia, celeridad y debido proceso sin dilaciones injustificadas a los que hace referencia la Carta Política.

4. Conclusiones

La Constitución, la ley en sentido formal, los actos administrativos y la jurisprudencia de las altas cortes (ratio decidendi y resuelve) son considerados fuentes del derecho obligatorias, la equidad, la jurisprudencia (entiéndase obiter dicta), los principios generales del derecho y la doctrina, son considerados criterios auxiliares de la actividad de los jueces.

En sus múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional, en la doctrina y más recientemente en la ley en sentido formal, se desechó la interpretación exegética y adoptó el análisis más amplio, bajo el argumento de que el imperio de la ley era mucho más que la ley formal. De ahí que con la entrada en vigencia de normas, tales como ley 1395 de 2010, 1437 de 2011 y 1564 de 2012 se haya introducido la vinculatoriedad de la jurisprudencia de los Tribunales de cierre de las diferentes jurisdicciones.

Jurisprudencialmente se redefinió el significado común de criterio auxiliar de la jurisprudencia, se la revistió de obligatoriedad y señaló que ésta contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido y alcance de la carta y hace parte, a su vez, del imperio de la ley a que están sujetos los jueces según la reinterpretación del artículo 230 de la Constitución.

El nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo, incorporó la figura de la extensión de la jurisprudencia a las sentencias de Unificación del Consejo de Estado, en desarrollo de un nuevo mandato que obliga a las autoridades a tener en cuenta las mencionadas sentencias al adoptar sus decisiones.

Es a los Jueces de la República y particularmente al Consejo de Estado, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, a quienes les corresponde interpretar el ordenamiento jurídico. En esa medida, la labor

creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas.

La vinculación al precedente y a las sentencias de unificación del Consejo de Estado, no implica que el Derecho no progrese y se acomode a las necesidades de cada momento, sino justo lo contrario. Conlleva que el Derecho evolucione, ya que su aplicación tiene lugar de forma flexible, dada la posibilidad jurídica que tienen los jueces de apartarse de sus precedentes.

En los pronunciamientos de las altas cortes y en especial los emitidos por la Corte Constitucional, son precedentes judiciales de obligatorio cumplimiento, así como desde luego las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Esta vinculatoriedad va dirigida a los funcionarios judiciales y autoridades administrativas, quienes en virtud a los deberes y facultades otorgadas por la Constitución y la ley, tienen la obligación de observar la jurisprudencia antes de tomar sus decisiones.

El legislador vinculó a las autoridades administrativas e impuso un deber de observancia de las decisiones de unificación del Consejo de Estado, con el fin de evitar que ante la identidad de presupuestos fácticos y jurídicos, las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de derechos que en sede judicial ya han sido aceptados.

Al amparo de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica se ha erigido el precedente judicial como vinculante, en el ordenamiento jurídico y en lo relativo a la función pública. Su vinculatoriedad obedece a postulados constitucionales.

La previsibilidad de las decisiones administrativas y 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 y las autoridades administrativas han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente y esto lo ofrece un sistema fuerte en unificación de la jurisprudencia.

De acuerdo a los pronunciamientos de la Corte, podemos concluir que sólo están cubiertos con el valor del precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su ratio decidendi y decisum

Así las cosas, resulta absolutamente claro que a las autoridades administrativas les es aplicable sanciones penales, disciplinaria y jurisdicciones cuando inaplicable sin justificación alguna el precedente judicial. El reto es grande, exige de la función pública una capacitación enorme y una responsabilidad y compromiso absoluto con el ordenamiento jurídico colombiano, que con la adopción de normas encaminadas a efectivizar derecho, busca evitar injusticias a los ciudadanos de pie, que acuden a la administración.

Con todo, es dable concluir, que los funcionarios administrativos tienen como obligación la observancia y aplicación de la Constitución y la ley, que en ella está inmersa el precedente y las sentencias de Unificación del Consejo de Estado y que su inobservancia o apartamiento injustificado constituye la comisión de un delito y de faltas de tipo disciplinario.

Bibliografía

Tamayo, J. (2012). El Precedente Judicial en Colombia: Papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana: Grupo Editorial Ibáñez: CEC. Centro de Estudios Constitucionales.

Tamayo, J. (2011). La decisión judicial. Bogotá. Dike

Skinner, M. (2011). Historia del Precedente Judicial en Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Montoya, L. (2011). La Excepción se hace Regla: el derecho judicial el precedente judicial en el discurso de las fuentes del Derecho. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.

Santofimio, J. (2010). La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Bastidas, R. (2009). El precedente Judicial. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley

Diez, S. (2008). El precedente Administrativo: fundamentos y eficacia. Madrid. Marcial Pons.

Otello, A. (2005). Igualdad en la aplicación de la ley y el precedente judicial. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Moral, S. (2002). El precedente Judicial. Madrid. Marcial Pons.

- López, D. (2001). El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá. Ediciones Uniandes; Legis Editores
- Perdomo, J. (2004). Derecho Administrativo. Bogotá. Legis Editores.
- Bulygin, E. (2009). Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferreres, V & Xiol, J. (2009). El carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bernal, C. (2005). El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, J. (1990). Independencia y responsabilidad del juez. Madrid. Civitas.
- Pulido, C. (2003). La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. Rodríguez, E. El Precedente 2003. Cali: Universidad Icesi.
- Jiménez, W. (2009). La jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano. Universidad Nacional del Colombia, Bogotá.
- Sarmiento, J. (2011). El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo?. Universidad de los Andes. Bogotá.
- Sarmiento, J. (2012). Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?
- Olano, H. (2010). Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo. Universidad de la Sabana. Bogotá.

- González, J. (2006). El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Díaz Granados, A. (2011). Vinculatoriedad del precedente judicial de la Corte Constitucional Colombiana: ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas de su desarrollo?. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Ceballos, Diana. (2007). El precedente y sus criterios de Corrección. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Defensoría del Pueblo. (2009). Plan nacional de capacitación: sistema nacional de defensoría pública. Bogotá. Imprenta Nacional.
- Contreras, J. (2011, 07). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (41). p. 331.
- Pulido, C. (2008, 12). El precedente en Colombia. Derecho del Estado Nueva Serie. (21). p. 81.
- López, D & Gordillo, R. (2002, 12). Consideraciones Ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia. (15). p. 3.
- Cerra, L. (2002, 07). Título de legitimidad del precedente judicial vinculante. Nueva Época. (17). p. 137
- Hernández, L. (2009, 09). El valor jurídico del precedente en materia contenciosa y administrativa. Letras Jurídicas. (14). p. 152.
- Escobar, L. (2008). El uso del precedente extranjero por parte de la corte constitucional colombiana. Revista colombiana de derecho internacional. (13). p. 403.
- Hernández, A. (2011). La jurisprudencia en el Nuevo Código. A. Hernández (Presidencia), *Seminario internacional de presentación del nuevo código de*

procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo ley 1437 de 2011.
Consejo de Estado, Bogotá.

Zúñiga, G. (2007). El sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Barranquilla. Universidad del Norte Editorial.

Sierra, H. (1998). Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

García Enterría, E. (2013). Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Marcial pons.

Fonseca. M. (1992) Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. Barranquilla, Universidad del Norte

Estrada, J. (2003). El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001, en Anuario De Derecho Constitucional, Análisis De La Jurisprudencia De La Corte Constitucional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia

Echeverry, C. (2011). Análisis de la consolidación del precedente constitucional como fuente primaria de Derecho en Colombia. Gráficas Olímpicas

Tascón, T. (1953). Historia del derecho constitucional colombiano. Bogotá. Universidad Libre de Colombia.

De Otto, I. (1999). Derecho Constitucional: Sistema De Fuentes. Bogotá. Ariel

Tafur, G. (1997). Estudios de derecho público. Bogotá. Ibáñez

LISTADO DE SENTENCIAS

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992
Corte Constitucional. Sentencia T- 414 de 1992
Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 1993
Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993
Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 1993
Corte Constitucional. Sentencias T-547 de 1993
Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993
Corte Constitucional. Sentencia C-217 de 1993,
Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 1994
Corte Constitucional. Sentencia T-206 de 1994
Corte Constitucional. Sentencia C - 083 de 1995
Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995
Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995
Corte Constitucional. Sentencia C – 037 de 1996
Corte Constitucional. Sentencia SU - 047 de 1997
Corte Constitucional. Sentencia SU – 478 de 1997
Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1998
Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999
Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1999
Corte Constitucional auto 016 de 2000
Corte Constitucional. Sentencia C- 821 de 2001
Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 2000
Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001
Corte Constitucional. Sentencia SU-1122 de 2001
Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2007
Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008
Corte Constitucional. Sentencia C- 634 de 2011
Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 2011
Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011
Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011
Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2011
Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2069 de 16 de febrero de 2012

Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad 11001-03-27-000-2012-00045-00 (19718)