

**PORQUÉ EL PRECEDENTE JUDICIAL DEBE SER UN PARÁMETRO DE
LEGALIDAD POR VIA DE EXCEPCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

XIOMARA GAVIRIA CARDONA

C.C. 32.183.550

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO PARA OPTAR AL TITULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

ASESORA METODOLÓGICA

LINA ACEVEDO

ASESOR TEMÁTICO

GABRIEL JAIME SALAZAR GIRALDO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE ADMINISTRATIVO

COHORTE 36

MEDELLÍN

2012

PORQUÉ EL PRECEDENTE JUDICIAL DEBE SER UN PARÁMETRO DE LEGALIDAD POR VIA DE EXCEPCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS*.

Por Xiomara Gaviria Cardona**

RESUMEN

Colombia ha pasado de considerar un sistema de fuentes del Derecho con fundamento en la legalidad o legocentrista, a poner de presente y como fundamento esencial por respeto a la seguridad jurídica e igualdad, que las decisiones de los jueces y la autoridad administrativa respeten y cumplan el precedente judicial, de allí que el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico haya variado en la interpretación concerniente a que la autoridad pública solo está sometida al imperio de la ley, en la medida que ésta última puede igualmente ser el precedente judicial. Así entonces, resulta válido considerar que la legalidad de los actos de la administración pueda ser controlada por vía de excepción o inaplicación en un procedimiento judicial o administrativo con base en el precedente judicial, como garantía de superioridad normativa de la fuente de derecho y respeto del ordenamiento jurídico, a pesar de que el legislador omitió consagrar esta fuente como mecanismo expreso de control de legalidad de los actos administrativos.

Palabras Clave: Acto administrativo, control de legalidad, fuentes del Derecho, inaplicabilidad, jurisprudencia, precedente judicial.

* El presente artículo se presentó como trabajo de grado para obtener el título de especialista en derecho administrativo de la Universidad de Medellín.

** Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho de familia. Correo Electrónico: Xiomara.gaviria@live.com

ABSTRACT

Colombia has gone from considering a system of sources of law on the basis of the legality, to put this and as an essential foundation of respect for legal certainty and equality, that the decisions of the judges and the administrative authorities to respect and fulfill the judicial precedent, hence the system of sources of law has changed in regard to the interpretation that the public authority is subject only to the rule of law, to the extent that the latter can also be judicial precedent. So, it is valid to consider the legality of acts of the administration can be controlled by way of exception or derogation in judicial or administrative proceedings based on judicial precedent, as a guarantee of superior rules of the source of law, and respect the legal system, despite to the legislator failed to enshrine this source as a mechanism express legality of administrative acts.

Keywords: administrative act, judicial review, control of legality, unenforceability, jurisprudence, judicial precedent.

INTRODUCCIÓN

Colombia, desde la Constitución de 1886, hasta el actual sistema constitucional promulgado en 1991, ha adoptado dentro del sistema de fuentes del Derecho a la ley, fuente principal para regular y solucionar toda conducta intersubjetiva de intereses ocurrida en el Estado entre las diferentes personas. No en vano el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 establece como obligación, para los administradores de justicia lo siguiente:” 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”.

Sin embargo, ha pasado el tiempo y las realidades sociales parecieran cambiar la concepción del Derecho lego-centrista como lo denomina López (2006: p. 24), a cuyo margen ha marchado la doctrina y las decisiones judiciales de los últimos tiempos en el país, razón que permite llamar la atención sobre las reformas legales y aún jurisprudenciales que han pretendido otorgarle ese poder principal de fuente de derecho al precedente jurisprudencial, e ir inclinando la balanza hacia un sistema de precedentes judiciales.

A propósito, hablar y escribir de precedente judicial tal vez ya no sea tan novedoso como lo era en otras épocas en Colombia, tal vez por eso la mayor riqueza bibliográfica en el tema éste concentrada en los años 90 y principios del año 2000, pero el enfoque que se le ha dado a este trabajo de investigar cómo opera el precedente cuando se enfrenta a un acto administrativo y si es posible su control por vía de excepción para el caso concreto, es lo que marca la diferencia con la temática analizada sobre precedentes judiciales, ya que el avance de las relaciones sociales y por ende del derecho, hoy centran la atención respecto a cómo una decisión de la administración puede verse controlada en su legalidad por un pronunciamiento judicial de una alta Corte, generado como efecto que pueda ser retirado del ordenamiento jurídico para solucionar un caso concreto.

Hoy día que cobra mayor relevancia el análisis de esta temática, cuando la misma Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011 establece que la autoridad pública está sometida de forma obligatoria al respeto del precedente judicial, sentencia que comienza a marcar un camino en el cual la decisión del juez, después de la constitución y la ley, es el acto normativo por excelencia para regular conductas y solucionar controversias. De manera que la readecuación de fuentes del derecho y el respeto de la autoridad a la decisión judicial, así no haya sido parte en el procedimiento que terminó con sentencia, es un punto que no deja de llamar la atención para analizar en torno a las fuentes del derecho y a su escala normativa.

Precisamente, en ese marco de regulaciones donde la institución del precedente cobra importancia está la Ley 1437 de 2011, Código Contencioso Administrativo, estatuto que regula no solo su obligatoriedad para la autoridad administrativa, sino que también crea el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros (artículo 102) y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (artículo 256). Pero en materia de control por vía de excepción o inaplicabilidad de actos administrativos (artículo. 148), sólo señala como parámetros la Constitución o la ley, omitiendo referencia alguna al precedente judicial, de ahí que se pregunte acerca de ¿Porqué el precedente judicial debe ser un parámetro de control de legalidad por vía de excepción de actos administrativos?.

Acompañado al vacío doctrinal sobre la temática concreta y a la promulgación del nuevo Código Contencioso Administrativo, en el cual el tema de precedente judicial marca una pauta y un hito respecto del anterior estatuto, no puede perderse la oportunidad de analizar y profundizar un tema que apenas comienza a sentir un efecto práctico, esta vez ya no solamente en los jueces para guiar sus decisiones en casos específicos, sino también en la administración pública cuando por medio de sus actos administrativos creen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas. Esto en sí es un nuevo paradigma digno de análisis, el que en materia de control de legalidad de actos administrativos por vía de excepción pueda utilizarse como fuente el precedente judicial.

Por consiguiente, y como objetivo general de este escrito estará el analizar si el precedente judicial se constituye en un parámetro de control por vía de excepción de los actos administrativos, de ahí que como objetivos específicos se hayan configurado: determinar la obligatoriedad y funcionalidad del precedente judicial en Colombia; identificar los sistemas de control de legalidad de los actos administrativos por parte de los Jueces y; explicar la reconfiguración del acto administrativo dentro de la escala o pirámide normativa en Colombia.

La hipótesis propia para seguir con estos objetivos y la pregunta guía del tema no era otra que: El precedente judicial al ser expresión directa de la ley, se constituye en parámetro de control de legalidad de los actos de la administración incluso por vía de excepción.

Para el cumplimiento de estos objetivos y la confirmación o no de la hipótesis se adoptó un método netamente documental el cual, mediante la recolección de datos bibliográficos, citas textuales, legales y jurisprudenciales, posibilitó un análisis específico del tema, a partir de allí el lector abordará este escrito por subtemas referentes a: lo funcional y obligatorio del precedente judicial en Colombia, los dos sistemas de control de legalidad que existen para controlar la validez y justicia de los actos administrativos, la reconfiguración del acto de la administración dentro de la escala normativa y las conclusiones derivadas del desarrollo tema.

1. OBLIGATORIDAD Y FUNCIONALIDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

El precedente judicial es conocido como una fuente formal de creación del derecho, ya no proveniente de la ley creada por la función legislativa del poder, sino por las decisiones de los jueces en casos concretos, lo que se convierte precisamente en una guía, pauta o doctrina a seguir por los demás órganos jurisdiccionales que funcionalmente sean de inferior competencia. El concepto de precedente judicial de acuerdo con lo expresado por Bell citado por Bernal (2009, p. 153) quiere decir "(...) tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes"; además de la anterior referencia requerir de los "jueces de tribunales específicos que consideren

ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”.

Frente a esta noción plantea López (2011: parr, 3) que lo que se denomina precedente judicial consiste en que cinco jurisprudencias, sobre un mismo punto de derecho, adquieren carácter vinculante y obligan al operador judicial o administrativo para que con base en ese precedente dicte una sentencia de iguales proporciones. Sin embargo, el concepto de este autor es erróneo en la medida en que el operador administrativo en ningún momento profiere sentencia. Igualmente se ha señalado al precedente como:

(...) el principio o regla que, más allá de las particularidades irrelevantes de un caso fallado, constituye la fuente directa de la decisión tomada, al tener un vínculo estrecho e inescindible con la parte resolutive de la misma y que, además, sirve para resolver casos idénticos posteriores al ser lo realmente obligatorio de una sentencia judicial, en virtud del principio constitucional de igualdad (Botero: 2006, p. XXIII-XXIV).

Metodológicamente para identificar el precedente es necesario reconocer la *ratio decidendi* que es la regla específica para solucionar el caso, y la *obiter dicta* que son los argumentos expresados por el juzgador pero que no son esenciales para determinar directamente la solución del caso.

En el *common law*, según lo afirma Velásquez, citando a Garapon y Papadopoulos (2012: p. 321) “Una vez que una decisión ha sido tomada, la misma debe ser proferida en todos los casos de especie similar por todas las jurisdicciones (...) No hay una técnica de interpretación sino un método de diferenciación a partir de casos de especie ya solucionados (...). En dicho sistema el juez no aplica el derecho sino que establece las reglas del derecho”.

Precisamente, el pragmatismo, la experiencia, el sentido común, la tradición, que son puntos de referencia de un sistema de *common law*, permiten al decir de Ghirardi, citado por Velásquez (2012: p. 323) “Ni el juez ni el abogado van de lo general a lo particular, ni tampoco de lo particular a lo general; siempre van de lo singular a lo

singular, en busca de encontrar un mismo precedente que se adecue al caso concreto estudiado”.

La regulación normativa del precedente jurisprudencial en Colombia ha sido escasa por el tradicionalismo de fuentes que ha imperado en el país, sin embargo en los últimos tiempos, el legislador ha puesto en un escenario principal el precedente, las razones van desde evitar la congestión judicial logrando unificar la solución de los casos, hasta evitar la litigiosidad generando una aplicación obligatoria de esta figura antes de ejercer el derecho de acción. Se tienen así disposiciones jurídicas como:

- Ley 169 de 1896. artículo. 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores (exequible condicionadamente por la sentencia C-836 de 2001).

En palabras de Caro (2012: p. 268), el verbo “podrán” dejaba en manos de los jueces del país la decisión de utilizar, o no, la doctrina probable que pudiera surgir de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

- Ley 1395 de 2010, que en su tenor literal del artículo 114 establecía: Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. Disposición declarada exequible por medio de sentencia C-539 de 2011, incluyendo la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional. Norma que tuvo vigencia hasta el 2 de julio de 2012, por cuanto fue derogada por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011.
- Ley 1437 de 2011, que en su artículo 10 ordena: “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. Declarado EXEQUIBLE de manera condicionada, por los cargos analizados en esta sentencia, en 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, mediante Sentencia C-634 de 2011”.

- Ley 1437 de 2011, en el artículo 102 establece: “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...”. Declarado condicionalmente exequible mediante sentencia C-816 de 2011, 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.
- Bajo la misma ley 1437 de 2011, artículo 256 y 258 y 270 se establece: El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales. Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. Y serán sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Es claro entonces que la regulación legal es mínima y la importancia del tema pareciera limitarse a los últimos tiempos, donde con dos legislaciones se habla expresamente de la figura del precedente, y más en los asuntos contencioso administrativos, no obstante es importante reconocer que en Colombia el precedente judicial ha adquirido una importancia en el sistema jurídico, a pesar de que la Constitución Política de 1991 en el artículo 230 establece que la ley es la fuente

principal del derecho que obliga a los jueces, mientras tanto la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación a la par que la doctrina y la costumbre. Pero la figura del precedente jurisprudencial ha derivado de la aplicación de los mas esenciales pilares de construcción de Estado social de derecho como lo es la seguridad jurídica y la igualdad, de ahí que su verdadera dimensión de fuente del derecho haya sido reconocida en primer lugar por la misma jurisprudencia, en instancia de constitucionalidad o tutela (López, 2008: p. 3-6).

En efecto, como lo señalara Bernal (2008: p. 149-151) el sistema de fuentes del derecho en el país se ha replantado profundamente, en tanto que la Constitución es la fuente principal del ordenamiento y cualquier otra norma que la contraríe debe ser retirada del mismo, pero también por principio de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, la aplicación de la ley debe ser igual, lo que implica al decir de Ollero (2005) que casos iguales deben ser fallados de igual forma. Allí precisamente radica la esencialidad del precedente judicial en la administración de justicia en Colombia y en la aplicación de la misma por toda la autoridad pública.

Es copiosa la jurisprudencia constitucional que ha señalado la configuración del precedente judicial en el ordenamiento jurídico Colombiano, empero en ese avance por la construcción de tal figura se hará referencia a las mas fundamentales, siguiendo el valioso trabajo del profesor Caro (2012: p. 265-302).

En el fallo de revisión en tutela T-406 de 1992, la Corte Constitucional estableció en la parte resolutive del fallo que: “En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que se dejen obras inconclusas que afecten la salubridad publica, la doctrina constitucional señalada en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para todas las autoridades, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991”. Orden judicial que pareciera contrariar lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política, pero que era el inicio de una reinterpretación de las fuentes del derecho en el país.

En las sentencias C-113 y C-131 de 1993, la Corte aceptó la existencia de un sistema de precedente judicial pero únicamente en la doctrina constitucional fijada por la corte en sentencias de constitucionalidad. Según el alto tribunal las sentencias de esa naturaleza son obligatorias para jueces, funcionarios y particulares, en su parte resolutive y las consideraciones determinantes para la solución del caso. En la sentencia C-511 de 1994, sentencia proferida por mayoría, los magistrados mayoritarios apoyaron la decisión que se profirió con el fallo de tutela T-409 de 1992, que negaba la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar, los magistrados disidentes apoyaron su salvamento de voto en el fallo de tutela T-547 de 1993, que concedía la tutela a un cristiano que se negaba a prestar juramento luego de instaurar denuncia penal. Lo fundamental en esta sentencia como lo señaló el profesor Caro, fue el reconocimiento implícito del peso argumentativo de los fallos de tutela decididos con anterioridad, parte fundamental en un sistema de precedente judicial.

En el fallo de tutela T-123 de 1995, la Corte Constitucional estableció que: “(...) a través de la jurisprudencia -criterio auxiliar de la actividad judicial- de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad”. Lo que implicó reconocer que el precedente mas que regular una disciplina en la decisión judicial, estaba vinculado estrictamente con hacer efectivos los derechos fundamentales.

Con la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional recalcó que solo esa corporación podía definir los efectos de sus fallos y que la interpretación que hace por vía de autoridad del texto constitucional tiene alcance obligatorio y general. Sin embargo en materia de fallos de tutela el juez estaba sometido al imperio de la ley, pero por virtud del principio de igualdad era posible exigirles que si iban a apartarse del fallo de revisión de tutela expusieran suficientemente las razones para hacerlo. Siguiendo palabras textuales del profesor Caro (2012: p.290), quien cita a Bernal se tiene que en la sentencia: “ No solo se encargó la Corte de instalar las características de un sistema de precedente jurisprudencial. Con esta sentencia exigió que el

Congreso de la República respetara también el precedente jurisprudencial fijado por ella. Hasta ahora la obligatoriedad vinculaba a los funcionarios judiciales y autoridades administrativas pero con este fallo se extendió al mismo legislador”.

En el fallo de revisión de tutela T-175 de 1997, la Corte revocó cerca de 244 fallos de tutela porque desconocieron el precedente fijado en el fallo de revisión de tutela T- 418 de 1996, lo que implicaba reconocer la obligatoriedad de la decisión previa y su aplicación a casos iguales por parte de los jueces.

Con las sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999, la Corte reafirma la existencia de precedente jurisprudencial revocando varias sentencias del Consejo de Estado que tenían que ver con el periodo de los alcaldes, ratificando que su precedente indicaba que el período de estos funcionarios era personal desde el día de la posesión, así logró que se respetaran las sentencias C-011 de 1994, C-586 de 1995, C-488 de 1997.

En el año 2001, mediante la sentencia C-836, se reinterpretaría el texto legal que fundamentaba que la ley era la principal fuente del Derecho y la jurisprudencia sólo un criterio auxiliar, precisamente eso se infería del artículo 4 de la ley 169 de 1896. Pero la alta corporación judicial señaló “(...) una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional”. Ahora, en la sentencia también se estableció que la Constitución y la ley eran las fuentes primigenias del derecho, sin embargo la aplicación igual de la misma era lo que le daba carácter vinculante a la doctrina legal, sin desconocer que los jueces inferiores cuando se apartaban de tal noción están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. Pero bajo esta sentencia quedó claro que el poder vinculante de la jurisprudencia dependía de su reiteración tres o mas ocasiones de la misma tesis, regla o principio.

Finalmente, la Corte mediante sentencia C-539 de 2011 y C-634 de 2011, estableció que:

La reconceptualización del principio de legalidad, al cual se encuentra sometido la actuación de los servidores públicos, la cual vincula el concepto “ley” u “orden jurídico” a la jurisprudencia como fuente formal de derecho. Para esa postura, en tanto diversas normas constitucionales obligan a que la actuación de las autoridades administrativas esté sometida al imperio de la ley, ello significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial, según se explicó en precedencia.

Así, en criterio de la Sala, “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 6º, 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 fé 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”

Con estas sentencias la Corte avanzó en la configuración del precedente jurisprudencial en Colombia y de manera expresa aceptó la reconfiguración de fuentes del derecho en torno al principio de legalidad del ejercicio de la función pública, el cual si bien queda sometido al imperio de la Constitución y la ley, esa forma abstracta se ve sometida a la interpretación y aplicación de los precedentes jurisprudenciales. De ahí que el reconocimiento del precedente, más que desde la ley, partió de la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que ocurre es que actualmente el legislador se ha puesto en función de tal reconocimiento.

Ahora bien, como la mayor parte de todo lo conceptual en derecho, y no será esta la excepción, para determinar lo obligatorio del precedente judicial se requiere de clasificaciones para extraer su verdadero contenido y naturaleza, de manera que la imperatividad del precedente judicial no es la misma de acuerdo a ciertos factores que lo dividen. Así pues en materia de precedente constitucional sea vertical u horizontal, el grado de vinculación de toda la autoridad pública es ineludible en la medida que es en esta sede que la Constitución mantiene su integridad y se define el alcance de los derechos fundamentales, no obstante, las sentencias de constitucionalidad mientras no exista cambio constitucional son vinculantes de forma absoluta, es decir, ninguna autoridad puede reproducir y aplicar el contenido de una disposición legal declarada inconstitucional.

Por su parte las decisiones de revisión en tutela son vinculantes en forma relativa, en tanto los jueces pueden apartarse cumpliendo dos requisitos: primero, hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y segundo demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales (sentencia C-634 de 2011).

De igual forma, en caso de existir precedente en materia ordinaria por razón de la reiteración de tres sentencias sobre un mismo punto de derecho, o en materia contencioso administrativa con la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, el grado de vinculatoriedad de los jueces es relativo, en cuanto pueden apartarse de tal fuente, primero haciendo explícitas las razones por las cuales se apartan de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y segundo demostrando suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales (sentencia C-634 de 2011). En definitiva porque para el caso concreto a resolver por el juez la fuente que soluciona directamente el caso es la Constitución y no precisamente el precedente al no advertirse exactamente el mismo supuesto fáctico

y jurídico, o a pesar de existir coincidencia la interpretación que se ofrece para el caso específico consulta de mejor forma los fines constitucionales.

Por otro lado, y siguiendo textualmente las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011, no sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, teniendo en cuenta que este tipo de 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.

Así entonces, las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control constitucional de las leyes, las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad proferidas por el Consejo de Estado en ejercicio del control constitucional de ciertos actos administrativos, resulta forzoso su cumplimiento en tanto son la autoridad límite en guardar la integridad del texto constitucional y ninguna otra autoridad sin excepción alguna puede desconocer lo sentenciado por estas autoridades judiciales.

Los fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional en ejercicio de su función de revisión de tutela, son obligatorios relativamente, en la medida en que solo aquellos casos que puedan catalogarse como una situación igual a la causa fáctica y jurídica fallada en revisión de tutela debe aplicarse la decisión proferida por la alta corte, sin embargo, puede el juez funcionalmente inferior, apartarse de aquella decisión cuando argumente motivos suficientes que no hagan odiosa la discriminación o solución diferente tal como lo señala la sentencia C-.634 de 2011. No ocurre lo mismo en los casos en que la Corte extiende los efectos de sus fallos de revisión o aplica los efectos inter comunis, con lo cual pretende garantizar el mismo trato a determinado grupo de personas, lo que genera la obligatoriedad estricta del fallo de tutela, tal como se advierte de la sentencia SU-1023 de 2001.

Las sentencias de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en caso de tratarse de tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, lo que constituye doctrina probable, deben ser aplicadas por los jueces funcionalmente inferiores, excepto que demuestren bajo claros argumentos jurídicos que no debe seguirse igual solución. Las sentencias del Consejo de Estado, actuando como máximo tribunal en materia administrativa, (recursos extraordinarios de unificación jurisprudencial), son igualmente vinculantes para jueces funcionalmente inferiores, pero pueden apartarse argumentado una diferencia de trato.

Mientras tanto las sentencias de constitucionalidad, los fallos de revisión en tutela, la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, son obligatorias absolutamente para la administración, quien no podrá apartarse de ella en ningún evento, en la medida que no tienen ninguna función jurisdiccional sino de ejecutar la ley, y precisamente en un sentido amplio eso es lo que constituye precisamente la funcionalidad el precedente judicial, una aplicación igual de la ley y un parámetro de seguridad jurídica.

En materia contencioso administrativa, en palabras de Velásquez (2012: p. 325), se ha creado la figura de antecedente jurisprudencial, mas no ha sido acogida la teoría del precedente como fuente formal del derecho, sino el de jurisprudencia como criterio auxiliar. Sin embargo, los parámetros constitucionales y las nuevas regulaciones legislativas obligan a replantarse un tema que desde antaño ha sido analizado con recelo, pero que hoy son una realidad, precisa y paradójicamente por mandato de la ley.

2. SISTEMAS DE CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR PARTE DE LOS JUECES.

El principio de legalidad es una de las características esenciales del acto de la administración en un Estado regulado por el derecho, precisamente como lo expresa Fernández (s.f), este principio se caracteriza por:

(...) este principio posee dos criterios o elementos fundamentales. Como primer arista de este principio debe entenderse que en el derecho administrativo el principio de igualdad jurídica comprende que no sólo el interés legítimo del administrado debe encauzarse, sino que este debe permanecer en equilibrio con el interés del Estado por la defensa de la norma jurídica.

El principio trata de asegurar una igualdad jurídica y procesal de los administrados aunque esto pueda llevar a que en la práctica muchas veces el comportamiento de la administración sea muy contradictorio con el interés particular; la Corte en este sentido explica la igualdad de la siguiente manera "Se trata de una igualdad de tratamiento en razonable igualdad de circunstancias, eliminando excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se acuerde a otros en las mismas circunstancias mediante distinciones arbitrarias, injustas u hostiles, contra determinada persona o categoría de personas"

La otra arista de este proceso es la garantía contra la arbitrariedad con base en la razonabilidad, es decir que importa una obligación de una conducta derivada de la justicia y la equidad para fundamentar la legalidad del proceso.

Como síntesis de la conjunción de los elementos del principio se podría afirmar que para nuestro ordenamiento la garantía del proceso legal también alcanza a los actos administrativos.

Asimismo, ha sido criterio de la Corte Constitucional considerar que:

(...) el acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el

acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición (Sentencia C- 1436 de 2000).

Debe tenerse claro que los actos administrativos, tal como lo afirma Rodríguez (1994: p.224), se presumen legales hasta tanto no sean anulados por la autoridad competente, lo que significa que deben ser obedecidos y acatados por los sujetos a quienes se dirige la voluntad de la administración. El ordenamiento jurídico establece dos mecanismos para controlar específicamente la legalidad de estas declaraciones de voluntad, lo hace reconociendo el derecho de acción, o por medio de la excepción o inaplicabilidad.

Ahora, si bien acción y excepción son cara de una misma moneda, entendida como la expresión del derecho a ser escuchado por un juez imparcial y con audiencia de la parte contraria, es decir ambas son caracterizadas por la bilateralización de la afirmación, si es claro que el primer concepto ha sido entendido para efectos contencioso administrativos, como la posibilidad que tiene todo ciudadano de acudir al Estado jurisdicción y solicitar la nulidad por ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto de la administración.

La acción encuentra su regulación en el artículo 228 y 229 de la Constitución Política, y los artículos 135 a 147 de la ley 1437 de 2011, que estableció los medios de control de los actos de la administración por medio de pretensiones de Nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad, nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, protección de los derechos e interés colectivos, reparación de los perjuicios causados a un grupo, nulidad de las cartas de naturaleza y resoluciones de inscripción. Controles estos cuya finalidad es buscar que el acto de la administración cumpla con normas superiores, pues allí está

realmente la funcionalidad del acto administrativo, cumplir o ejecutar una norma superior, nunca crearla o contrariarla, y a partir de allí la decisión será dejar incólume el acto administrativo o retirarlo del ordenamiento jurídico.

También existe la posibilidad de control por vía de excepción o inaplicabilidad, esta modalidad tiene efectos particulares e individualizados en un proceso determinado, cuya función radica en que un acto administrativo no se aplique en un asunto sometido a conocimiento del juez a pesar de no haberse declarado su ilegalidad o inconstitucionalidad por el juez competente, lo que permite que en el caso concreto puesto en conocimiento del Juez, el acto que se presume legal y obligatorio no lo sea. Esta posibilidad se halla regulada en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011 de la siguiente forma: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.

Precisamente el control de legalidad de un acto de la administración busca efectivamente la garantía de cumplimiento y respeto de fuentes de derecho superiores como la Constitución y la ley, de manera que cualquier expresión o desarrollo de esas fuentes del derecho resulta de obligatorio cumplimiento por la administración, de allí que el precedente como expresión directa de la ley según lo ha determinado la Corte Constitucional al interpretar el artículo 230 de la Constitución Política, sea precisamente un parámetro de legalidad de los actos de la administración, ya que sin duda alguna la referencia establecida en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, respecto a la acción de nulidad y su procedencia cuando el acto administrativo haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, es más que una muestra de la inclusión del precedente como límite de legalidad.

Ahora bien, como quiera que el nuevo código de procedimiento administrativo no señala expresamente el precedente judicial para controlar por vía de excepción la legalidad de los actos administrativos y tampoco hace referencia genérica a la norma en que debería fundarse, esto no es obstáculo para considerarlo así, pues el desarrollo legislativo y jurisprudencial actual lo marcan como una pauta esencial y superior del ordenamiento jurídico, es mas, se cataloga como una fuente de derecho por ser aplicación directa de la ley, es decir se puede entender incluido en las fuentes formales del Derecho, razones por las cuales resulta válido inaplicar actos de la administración con base en el precedente judicial,

3. RECONFIGURACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DENTRO DE LA ESCALA O PIRÁMIDE NORMATIVA EN COLOMBIA.

Nada nuevo existe en sostener que la Constitución es la norma superior en el Estado y que a partir de allí es necesario verificar la conformidad o no de actos normativos en una escala inferior, precisamente en esa tarea de identificar cuales actos normativos debe respetar cada disposición normativa para conservar legalidad es lo que ahora problematiza el acto administrativo. No obstante, para lograr tal objetivo, es necesaria la identificación del acto administrativo como tal, siguiendo en este punto al profesor Rodríguez (1994: p. 191) se dirá que se tienen como criterios distintivos para hallar su naturaleza el punto de vista orgánico o formal, el cual predica que se distingue un acto jurídico administrativo de uno legislativo o judicial, según el órgano que profiere el acto, criterio que no resulta consistente en punto a los actos que no son legislativos pero que son creados por un órgano con esta naturaleza, como el nombramiento de personal de apoyo legislativo.

El criterio material según el cual si el acto expedido es de carácter general e impersonal tendrá naturaleza de acto jurídico legislativo, en cambio, si es individual o subjetivo, tendrá naturaleza de administrativo; no obstante, es un punto de vista que deja vacíos para explicar por qué un simple decreto reglamentario sea un acto jurídico legislativo y no administrativo, en punto a que por ser general le da un carácter de ley que difícilmente ostenta.

El punto de vista funcional o jurisdiccional, se pone a tono con una visión netamente del control posterior o previo que regule el acto, si el control se lleva a cabo ante jueces con competencia administrativa, sin duda alguna la naturaleza del acto será administrativa, mientras que si el acto es controlado por la competencia constitucional será de naturaleza legislativa, en cambio, si el control recae en competencia ordinaria el acto jurídico será de carácter privado, criterio que igual a los anteriores no explica consistentemente todo el fenómeno del acto administrativo, en tanto que una declaración de voluntad consistente en despedir a un trabajador oficial por parte de la administración también puede tener carácter administrativo, pero por su control privado tendría que negarse aquella naturaleza.

Finalmente, como lo señalara Escobar y Vargas (2000: p. 68) el criterio jerárquico esquematiza la distinción del acto administrativo conforme con en el respeto de normas superiores, es decir, si es un acto que debe respeto a la Constitución será de naturaleza legislativa, si el acto debe respetar la Constitución y la ley, será de carácter administrativo, criterio que aunado a los anteriores la distinción puede resultar mucho más clara que seguir argumentado la distinción apoyado solo en los primeros criterios.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, nuevo código Contencioso Administrativo, se obliga a la autoridad pública, al emitir acto administrativo a respetar las sentencias de unificación que profiera el Consejo de Estado, así como las sentencias de Constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, deja entrever lo novedoso y necesario de analizar la teoría del acto administrativo para su clasificación, en la medida que ahora ya no basta con el respeto de la ley y la constitución sino también del precedente jurisprudencial, postura moderna que ha sido fuertemente criticada por diversos autores, por cuanto ha sido prohijada de una interpretación errónea del artículo 230 de la Constitución política tal cual señaló Franco (2012: p. 25), o es producto de una falacia argumentativa como lo expresó Tamayo (2012: p. 25). Lo cierto, es que ya no solo el precedente judicial obligatorio se apoya en sentencias de constitucionalidad sino en la misma ley formal.

Es claro que ni la ley ni la Constitución tienen porqué respetar la unificación jurisprudencial, en la medida que esta es aplicación directa de aquellas, pero una ley si debe respetar una unificación jurisprudencial constitucional o sentencia de constitucionalidad en la medida que son actos jurisdiccionales de control de la primera fuente normativa, razón por la cual comienza a interpretarse de diversa forma la escala normativa en el Estado, ya que si en un principio se analizaba la sentencia como un acto individualizado y de inferior categoría, ahora hay que replantear el postulado a partir de una disposición jurídica como el artículo 10 del estatuto procesal administrativo, donde ya el acto de la administración no solo deberá respetar la Constitución y la ley, sino también el acto jurisdiccional tipo unificación jurisprudencial o sentencia de constitucionalidad.

Asimismo, la caracterización del acto administrativo después de la vigencia de este estatuto, no puede ser otra a la de un acto que en la escala normativa colombiana estará en un cuarto lugar, donde para su control de validez deberán analizarse normas superiores, ya no solo los actos generales y abstractos tipo leyes o la constitución política, sino actos particularizados como pueden ser las sentencias de unificación o las impersonales, abstractas y concretas de constitucionalidad.

4. CONCLUSIONES

Los jueces tienen hechos y normas (Constitución, leyes, precedentes) para resolver el caso, no así la función administrativa, en cuanto su labor no es administrar justicia por ende no resuelve casos con efectos de cosa juzgada, pero como autoridad pública, está sometida al principio de legalidad, es decir, a normativas superiores y dentro de este se incluye el precedente judicial, lo que convierte a esta fuente en un parámetro de legalidad del acto de la administración.

El control por vía de excepción está establecido para conjurar la ilegalidad manifiesta de un acto administrativo y evitar su cumplimiento a pesar de presumirse legal, pues está en contra de una norma superior. Esta posibilidad se halla expresamente en el artículo 4 de la Constitución Política, el artículo 12 de la ley 153 de 1887, y el artículo 240 del Código de régimen político y municipal; pero, en ninguna de estas

disposiciones jurídicas se halla establecido el precedente judicial y menos se encuentra como norma superior a los actos administrativos. No obstante, los desarrollos legislativos y jurisprudenciales actuales, obligan a tener el precedente judicial como parámetro de control, por vía de excepción a la legalidad de los actos administrativos.

Precisamente si el precedente jurisprudencial es un elemento vinculante para verificar legalidad del acto administrativo, el artículo 148 de la ley 1437 de 2011, desconoce tal realidad, pero la omisión legislativa no puede ser impedimento para ejercer el control del acto administrativo por vía de excepción y con efectos en el proceso en el cual se inaplique la disposición normativa por desconocimiento del precedente, en la medida que esta figura resulta de la aplicación directa de la Constitución y la ley, pero sin duda alguna el vacío legislativo debe ser completado jurisprudencialmente, ya que el fundamento constitucional acerca de que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, debe ser entendido como vinculación al ordenamiento jurídico y dentro de este está la decisión judicial tipo precedente, acto normativo que es superior en la escala normativa al acto administrativo, y por ende es vinculante y obligatorio su cumplimiento.

Para resumir, el precedente como parámetro de legalidad de los actos administrativos, en el ordenamiento jurídico colombiano, solo puede ser establecido y aplicado a partir de sentencias de constitucionalidad, revisión de tutela, jurisprudencia reiterada sobre el mismo punto de derecho de la Corte Suprema de Justicia, o por sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado, así se garantiza la legalidad del acto administrativo y la prevalencia en el ordenamiento jurídico de la ley sobre el acto de la administración.

En suma, el objetivo general del trabajo ha logrado cumplimiento en tanto se analizó con base en legislación, jurisprudencia y doctrina si el precedente judicial se ha constituido en un parámetro de control por vía de excepción de los actos administrativos, al punto que por esta observancia de objetivos la hipótesis que guio el escrito logró ser confirmada por cuanto el precedente judicial al ser expresión

directa de la ley, se constituye actualmente en límite para el control de legalidad de los actos de la administración incluso por vía de excepción.

5. REFERENCIAS

Bernal Pulido. C. (2008). El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Quinta reimpresión, Bogotá.

Bernal Pulido, C. (2009) El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad externado de Colombia. Bogotá

Botero, C. Jaramillo, J. Uprimny, R. (et. al). (2006) Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005), Andiaros, Fundación Konrad Adenauer y Dejusticia. Bogotá: Legis S.A.

Caro Garzón. O. (2012). Derecho Público Universidad pontificia Bolivariana 75 años. Consolidación del sistema de precedente en la justicia colombiana. Díké. Medellín.

Escobar, C. y Vargas, M. (2000) Evaluación crítica del principio de jerarquía normativa a partir del derecho positivo colombiano. Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis50.pdf>

Fernández Beschtadt, B. Nosquese, L. (s.f). Principio de legalidad y revisión de los actos administrativos. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/fernandezbeschtadt.pdf>

Franco, J. (2012, 11 al 24 de junio). El precedente obligatorio: ¿mecanismo de descongestión o gobierno de los jueces?. *Ámbito jurídico*, p. 25.

Garapon, A. y Papadopoulos, L. (2006). Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Bogotá: Legis

Ghirardi, O. A. El common law de los Estados Unidos de Norteamérica. (Génesis y evolución). (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba República Argentina). Recuperado el 5 de noviembre de 2010. De <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcommonlawestadosunidos>.

López Carrascal, A. (2011, 26 de agosto). El precedente judicial. El informador.

López Medina. D. (2008). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis

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

Rodríguez, L. (1994) Derecho administrativo general y colombiano. 2ed. Bogotá: temis.

Tamayo Jaramillo, J. (2012, 11 al 24 de junio). Falacias del precedente obligatorio. *Ámbito jurídico*, p. 25.

Velásquez Fernández, M. (2012) Derecho Público Universidad pontificia Bolivariana 75 años. El precedente como fuente formal de Derecho en la jurisdicción Contencioso Administrativa. Diké. Medellín.