“LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA A PARTICULARES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY1437 DE 2011: UN ANÁLISIS RESPECTO DEL DEBIDO PROCESO ANTE UN POSIBLE TRASLADO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL A LA ADMINISTRACIÓN”

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PRESENTADO POR:
FABIO ANDRÉS PARRA VARGAS

TUTOR:
DR. ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:
REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: INFLUENCIAS, ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO, ANÁLISIS DE NUEVAS INSTITUCIONES Y DE RECONFIGURACIÓN DE LAS EXISTENTES

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C., ABRIL DE 2015

TABLA DE CONTENIDO

SUMARIO 5
I. INTRODUCCIÓN 6
1.1. JUSTIFICACIÓN: 7
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 10
1.3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN: 17
1.4. HIPÓTESIS: 17
1.4.1. Primera hipótesis: 17
1.4.2. Segunda hipótesis: 19
1.4.3. Tercera hipótesis: 22
1.4.4. Cuarta hipótesis: 23
1.4.5. Quinta hipótesis: 24
1.5. OBJETIVOS: 25
1.5.1. Objetivo General: 25
1.5.2. Objetivos Específicos: 27
1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN: 29

PARTE I. LA EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 1437 DE 2011: UN ANÁLISIS DE SUS ANTECEDENTES, SU PROCEDIMIENTO Y LAS CONTRADICCIONES DE LA MISMA CON EL ARTÍCULO 230 DE LA CARTA POLÍTICA. 36

CAPITULO PRIMERO. Antecedentes históricos de la inclusión de la extensión de la jurisprudencia por parte de autoridades administrativas, en la Ley 1437 2011, y análisis de su procedimiento. 46
SECCIÓN A. La importancia de la Constitución Política de 1991 en el advenimiento de la Ley 1437 de 2011. 53
SUBSECCIÓN 1. Introducción y presentación de los principales elementos de la Ley 1437 de 2011. 56
SUBSECCIÓN 2. De la incorporación de la figura de la extensión de la jurisprudencia en la Ley 1437 de 2011. 61

SECCIÓN B. Marco normativo de la investigación: 68
SUBSECCIÓN 1. Estudio del procedimiento señalado en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. 93
SUBSECCÍON 2.Trámite en el Consejo de Estado, sentencias de unificación y decisiones con ocasión del mecanismo de extensión de jurisprudencia. 131

CAPÍTULO SEGUNDO. Examen del artículo 102 de la Ley 1437 a la luz del artículo 230 de la Carta Política: Un problema jurídico revisado por doctrina y la jurisprudencia..... 167
SECCIÓN A. Análisis al concepto de sistema jurídicos..... 171
SUBSECCION 1. Reflexiones doctrinarias respecto del sistema de derecho romano germánico y el sistema del *Common Law*. 175
SUBSECCION 2. La importancia del precedente judicial en la formación del derecho administrativo, en ambos sistemas. 181
SECCIÓN B. El precedente judicial: Otra fuente de derecho. 183
SUBSECCION 1. El precedente constitucional en Colombia. 189
SUBSECCIÓN 2. La extensión de la jurisprudencia como posible afectación del sistema de fuentes del Derecho Nacional: 206

PARTE II. CONTRADICCIONES DE LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 1437 DE 2011 214

CAPITULO PRIMERO. Presuntas contradicciones del artículo 102 de la ley 1437 de 2011 con principios de la estructura administrativa del estado. 216
Sección A. Posiciones doctrinarias respecto de los orígenes de la teoría de la separación de los poderes públicos. 227
SUBSECCION 1 La teoría de la separación de poderes públicos, en las constituciones políticas de los Estados modernos. 232
SUBSECCION 2. Teoría de la separación de funciones públicas en Colombia. 237

SECCÍON B. Reflexiones frente al concepto de Administración Pública. 253
SUBSECCIÓN 1. De la función jurisdiccional y la función ejecutiva. 256
SUBSECCION 2. Del estudio de la celeridad, eficiencia y economía, como deberes del Estado, en relación con el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. 262

CAPITULO SEGUNDO. Efectos sobre el debido proceso de los administrados ante un posible traslado de la función jurisdiccional a la administración, con ocasión de la figura de extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas. 275
SECCION A. Relación del derecho al debido proceso y sus fundamentos, con la investigación. 286
SUBECCION 1. Seguridad jurídica: Presupuesto del debido proceso y fundamento de la norma estudiada. 299
SUBSECCIÓN 2. La autonomía de la Administración de justicia y de la autoridad administrativa. 308
SECCIÓN B. Actos jurídicos producidos en ejercicio del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. 333
SUBSECCIÓN 1. ¿Son los actos administrativos extensores de los efectos de la jurisprudencia discrecionales o reglados? 344
SUBSECCIÓN 2. Disquisición entre los actos administrativos y los jurisdiccionales. 359

CONCLUSIONES 375
BIBLIOGRAFÍA 387

SUMARIO

PARTE I. LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 1437 DE 2011: UN ANÁLISIS DE SUS ANTECEDENTES, SU PROCEDIMIENTO Y LAS CONTRADICCIONES DE LA MISMA, CON EL ARTÍCULO 230 DE LA CARTA POLÍTICA.

CAPITULO PRIMERO. Antecedentes históricos de la inclusión de la extensión de la jurisprudencia, por parte de autoridades administrativas, en la Ley 1437 2011, y el análisis de su procedimiento.

CAPÍTULO SEGUNDO. Examen del artículo 102 de la Ley 1437 a la luz del artículo 230 de la Carta Política: Un problema jurídico revisado por la doctrina y la jurisprudencia.

PARTE II. CONTRADICCIONES DE LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 1437 DE 2011.

CAPITULO PRIMERO. Presuntas contradicciones del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, con los principios de la estructura administrativa del estado.

CAPITULO SEGUNDO. Efectos sobre el debido proceso de los administrados, ante un posible traslado de la función jurisdiccional a la administración, con ocasión de la figura de extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas.

I. INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento de la Carta Política de 1991 y por la natural necesidad de evolución normativa de los ordenamientos jurídicos, el Acto Legislativo 01 de 1984 estaba en mora de ser reemplazado; había que ajustarse a los nuevos preceptos constitucionales, a las nuevas tendencias del Derecho Administrativo y a la cambiante realidad colombiana. No obstante lo anterior, la evolución normativa no podía ser vertiginosa, era necesario un cambio paulatino en la justicia administrativista, en la que tuvo profunda importancia la jurisprudencia; esta evolución provocó que la Ley 1437 de 2011, a pesar de incorporar novedosas instituciones, mantuviera una tradición jurídica, como se observa en los variados puntos de coincidencia con el anterior Código.

Dentro de las novedosas instituciones, procedimientos y figuras, traídas con el nuevo Código, se observa que con los artículos 10[1], 102[2], 269 y 270 de ese texto normativo, se quiso dar aplicación a unos principios y derechos establecidos en la Constitución Política y en la misma ley. Uno de ellos, el trato igualitario de parte de las autoridades administrativas y de la jurisdicción contenciosa administrativa hacia los particulares que se encuentren en idéntica situación de hecho y de Derecho, mediante la aplicación uniforme de las

---

[1] *Ley 1437 de 2011.Artículo 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.*
Nota: Declarado EXEQUIBLE de manera condicionada, mediante Sentencia C-634/11, 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.

[2] *Ibídem. Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. 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.*
Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. (...)
NOTA: Declarado EXEQUIBLE de manera condicionada por la Corte Constitucional 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.

disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias; concretándose esto, en la extensión de los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, y de la Corte Constitucional, según reciente jurisprudencia; resultando así, la institución más novedosa en este nuevo compendio normativo.

Dicho objetivo supone diferentes dificultades, unas a nivel del procedimiento administrativo y otras a nivel del proceso contencioso, esta disquisición es importante hacerla, pues la misma Ley 1437 de 2011 la hace de manera suficientemente clara; además, es necesaria a fin de avizorar el curso de esta investigación, que tiene por objeto de estudio, estrictamente lo que se refiere a la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas en el procedimiento administrativo, conforme al artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. Respecto de éste, se pretende hacer un minucioso análisis desde sus orígenes y fundamentos históricos y jurídicos, señalando el marco normativo de la investigación, pasando por la revisión de lo reseñado por la doctrina y la jurisprudencia, los actuales actos administrativos y sentencias que se están produciendo con fundamento en la norma, las consecuencias jurídicas que está generando y que podrían devenir; así mismo se incorporará, al análisis, planteamientos respecto de la constitucionalidad de la figura, así como las tesis que se han sostenido en contra y favor de la misma; entre esas, la de esta investigación, consistente en la revisión constitucional de la norma por la afectación del debido proceso ante un posible traslado de funciones judiciales a las autoridades administrativas cuando estas deciden, en un acto administrativo, no extender los efectos de la jurisprudencia, considerando la falta de garantías, de los particulares, en un procedimiento administrativo, con respecto a las que tienen en un proceso judicial.

1.1. JUSTIFICACIÓN:

La importancia académica que reviste realizar una investigación respecto de los efectos que se suscitarán a partir de la entrada en vigencia de esta institución, se puede mirar desde dos puntos de vista; por un lado uno practico, relativo a la relación de esta institución con la realidad del Derecho administrativo y particularmente con la forma en que adoptan esta

figura, las autoridades administrativas. Por otro lado, uno teórico, en cuanto a la relación coherente de esta institución con el ordenamiento jurídico colombiano.

En cuanto a la realidad del Derecho administrativo colombiano, la justificación surge a partir de los fundamentos mismos que tuvo la incorporación de esta institución en la Ley 1437 de 2011; al respecto es pertinente recordar, que esta figura pretendió principalmente la aplicación de algunos principios que la misma ley consigna. De tal manera, enseña Enrique José Arboleda Perdomo en su obra, que esta figura además de ser una de las más debatidas, abogaba por los principios igualdad, confianza legítima, eficacia, economía y celeridad.[3]La importancia de tener en consideración lo anterior, estriba en que la finalidad de la norma se podría distanciar de la realidad con la entrada en vigencia de la misma, tema que merece toda la atención investigativa. La afirmación precedente se puede concebir en la medida de que los conflictos que hasta ahora han llevado la jurisdicción Contencioso Administrativa, a partir de la entrada en vigencia de la ley, serán conocidos por las autoridades administrativas, lo que no aliviaría nada la carga judicial, sino que trasladaría la congestión a otra rama del poder público; por otro lado, se desconoce el impacto económico de la norma, tomando en cuenta que la discrecionalidad que tendrán las autoridades administrativas para decidir cuándo extender los efectos puede generar mayores costos para el Estado, que un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida de que el Estado no contará con los mismos mecanismos de defensa ante la reclamación de un particular, formulación que también es apoyada por Arboleda Perdomo[4].

También desde el aspecto práctico, es necesario a nivel científico y académico ponderar la seguridad jurídica versus la autonomía judicial, en escenarios distintos al constitucional, a fin de poder hacer evolucionar este debate, considerando que este es el principal problema práctico para la jurisdicción contencioso administrativa y para las autoridades administrativas, quienes se ven limitados en el cumplimiento de sus funciones.

[3]ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis. Primera Edición. Bogotá. 2011. P.p. 10 -11.
[4]Ibídem. Pp. 154.

En relación con el aspecto teórico, existen tres motivaciones principales para realizar la investigación. En primer término, y ligado al tema de la seguridad jurídica versus la autonomía judicial, el proyecto tiene como justificación más importante, determinar si el cumplimiento de esta normatividad por parte de las autoridades administrativas implica que esta ejerzan funciones judiciales, en la medida de que la discrecionalidad de las autoridades administrativas incidiría en la administración de justicia por parte del Estado. La relevancia de lo anterior es de nivel constitucional, pues de llegar a confirmarse lo anterior, se podrían llegar a ver vulnerados los artículos 29[5], 228[6], 229[7] y 230[8] de la Constitución Política.

La segunda motivación del estudio radica en conocer si la estructura estado, desde el punto de vista teórico, puede verse afectada por la premisa anteriormente planteada, es decir; que se trasladen funciones judiciales a las autoridades administrativas, considerando los fundamentos básicos de la teoría tripartita del poder público y del sistema de pesos y contrapesos, aplicada al Estado colombiano.

La tercera motivación, más que propositiva es descriptiva, y gira en torno a dilucidar la contradicción de introducir en nuestro sistema jurídico, una institución de la esencia del sistema anglosajón, cuestión que afecta el ya referido artículo 230 constitucional, en la medida de que esta nueva figura establece la jurisprudencia como una nueva fuente formal

---

[5]Constitución Política de Colombia. Art 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.
[6]*Ibídem. Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*
[7]*Ibídem. Art. 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.*
[8]*Ibídem. Art. 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

de Derecho mientras que el artículo citado dispone que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial. Se considera descriptiva, en la medida de que ha sido un debate ya dado por la Corte Constitucional, pero que debe ponerse en conocimiento de quien pretenda acercarse a esta institución.

Dicho lo anterior se concluye que es necesario a la luz de los planteamientos doctrinarios, de un estudio riguroso del marco normativo, de la evolución jurisprudencial, determinar las posibles consecuencias, las ventajas y desventajas de esta figura, y plantear soluciones en pro del cumplimiento de los principios que inspiran el Derecho Administrativo colombiano.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como hemos observado, la Ley 1437 de 2011 incorpora una inusual figura para el Derecho Administrativo Colombiano, ésta se refiere al nuevo tratamiento que se le ha de dar a la jurisprudencia. Es así como a partir de la entrada en vigencia de esta ley, la jurisprudencia adquiere una fuerza obligatoria para casos análogos, debiendo las autoridades administrativas, según el artículo 102 de esa ley, extender los efectos de la jurisprudencia a las situaciones fáctica y jurídicamente iguales. Lo anterior implica un primera controversia jurídica, que en realidad escapa a la esencia de este estudio, en tanto, ya ha sido ampliamente, discutida por la doctrina[9], ya fue revisada por Corte Constitucional, y que aparecen otros problemas de constitucionalidad, hasta ahora desamparados; hablamos de la implementación de la piedra angular del Sistema Anglosajón, el precedente judicial, en un sistema codificado como nuestro ordenamiento; no obstante lo anterior, el grado de importancia de esta contradicción, como problema jurídico de la implementación de la figura, es tal envergadura y evidencia, que no puede obviarse al realizar un examen de

[9] Ver la obra de: HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *"La jurisprudencia en el Nuevo Código. En: Memorias Seminario internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011." Bogotá. Consejo de Estado. P.p. 237. En la que señala: "Otro punto de controversia surge de la lectura literal y rígida del artículo 230 de la Constitución, en el cual se postula que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, en tanto que las demás fuentes formales de derecho, incluida la jurisprudencia, "criterios auxiliares de la actividad judicial". Los intérpretes exegéticos de la norma estiman, por esta razón, que cualquier grado de sujeción de los jueces a precedentes judiciales colocaría la jurisprudencia al mismo nivel de la ley, contrariando, por tanto, el artículo 230 de la Constitución."*

constitucionalidad de al artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, como sucede en esta investigación.

Ahora bien, tomando en cuenta la dirección de la norma en cuestión, se puede dilucidar, como advertimos, que son otras las problemáticas que a nivel jurídico, pueden plantearse, siendo incluso de mayor relevancia. Recordemos que el mandato del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, recae sobre la administración pública, concretamente sobre las autoridades administrativas, pues son ellas quienes tienen la obligación de extender los efectos de la jurisprudencia, en ese sentido, la atención de esta investigación recaerá sobre las contradicciones legales y constitucionales, de la extensión de los efectos de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas, respecto del ordenamiento jurídico y la práctica jurídica colombiana.

Hemos visto como la norma plantea una nueva función para las autoridades administrativas. Habría entonces que preguntarse, qué clase de función ejecutan las autoridades con base en esta norma, en la medida de que se puede considerar que las autoridades administrativas estarían de cierta manera administrando justicia, al ser ellas quienes por un lado, decidirían si se dan o no la identidad de los supuestos facticos y jurídicos para extender los efectos de la jurisprudencia, y por otro, son funcionarios públicos, cuya decisión reconoce derechos a los particulares, teniendo los mismos efectos que una decisión judicial.

Antes de continuar con el planteamiento del problema, hagamos la siguiente consideración: el Artículo 8-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Articulo 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la figura del juez natural como un Derecho Fundamental, según el cual toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones[10].Tratados que son ratificados por Colombia, como se observa en los artículos 228 a 230 de la Constitución Política[11].

[10] Convención americana sobre Derechos humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969
convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)

Continuemos con el planteamiento del problema jurídico, como se advirtió el enfoque respecto de los efectos hacia la administración radica en resolver como primer interrogante si hay tal traslado de competencia, pues de ser así habría que determinar si al expedir el acto administrativo que accede o niega la solicitud de los particulares de extender sus efectos, habría una vulneración de derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el debido proceso, para los particulares en el entendido de que no tienen las mismas garantías que en un proceso judicial, en tanto se desconoce uno de los postulados del juez natural, como observamos en los artículos constitucionales e internacionales ya citados, como son la autonomía e independencia judicial, por no gozar las autoridades administrativas de este atributo y ser ellas quienes deciden si se cumplen los requisitos.

En segundo lugar, surgen de forma paradójica varios contradicciones en torno a algunos de los principios que motivaron la inclusión de esta institución en la nueva ley, particularmente los principios de economía, eficacia y celeridad, pues como ya había

---

"Artículo 8. Garantías Judiciales
Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos resolución 2200 a (xxi) de la asamblea general, aprobada el 16 de diciembre de 1966.
Artículo 14
1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores."

[11] *Constitución Política de Colombia. "Artículo 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*
Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.
Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

adelantado una de la finalidades de esta institución fue descongestionar la administración de justicia y así darle aplicación a los principios previamente citados, sin embargo para ello la administración pública tendría que conocer de estos asuntos lo que derivaría simplemente en que se traslade la congestión a otra rama del Estado. Situación que además genera otro inconveniente, se ha partido del supuesto de que las autoridades administrativas están preparadas para este cambio y que las solicitudes que se hagan se resolverán con mayor prontitud, que en un proceso regular ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que aún no se ha tenido en cuenta es que seguramente esto mismo incentivara a más usuarios a acercarse ante las autoridades

En este punto parece oportuno referirnos a los tres principios citados anteriormente, en aras de comprender la problemática que entraña su vulneración. Un punto a considerar respecto de los mismos, es que no solo están plasmados en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011[12] sino que la misma Constitución política, en el artículo 209[13], se refiere a ellos como un ideal al que debe propender el ejercicio de la función administrativa. Lo anterior se anota para elevar a rango constitucional esta problemática. Por ahora observemos un documento elaborado por la relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2008, en el que explica cómo se deben entender estos principios, para así darnos una idea de su importancia:

---

[12]Ley 1437 de 2011. Artículo 3°. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*
(…)
11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.
12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.
13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas
[13]*Constitución Política. Capitulo V. De la Función Administrativa Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*
Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

"4. EFICACIA: Este principio implica el compromiso de la Carta con la producción defectos prácticos de la acción administrativa. Se trata de abandonar la retórica y el formalismo para valorar el cumplimiento oportuno, útil y efectivo de la acción administrativa. El principio impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales. La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; y, en los artículos 256 numeral 4°, 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados .

La Corte Constitucional ha insistido en que la eficacia de la función administrativa, que resume en general todos los demás principios a que se refiere la norma precitada, se logra entonces mediante el mecanismo de descentralización, desconcentración y delegación, que permiten una distribución racional de funciones."

Seguidamente en el referido acto judicial de 2008 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se pasa a explicar el principio de economía el cual no debe confundirse con el anterior como a renglón seguido se cita:

5. ECONOMIA: La maximización de los resultados o beneficios sociales con la menor cantidad de recursos y en el menor tiempo posible es lo que comprende el principio de economía. Se sabe que no siempre la utilización de más recursos de los estrictamente necesarios implica una vulneración a este

dogma pues en ciertos casos el beneficio social se encuentra justamente en el empleo de tales recursos.

Por último, la citada jurisprudencia brinda una conceptualización de lo que es el principio de celeridad, el cual tal vez sea el que más relación tiene con la figura en estudio, o por lo menos es en el que más se puede fundamentar esta institución, de manera que se puede leer:

6. CELERIDAD: Con este principio que aparece indisolublemente vinculado con la prevalencia del derecho sustancial, se busca la agilidad en el trámite y la gestión administrativa. Es congruente con lo prescrito en el artículo 84 de la Constitución que prohíbe a las autoridades públicas la creación de licencias, requisitos o permisos adicionales cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general. Comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios."[14]

Habiendo presentado el problema jurídico que se suscita con ocasión de esta figura, desde el punto de vista de lo principios de economía, eficacia y celeridad, resta analizar dentro de traslado de la función judicial a las autoridades administrativas, la contradicción entre esta institución, respecto de los presupuestos en que se fundamenta la estructura teórica del Estado, concretamente la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, teniendo en cuenta su importancia como teorías que han venido evolucionando desde Aristóteles hasta Montesquieu para influir en la organización de los Estados modernos y que en nuestro Estado se concreta jurídicamente en el artículo 113 de la carta política[15]. En éste se establece una diferenciación clara entre las funciones del Estado, a partir de las

[14] Corte Suprema de Justicia. Relatoría: Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Fecha: 15 de Mayo de 2008. Providencia 29206.

[15] Constitución Política de Colombia. Artículo 113. *"Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.*
Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines."

ramas del poder público que Montesquieu definió, sin embargo este mismo artículo dicta la necesidad de que medie una colaboración armónica entre ellas. El inconveniente surge porque la administración pública está asumiendo funciones judiciales, sin colaborar armónicamente con la rama judicial, en el entendido de que el traslado de funciones de una rama a otra es posible para el cumplimiento de los fines estatales, pero en este caso, se trasladan funciones de la rama judicial a las autoridades administrativas buscando el mejor cumplimiento de ciertos fines desconociendo que se ponen en riesgo el cumplimiento otros más y de mayores jerarquía. Esto podemos verlo explicado en jurisprudencia de la Corte Constitucional como la siguiente:

> *"Si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas."*[16]

Resumiendo: el legislador decide con esta figura poner en cabeza de las autoridades administrativas funciones fundamentadas en una colaboración armónica entre la ramas ejecutiva y judicial, en aras de mayor seguridad jurídica y descongestión de la jurisdicción Contencioso Administrativa, sin hacer referencia al artículo 113 superior, y desconociéndose, con este traslado de funciones, además de toda una tradición de teoría estadual contenida en esa norma, los principios de autonomía e independencia judicial y por consiguiente los derechos al debido proceso y acceso a la justicia, a parte de los principios de economía, eficacia y celeridad, que rigen la función pública.

[16]Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 246 de 16 de marzo de 2004. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Hay que anotar que más allá de que se dé el traslado de funciones jurisdiccionales o no, pues esta institución no es clara en determinar si las autoridades administrativas aplicarían o crearían el Derecho, lo cierto es que se generaran infinidad de consecuencias para la administración pública, seguramente muchas serán positivas, otras no tanto, estas serán parte del objeto de nuestra problemática; por ejemplo: ¿ante sentencias de unificación contradictorias que posición jurisprudencial deben adoptar las autoridades administrativas?, ¿cuál ha de ser el criterio que deben seguir para determinar si hay identidad de situación fáctica y jurídica?, ¿están preparadas las autoridades administrativas para ejercer esta tarea?, o ¿se incrementarán el número de acciones de tutela por vulneración del Derecho a la igualdad cuando no se extiendan los efectos? estas últimas preguntas simplemente son ejemplos de los muchos problemas jurídicos nos trae esta institución. Lo importante será determinar y analizar la mayor cantidad posible a fin de determinar lo beneficioso de esta figura en el Derecho Colombiano.

1.3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN:

¿Qué implicaciones jurídicas tiene, la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado conforme se ha establecido en la ley 1437 de 2011?

1.4. HIPÓTESIS:

A continuación se señalarán cinco hipótesis, que responden a la pregunta de investigación, previamente planteada, y que se buscan, descartar o confirmar, en la parte concluyente de este documento, tras recopilar la información necesaria en las dos partes que componen esta investigación.

1.4.1. Primera hipótesis:

Como hemos venido anunciando en este escrito, la introducción del precedente judicial en el sistema de fuentes de Derecho de nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo

102 de la Ley 1437 de 2011[17], además de los inconvenientes de confundir sistemas

[17]CÁRDENAS BORRERO, Tiberio. PÉREZ COLMENARES, Ramiro. MORALES RESTREPO, Dídier. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Comentado Vigésima Edición. *"Mediante sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sente3ncias 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. Los problemas jurídicos que le correspondió resolver a la Corte Constitucional consistieron en definir: i) si la aplicación extensiva de las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado que reconocen un derecho a quienes se hallen en la misma situación fáctica y jurídica resuelta en ella, vulnera el sistema de fuentes del derecho previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, al desconocer el carácter de criterio auxiliar de interpretación; ii) si el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en lo demandado, desconoce el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política y las competencias que el artículo 241 de la Carta Política le confiere a la Corte Constitucional, configurándose una inconstitucionalidad por omisión del legislador, por la relación directa y necesaria entre ambas proposiciones, dado que la omisión legislativa que el actor predica de la disposición acusada, también puede alegarse frente al enunciado que se integre.*

El análisis de la Corte Constitucional comenzó por precisar que el artículo 230 de la Constitución Política, al señalar que los jueces, en sus decisiones, "sólo están sometidos al imperio de la ley", está disponiendo que en el orden jurídico la ley, en su acepción genérica y más comprensiva, ocupa un lugar preminente en el sistema de fuentes de Derecho. Este precepto se reitera en el inciso segundo de la misma norma superior, al referirse a la jurisprudencia –y a la doctrina, equidad y los principios generales de derecho- como criterio auxiliar de la función judicial. Esto es, que por regla general, la jurisprudencia tiene para los mismos que la profieren, un valor de fuente auxiliar en su labor de interpretación de las normas jurídicas, acorde con su autonomía.

Siendo la jurisprudencia, en principio, criterio auxiliar de interpretación, la Corte reiteró que ella tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales cuando se trata de la proferida por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones previstas en la Carta Política. Tal fuerza vinculante deriva de mandatos que consagran la supremacía de la constitución, el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, el debido proceso, el principio de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas, no siendo jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación. A su vez, las autoridades administrativas son también sujetos de estos mandatos superiores y en consecuencia, de la fuerza vinculante de los fallos emanados de las altas cortes jurisdiccionales. Adicionalmente, frente a ellas, el legislador dispone de una amplia potestad de configuración para establecer parámetros de la actuación administrativa de naturaleza judicial.

En consecuencia, la orden del legislador dada a la autoridad administrativa en el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, de extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, a casos basados en los mismos supuestos y jurídicos, es desarrollo del concepto de la fuerza vinculante de las sentencias proferidas por las corporaciones de justicia. Por tal razón, la Corte encontró que esta disposición resulta compatible con la constitución y por ende, debía ser declarada exequible frente al cargo de violación de artículo 230 de la Constitución.

En relación con el cargo de inconstitucionalidad por omisión del legislador al ordenar en las actuaciones administrativas la extensión de la jurisprudencia de unificación de Consejo de Estado a casos similares, sin hacer lo propio con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de interpretación de la Constitución y de protección de los derechos constitucionales en los procedimientos administrativos, la Corte reafirmó lo señalado en la sentencia C-539 del 6 de julio de 2011, con ocasión de una demanda contra el articulo 114de la Ley 1395 de 2010 en el sentido de aclarar que el concepto de imperio de la ley al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales hace referencia a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de norma y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos. De igual modo, reiteró que los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio de control concreto como abstracto de constitucionalidad de

jurídicos diferentes, desde su fuentes formales de derecho, implica que se trasladen una clase de funciones a la administración que no había ejercido de tal manera, pues más allá de que la evolución jurídica ha llevado desde tiempo atrás a que las funciones estaduales sean ejercidas indistintamente por las diferentes ramas del poder público, con el artículo 102 de la Ley 1437, además de un posible traslado de la función judicial o jurisdiccional a la administración, tenemos que ese traslado, es del todo novedoso, por las formalidades señaladas en la norma.

De tal manera, si consideramos que el mandato del citado artículo 102 impone a las autoridades administrativas el deber extender los efectos de la jurisprudencia en casos análogos, entonces al no clarificarse en que consiste la extensión del precedente, es decir si con esta se está creando Derecho o si simplemente se está aplicando, debemos considerando que al extender los efectos de una jurisprudencia a otro particular además de consolidarse una nueva situación jurídica concreta, se manifiesta la función jurisdiccional del Estado.

1.4.2. Segunda hipótesis:

Al decidir las autoridades administras, negativamente, la petición de los particulares de

---

leyes e inter partes para los fallos de tutela, por regla general, y en ambos casos las consideraciones de la ratio decidendi. Por tal motivo, la Corte concluyó que la limitar dicha fuerza vinculante a las sentencias en materia ordinaria o contencioso administrativa configuraba una omisión legislativa que conduce a la declaración de exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del citado artículo 114, para incluir las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales que profiere la corte constitucional, como guardián de la supremacía constitucional y de la efectividad de tales derechos.

A la misma conclusión llegó la Corte en el caso concreto, toda vez que si bien el deber establecido en el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 para que las autoridades extiendan los efectos de una sentencia de unificación dictada del Consejo de Estado se aviene a la Constitución, excluir de ese deber las sentencias de la Corte Constitucional tanto en control abstracto como de unificación en materia de tutela, constituye una omisión legislativa violatoria de las competencias fijadas en el artículo 241 de la Carta y de los efectos de la cosa juzgada constitucional conferidos a los fallos de la Corte Constitucional en el artículo 243 superior. Por idéntica razón, se configura la misma omisión en el inciso séptimo del mencionado artículo 102, integrado a la disposición demandada.

Por consiguiente, la Corte procedió a declarar exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido 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". (Corte Constitucional, Sentencia (C-816) del 1 de noviembre de 2011.)"

extender los efectos la jurisprudencia, se vulnerarían derechos como; el acceso a la justicia y el debido proceso en el entendido de que los particulares no tendrían las mismas garantías que en un proceso judicial, toda vez que se obviarían principios fundamentales en los que se basan estos derechos, tales como el juez natural por falta de independencia y autonomía judicial; por lo mismo, al contemplar esta norma, la posibilidad de que esto ocurra, resultaría inconstitucional, por ir en contravía de los artículo 29 y 229 superiores.

Expliquemos porque se obviarían tales principios: de acuerdo a los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la autonomía y la independencia judicial son atributos propios función judicial, que garantizan el llamado juez natural y en consecuencia; el acceso a la justicia y un debido proceso. Atributos que de acuerdo a la jurisprudencia solamente son propios de las autoridades judiciales y no de las administrativas por lo que en un proceso ante las segundas no se respetarían estas garantías de todo proceso Podemos observar entonces los siguientes pronunciamientos de la corte constitucional, empecemos por la sentencia T-566 de 1998 en esta se anota:

> *"Esta Corporación ya ha precisado en distintas ocasiones que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia.(...)"*
>
> *(...)*
>
> *"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."*[18]

[18] *Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 566 de 7 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Esta primera jurisprudencia de manera tajante estableció que las autoridades judiciales tenían una facultad que las administrativas no, cual es la autonomía funcional, cosa que pone en condición de inequidad a particulares que pretendan el reconocimiento de algún Derecho ante distintas clases de autoridades. Miremos que dice una jurisprudencia un poco más reciente:

> *"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."*[19]

La anterior jurisprudencia es reiterada posteriormente en el año 2004 en el que se dijo:

> *"Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho."*[20]

Habiendo citado estos tres fallos, se hace evidente que el juez está en una posición distinta a

[19] *Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 569 de 31 de Mayo de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.*
[20] *Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 116 de 12 de Febrero de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.*

las autoridades administrativas, en la medida de que el primero por mandato constitucional goza de autonomía funcional en el artículo 228 de la Constitución Política. Lo que le permite además de un análisis independiente del caso de estudio y así más garantías para el particular y para todos los asociados, la posibilidad de separarse del precedente y de acuerdo al contexto tomar una decisión más adecuada. Cosa que no puede hacer la autoridad administrativa bajo ninguna posibilidad de acuerdo a estas jurisprudencias.

1.4.3. Tercera hipótesis:

En caso de confirmarse las anteriores hipótesis, resulta posible señalar que la forma en que se adopta el precedente judicial en la Ley 1437 de 2011, concretamente en el artículo 102, supondría que legislador desconoció el artículo 113 de carta política, fundamentado en la teoría de separación de poderes públicos; en cuanto el traslado de las funciones judiciales a la administración, no tuvo como base la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, requisito *sine qua non* para el traslado de funciones entre ramas,, en tanto este traslado supone la vulneración del debido proceso y de los principios de eficacia, economía y celeridad.

Esta aseveración se hace teniendo en cuenta que como se citó en la sentencia C-246/04, el traslado de funciones entre ramas tiene como fundamento la colaboración armónica entre las mismas, la que cual significa, que una rama asuma la funciones de otra ante la imposibilidad de cumplir con las finalidades estatales plasmadas en la carta política que inicialmente debería desempeñar.

De otra parte, ese desacatamiento del artículo 113 de la carta es perceptible, en la medida observa que ese traslado genera incumplimiento de la mismísima función del Estado, de administrar justicia, al impedirse el adecuado acceso a la justicia en cuanto no se cumplen con los postulados del "juez natural" de autonomía e independencia judicial.

Sin embargo, es importante en este punto tomar en cuenta las tesis en contra, se podría considerar para defender esta institución que se trasladó a las autoridades administrativas la función judicial, para asegurar dos finalidades del Estado. En primer lugar el principio y

derecho fundamental a la igualdad, concretado en la seguridad jurídica que brinda la doctrina del precedente, por otro lado; mayor acceso a la justicia por la descongestión que causaría la figura.

1.4.4. Cuarta hipótesis:

Más allá de que se llegue a evidenciar el traslado de la función judicial a las autoridades administrativas, con ocasión de esta figura jurídica, en los términos previamente señalados, surge otra tesis, y es que desde una perspectiva utilitaria, el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en la práctica, reporte menos beneficios, que consecuencias positivas.

Recordemos que la actualización de la normatividad administrativa, partía de la necesidad de coherencia de ésta con el texto constitucional, en la medida de que se buscaba un articulado coherente con contenido ideológico del ordenamiento. De tal manera, la Ley 1437 de 2011, pretendió que los principios que daban cimiento a su texto, tuvieran un marcado desarrollo en las normas que ésta contenía. De tal suerte se observa que los artículos que van a desarrollar la figura de la extensión del precedente judicial, simplemente buscan dar aplicación principalmente a los principios de igualdad, eficacia, eficiencia y celeridad.

Sin embargo, no debe dejar de considerarse los aspectos negativos que podrían sobrevenir con la llegada de esta figura, que por contradictorio que parezca se dan en relación a los citados principios, más allá de que haya o no un traslado de funciones.

En relación a la afectación del principio de igualdad, encontramos que la seguridad jurídica también se vería afectada, al incorporar una nueva fuente formal de derecho, pues en caso de existir precedentes jurisprudenciales contradictorios o simplemente variados, la autoridad administrativa no sabría cual aplicar y los particulares no sabrían que esperar.

Para la administración pública se crearía mayor congestión afectando en la medida de que tendrían que ser ellas quienes conocerían de los procesos que hasta ahora conocían la

Justicia Contencioso Administrativa. Además implicará mayores costos para la administración, afectando el principio de economía, si se pretende responder a los incrementos de solicitudes de particulares que se darán considerando que el proceso ante las autoridades administrativas ser más sencillo, además de que esta figura supone para la administración reconocer y pagar indemnizaciones por hechos u omisiones administrativas sin la posibilidad de la defensa en un proceso, al establecerse en el código que la autoridad administrativa debe resolver la petición de un tercero de la misma forma como se hizo con la sentencia de unificación, sin hacer distinción del tipo de petición.

Por todo lo anterior se podría llegar a concluir, como cuarta tesis; que los efectos positivos planteados podrían no necesariamente llegar a materializarse, que si lo hacen, solo se logren de forma relativa, y que existen varios y serios efectos adversos que aún no se han descartado, por lo que al ponderar la naturaleza de las consecuencias de esta figura, se puede afirmar que la misma resulta además de inconveniente, no ajustada a la Ley ni a la constitución.

1.4.5. Quinta hipótesis:

En contraposición a las anteriores tesis, y con el objeto de equilibrar la balanza desde el punto de vista científico y académico, es menester señalar como hipótesis, que las resultas de este trabajo investigativo, pueden arrojar que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, resulta ajustado al texto constitucional, a la ley, a los tratados internacionales suscritos por Colombia, y en general a todo ordenamiento jurídico nacional, desde cualquier perspectiva jurídica; así mismo, que los beneficios pensados al incorporarse la figura en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, se concretarán y que en todos caso, serán mayores que las consecuencias negativas que la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas, causen.

1.5. OBJETIVOS:

La evolución legislativa de cualquier ordenamiento como necesidad socio-jurídica, supone la inclusión de nuevas figuras e instituciones jurídicas, a su vez implica una realidad diferente en la práctica del Derecho. El Derecho Administrativo Colombiano, no ha sido ajeno a tal situación, y considerando que su marco legal es anterior a la Constitución Política, que no se integra a cabalidad con las finalidades de ésta, y que no se ajusta a la realidad práctica del Derecho; evoluciona en el Nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo.

Lo anterior hace necesario a nivel académico y científico una investigación, que permita evaluar las ventajas y desventajas de estos cambios normativos. En la ciencia del Derecho las investigaciones requieren que se valore o juzgue al menos desde una perspectiva teórica la coherencia de las citadas modificaciones legales con el ordenamiento y con realidad que éstas van a integrar. Podríamos entonces decir que de forma genérica, que los puntos anteriores deben ser el objetivo general de la investigación, sin embargo se hace necesario concretarlos respecto del tema de estudio.

Por otro lado la investigación debe tener la suficiencia de arrojar diversos resultados, algunos de los cuáles serán las conclusiones que aparecen de forma fortuita tras la recopilación de información y de los análisis que se hagan respecto de la misma a lo largo de la investigación como en la parte final. Pero además aparecerán otros resultados; estos acaecerán como la consecución de metas propuestas, lo que denominaremos objetivos específicos y que a través de su alcance se dará contenido a la investigación. Empecemos concretando el objetivo general y posteriormente pasemos a los específicos.

1.5.1. Objetivo General:

El presente proyecto de investigación pretende arribar al objetivo principal en tres etapas, las que se explican a continuación:

En primer lugar se busca estudiar y comprender de forma minuciosa la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado como una figura completamente novedosa para nuestro Derecho, desde los antecedentes que dieron lugar a la misma, hasta el procedimiento establecido en la ley 1437 de 2011 en los artículos 10, 102, 269 y 270, esto a fin de explayar todo su contenido, haciendo énfasis en la autoridad administrativa y en general en la administración pública.

En un segundo momento y habiendo logrado clarificar el porqué, el para qué y el cómo opera la figura; se pretende determinar las consecuencias de su inclusión, es decir se aspira lograr establecer los efectos que se ocurrirán con ocasión a este hecho; primero desde un análisis comparativo con figuras similares como son: el Precedente Judicial en el Derecho Administrativo Comparado y el Precedente Judicial en Colombia. Así mismo se tendrán en cuenta para ello las posiciones doctrinarias. En este punto nos enfocaremos en determinar si hay o no un traslado de funciones con ocasión a esta figura.

Finalmente, habiendo planteado una hipótesis alrededor de cuáles son los efectos que se producen o que otros cambios concomitantes se sucederán con ocasión de la extensión del precedente, se analizarán en relación a dos puntos neurálgicos:

Primero, si los efectos de la extensión de la jurisprudencia son coherentes con el ordenamiento jurídico, es decir; si desde una perspectiva estrictamente teórica, haciendo especial énfasis en el examen de principios y Derechos fundamentales parte del ordenamiento, en normas de Derecho Administrativo y Constitucional y en la estructura del Estado, se podrá integrar la nueva figura.

Segundo, se tomara en cuenta una perspectiva práctica. Es decir ¿los efectos que se puedan ocasionar de la figura serán acordes a la realidad Colombiana? Pues más allá de que sea perfectamente legal será necesario evaluar si en la práctica resulta ser beneficioso para la administración y la práctica del Derecho.

Para finalmente determinar si la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado resulta ser beneficiosa para el Derecho administrativa Colombiano o si por el contrario no solo resulta inconveniente sino incoherente con nuestro Derecho tanto en su contenido normativa como en su práctica.

1.5.2. Objetivos Específicos:

i) El primero de los objetivos consiste en determinar los antecedentes que tiene esta institución, para ello se pretenden distintos análisis; por un lado el estudio del marco teórico de la misma, estudiando el precedente judicial en el Derecho administrativo comparado, particularmente en lo que a estos efectos se refiere, distinguiendo las posiciones tradicionales de los sistemas Continental Europeo y Anglosajón, así como las posiciones de diversos tratadistas internacionales y nacionales en la materia. En aras de complementar los antecedentes se pretende determinar cuál ha sido la línea jurisprudencial del precedente judicial en Colombia, para conocer su grado de influencia y analizar los efectos de la obligatoriedad del precedente judicial de la Corte Constitucional en el Derecho Colombiano y posteriormente compararlos con esta figura, a fin de descubrir los posibles efectos que ésta puede ocasionar en el Derecho administrativo colombiano.

ii) El segundo objetivo está relacionado con el estudio del marco normativo, pretende analizar el procedimiento que se establece en la ley 1437 de 2011 de extensión de Jurisprudencia del Consejo de Estado, haciendo un estudio detallado de todos los artículos referentes a esta institución. Para ello primero se busca analizar la causas locales que dieron origen a la inclusión de esta figura en la ley 1437 de 2011. Pretendiendo responder al porque y al para que de esta novedad legislativa, de acuerdo a la exposición de motivos. Posteriormente se revisara los procedimientos ante la Administración Pública y posteriormente el proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, haciendo particularmente énfasis en lo relacionado con las autoridades administrativas. Se

aspira para el cumplimiento de este objetivo un análisis a procedimientos similares en el Derecho comparado.

iii) El tercer objetivo específico ambiciona, en aras de probar la tesis planteadas, realizar un estudio respecto del traslado de funciones entre las ramas del poder público a partir la teoría clásica de la separación de poderes, recopilando que autoridades administrativas ejercen funciones judiciales, tanto en Colombia como en otros países, a fin de determinar si con la introducción de esta figura se da este fenómeno. Además se busca analizar si resulta ser jurídicamente viable tal traslado y cuáles son sus efectos. A su vez, se proyecta examinar si esto vulnera la figura del juez natural, estudiando la posible violación al Derecho del debido proceso, por desconocer el juez natural, con fundamento en la falta de autonomía judicial y de independencia de las autoridades administrativas. Para ello se pretende realizar un estudio sobre la autonomía Judicial de las autoridades administrativas cuando ejercen funciones judiciales y diferenciar entre los actos administrativos de los jurisdiccionales. A su turno se pretende el análisis del traslado de la función judicial como efecto de la inclusión de esta figura, que vulnera las teorías de separación de poderes y de pesos y contrapesos como principios de la estructura del estado Colombiano.

iv) Por último, considerando de que más allá de que se logre probar el traslado de funciones, esta institución como innovación legislativa, generará consecuencias de toda clase en la sociedad colombiana. Se pretende analizar en general los efectos que puedan acaecer con ocasión de la figura para determinar si son más importantes las ventajas que ésta genera o son mayores los efectos adversos. Para ello se busca estudiar la afectación sobre los principios de economía, eficiencia y celeridad, consagrados en el artículo 209 de la constitución política y en el artículo 3 de la ley 1437 de 2011, así como; determinar la posible influencia de esta positivización en el resto del ordenamiento jurídico, como también; los riesgos que corre la administración con la inclusión de esta figura en términos prácticos, para así poder plantear un mecanismo de protección.

Finalmente, como otro punto a anotar dentro de este objetivo, se ambiciona ponderar los principios de Seguridad Jurídica y de Autonomía Judicial, afectados por la inclusión de esta figura, considerando el Derecho Comparado, el Derecho Nacional y la Doctrina.

1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

Iniciemos haciendo una reflexión respecto de la importancia de la metodología de la investigación. Por ejemplo, Gabriel Álvarez Undurraga[21], en su artículo "*Importancia de la Metodología de la Investigación Jurídica en la formación de los estudiantes de Derecho"*[22] plantea toda una variedad objetivos que se logran gracias a la metodología en la investigación, entre los que se señalan: obtener datos o información para analizarlos y tomar decisiones adecuadas, resolver problemas, conocer nuevas teorías y sus desarrollos, profundizar aspectos de la realidad socio–jurídica, conceptos e ideas, revisar documentos y textos existentes utilizando la artesanía intelectual, crear nuevos enfoques metodológicos, vincular la teoría con la práctica o el deber ser con el ser o realidad social, evaluar la eficacia de la norma jurídica, diagnosticar y conocer el derecho y sus transformaciones, enriquecer nuestro patrimonio cultural, comprobar o verificar hipótesis, ayudar a encontrar datos para resolver problemas jurídicos (conflictos, negociaciones, demandas, etc.), mejorar, reformar o crear nuevas leyes que atiendan a satisfacer necesidades de la comunidad, realizar proyectos de investigación que permitan entregar datos para tomar decisiones de modernización y transformación del sistema judicial y su normativa, reciclar conocimiento, en fin, es largo el inventario de metas que se pueden alcanzar mediante la promoción de la investigación en el Derecho, tanto en actividades universitarias de

[21] *A*bogado, graduado en la Universidad Central de Venezuela y Profesor de castellano y Literatura, graduado en la Universidad de Santiago de Chile. Ha realizado estudios de Post-grado (Maestría) en la Universidad Simón Bolívar, en la Universidad Central de Venezuela (especialización en Derecho del trabajo), en la Universidad de los Andes de Venezuela (Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales) y Magíster en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es Doctor (c) en Estudios Americanos, Mención Relaciones Internacionales en la Universidad de Santiago (USACH). Ha sido profesor en Venezuela de la Universidad Central de Venezuela, de la Universidad de Los Andes, de la Universidad de Oriente y de la Universidad Metropolitana. En Chile ha trabajado en la Universidad de Atacama, Universidad Católica del Norte, Universidad de Talca, Universidad de los Andes, Universidad de Heidelberg, entre otras. Actualmente trabaja como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Universidad de Santiago, Academia de Guerra del Ejército de Chile, Universidad Central de Chile y en la Universidad San Sebastián.

[22] *http://www.derecho.uchile.cl/ensenanzadelderecho/docs/articulos/gabriel%20alvarez.pdf*

pregrado, postgrado o en las labores profesionales, interdisciplinarias y en diferentes ámbitos de la vida cotidiana.

Hecha la anterior reflexión, quisiera antes de señalar la metodología de esta investigación, partir de una premisa obligatoria: las herramientas de estudio, es decir, la forma en que se avoque una investigación; está sujetas a la materia del mismo. Por lo tanto, al investigar un tema jurídico, los elementos a los que principalmente debe acudirse para realizar una investigación, deben ser la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Ahora bien, al volcarnos sobre la exposición del método de investigación empleado durante esta investigación, particular, hemos de señalar que cobrarán particular importancia los autores Christian Courtis[23] y Juan Antonio Cruz Parcero[24] a quien seguiremos. Para ellos, en primer término habrá que ocuparse de la descripción de la normas, siguiendo con la revisión sistemática del derecho concordante, valiéndose de la definición creación y utilización de conceptos; para luego, elaborar y utilizar las clasificaciones de teorías y lograr la inferencia de principios o fines subyacentes en el derecho.

[23] Es profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor visitante del Departamento de Derecho del ITAM (México). Dirige el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas, en Ginebra. Ha sido profesor visitante e invitado en las Universidades de Toulouse-Le Mirail (Francia), Carlos III (Madrid), Castilla-La Mancha, Deusto, Pablo de Olavide y Valencia (España), California-Berkeley (Estados Unidos), Iberoamericana (México) y Diego Portales (Chile), entre otras. Entre sus libros más recientes se cuentan: El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional (2006); Los derechos sociales en el debate democrático (2006); La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005) (con Víctor Abramovich y Alberto Bovino, 2006) y Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales (2006). En esta misma Editorial es coautor, con Víctor Abramovich, de Los derechos sociales como derechos exigibles (2002, 2004).

[24] Estudió la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, titulándose en 1992 con la tesis "Historia contemporánea de la Filosofía del Derecho en México".

Realizó el doctorado en derecho en la Universidad de Alicante, España. Se tituló en 1998 con la tesis "El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho" dirigida por Manuel Atienza.

Ha sido profesor del Postgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, donde ha impartido diversas materias: Historia de la Filosofía del Derecho (I y II), Teoría del Derecho Contemporánea (I y II), Técnicas de Investigación Jurídica, Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Actualmente imparte la materia de Teorías de la Argumentación Jurídica.

Ha realizado estancias de investigación en la Universidad Alicante (2001), en la Universidad de Oxford (2005-2006), en la Universidad Torcuato di Tella (2006), en la Universidad Pompeu Fabra (2009) y en el Institute for Science, Ethics & Innovation de la Universidad de Manchester (2011).

Investigador Titular B, de tiempo completo en el IIF's de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Miembro del Colegio de Bioética A.C.

De tal manera, en consideración a que el objeto de estudio es el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, es decir una norma positiva reguladora de la conducta de un grupo de asociados, que además es nueva respecto de las mismas de su especie, se seguirá lo previamente señalado de la siguiente manera:

En primera medida, como se evidenció en la parte introductoria de la investigación, además del preámbulo hecho, se han presentado los problemas jurídicos circundantes a la norma objeto de estudio, diversas hipótesis frente a dichas problemáticas, la justificación que reporta hacer la presente investigación, y los objetivos generales y específicos de la misma.

En segundo lugar, tendremos en la denominadas: parte primera y parte segunda, el grueso del documento, el cual será integrado por los resultados de la investigación, traídos de la legislación, jurisprudencia y doctrina, tanto a nivel nacional como extranjero, como insumo, y en forma de conceptos definitorios, de los temas propios de las tesis que han de confirmarse o desecharse en este documento investigativo.

En tercer y último término, tendremos con la parte concluyente de la investigación, dos cosas esenciales en toda investigación: por un lado, reflexiones que sinteticen de manera sucinta y diáfana los principales temas y conceptos revisados a lo largo del documento. De otra parte, la confirmación o negación de las hipótesis o tesis señaladas en la parte introductoria de este documento.

Dicho lo anterior, y en aras de dar un orden a la parte investigativa y descriptiva, que faciliten arribar a la confirmación o negación de las hipótesis y al cumplimiento de los objetivos que tiene esta investigación; la citada parte gruesa, que a continuación revisaremos, será dividida en dos partes, las cuales a su vez serán escindidas en dos capítulos, que a su turno, serán fraccionados cada uno en dos secciones, los que de igual forma, se partirán en dos subsecciones. En la primera parte de la investigación, denominada: "*La extensión de la jurisprudencia de conformidad con el artículo 102 de la ley 1437 de 2011: un análisis de sus antecedentes, su procedimiento y las contradicciones de la misma con el artículo 230 de la carta política*." Se procurará iniciar la descripción de

la norma estudiada, la concordante y el estado de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la misma. De tal manera se pretende en esta parte agotar lo atinente a la los antecedentes, de la Ley 1437 de 2011 y del artículo 102 incorporado en ella, para ello se empezará recopilando la evolución normativa en materia de Derecho Administrativo. Seguidamente, al iniciar el capítulo primero, nos referiremos a los antecedentes más próximos que dieron lugar a la ley, para posteriormente, en la Sección A de este capítulo adentrarnos en la importancia de la Constitución Política de 1991, en la Ley 1437 de 2011.

Finalizada la parte histórica de esta investigación, nos dedicaremos, en las Subsecciones de la Sección "A", en presentar las generalidades y aspectos más relevantes de la Ley 1437 de 2011, y explicar la incorporación del artículo 102 en esta ley, de conformidad con algunos doctrinantes.

En la Sección "B", se empezará haciéndose una reflexión en torno al marco normativo de la investigación; luego, en la Subsección "1" de la misma, se explicará el procedimiento dispuesto en la noma objeto de esta investigación; finalmente se concluirá esta Sección, haciendo referencia en la Subsección "2", a las Sentencias de unificación Jurisprudencial, elemento integrante del referido artículo 102, que merece como concepto ser examinado.

De tal forma habremos concluido, este Capítulo, en el siguiente se abordará inicialmente los planteamientos doctrinarios respecto de las posibles contradicciones de esta figura con nuestro ordenamiento jurídico, haciendo especial énfasis en la incompatibilidad del artículo 102 de la Ley 1437 con el artículo 230 de la carta política, en la medida de que se incluye una fuente de derecho propia de un Sistema Jurídico, como es el precedente judicial, en otro Sistema, en el que la jurisprudencia, de acuerdo a la Constitución es criterio auxiliar de interpretación de la ley, única fuente formal de derecho.

Planteado lo anterior, en la Sección "A" se empezará a desarrollar el concepto de Sistemas Jurídicos, considerando la necesidad de clarificar, si es posible que la norma administrativa

estudiada, va en contravía del artículo 230 superior, por ser éste, la plasmación positiva del sistema de Derecho Codificado, con tradición europea-continental, al que pertenecemos.

Seguidamente, se procederá en la Subsección "1", a realizar una exposición de los Sistemas Jurídicos citados, es decir, el denominado common law, proveniente de la cultura anglosajona, fundamentado en el precedente judicial; y el nuestro, conocido como de derecho de tradición romano-germánico, de estirpe Continental-europeo, caracterizado por la codificación de sus normas.

En la Subsección "2", considerando que lo importante de estudiar los anteriores Sistemas Jurídicos, radica en que la jurisprudencia o precedente judicial, como fuente de derecho, pasará a ser parte de un Sistema, que no sólo por tradición, sino por la esencia del mismo, no tiene a los pronunciamientos de los jueces dentro de sus fuentes; se procederá a realizar un análisis de la importancia del precedente judicial en la formación de ambos sistemas, como hipótesis que viabiliza realizar estas incorporaciones.

Entraremos en la Sección "B" a realizar algunas observaciones doctrinarias que permitan explayar el concepto de "Precedente Judicial"; posteriormente, considerando que en la Sentencia C-634/11 se declaró la constitucionalidad del artículo 10° de la señalada Ley 1437, 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; y que la Sentencia C-816 del mismo año, declaró la constitucionalidad del artículo 102 de ese cuerpo normativo, entendiéndose también, 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. Clarificada tal noción, se

evaluará, en la Subsección uno, el valor vinculante del precedente constitucional en Colombia.

Finalmente, en la subsección número dos, avocaremos el análisis de la posible afectación al artículo 230 de la Carta Política, en virtud de la extensión de jurisprudencia de conformidad con el artículo 102 en cita.

En la Parte Segunda de esta investigación, se hará una presentación mucho más constructiva en el sentido de que los conceptos a exponerse se harán en atención a las tesis planteadas. De tal manera, esta segunda parte, de nombre: *Contradicciones de la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas de conformidad con el artículo 102 de la ley 1437 de 2011,* empezará explicando la teoría según la cual el artículo 102 contradice el artículo 113 de la Carta Política.

Entendido lo anterior, será menester en la Sección "A" de ese primer capítulo, relacionar las posiciones doctrinarias respecto de los orígenes de la teoría de la separación de los poderes públicos; para luego en la Subsección "1", apuntar reflexiones doctrinarias respecto de la teoría de la separación de poderes públicos, en las constituciones políticas de los Estados modernos; y en la Subsección "2" en cómo se ha dado esta teoría en Colombia.

En la Sección "B", considerando hechas los apuntes pertinentes a la Teoría de la Separación de Poderes, pasaremos a estudiar aquellos poderes que interesan a esta investigación, de tal forma en la se iniciará estudiando el concepto de administración, como ente sobre el que recae la función ejecutiva, y sobre quien recae el deber asignado por el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. Luego, en la Subsección "1" se procurará definir y sobretodo distinguir la función jurisdiccional y la ejecutiva. Hecho esto, en la Subsección "2" ahondaremos en los principios de celeridad, eficiencia y economía, como deberes del Estado y de ambas funciones, que no obstante servir de fundamento para la implementación de esta ley, curiosamente pueden verse vulnerados por la misma.

En el segundo capítulo, en el que fundamentalmente, se revisaran los conceptos para confirmar si se da o no el traslado de la función jurisdiccional a la administración y determinar los efectos de esto, se iniciará con el examen del debido proceso a la luz del derecho internacional. Seguidamente, en la Sección "A" se hará una relación de este derecho, sus fundamentos y el objeto de estudio de la investigación.

En consecuencia con lo anterior, en la Subsección "1", ahondaremos en el concepto de seguridad jurídica; mientras que en la Subsección "2" nos enfocaremos en la autonomía de la Administración de justicia y de la autoridad administrativa.

Seguidamente, en la Sección "B", se pretende llegar al último criterio que permita determinar si se traslada la función Jurisdiccional a las autoridades administrativas, para ello, nos proponemos referiremos propiamente a los actos jurídicos producidos en ejercicio del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, entrando en la Subsección "1", en la determinación de la clase de discrecionalidad de estos actos, y en la Subsección "2", en la distinción de si esto actos, son administrativos o jurisdiccionales.

Explicado entonces la metodología empleada hasta el momento, y que se seguirá empleando a lo largo de esta investigación, procedemos a entrar en materia.

PARTE I. LA EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 1437 DE 2011: UN ANÁLISIS DE SUS ANTECEDENTES, SU PROCEDIMIENTO Y LAS CONTRADICCIONES DE LA MISMA CON EL ARTÍCULO 230 DE LA CARTA POLÍTICA.

Iniciemos señalando que esta primera parte pretende en esencia dos cosas: en primer lugar, lograr un compresión plena del objeto de estudio de la investigación en su estado actual, corresponde en ese sentido, realizar una exposición del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia concordante, para llegar a una comprensión integral de esta novedosa figura. Para ello se procederá, iniciando el primer capítulo, con un análisis histórico de la misma, en principio con los antecedentes que tuvo la Ley 1437 de 2011, con el objeto de comprender desde un punto de vista más general cómo se dio esta figura, y luego con el examen de los antecedentes que tuvo artículo 102 en particular.

La segunda meta que se busca conseguir en esta primera parte, corresponde a la presentación de las problemáticas, contradicciones y en general de los argumentos en contra, que ha tenido esta figura por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional, en cuanto a la constitucionalidad de la misma, particularmente en lo atinente a la inconstitucionalidad de la norma citada, por la vulneración del artículo 230 de la Carta Política.

Resulta más que evidente, que en una investigación jurídica, en la que se pretende, en últimas, examinar la constitucionalidad de una norma, sea menester al iniciarla, exponer la norma objeto de estudio. De tal manera, en este primer capítulo, como se señaló pretéritamente, se busca realizar, en esencia, la exposición integral del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011; para ello, se procederá en primer término con un análisis histórico de la figura que comprenderá dos aspectos: i) los antecedentes generales de la Ley1437 y ii) los antecedentes particulares del artículo 102.

Concluida la revisión histórica, y encontrados ante todo, los fundamentos que originaron esta innovación normativa, se seguirá con la exposición descriptiva de la norma en la que además se expondrá el marco normativo de la investigación, el cual es de por sí, más amplio que las normas concordantes con el artículo 102 estudiado.

En ese sentido, tenemos que nos aproximaremos en primer lugar al conjunto de normas a las que se hará referencia en la investigación distintas a la objeto de estudio, las cuales, en gran medida son las de carácter constitucional que se estiman vulneradas. Luego, nos adentraremos en el 102 artículo de nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en este se revisaran conceptos tratados en esta norma, tales como el de las Sentencias de Unificación.

Finalmente, concluiremos este primer capítulo, con la jurisprudencia y las normas concordantes al artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, esto es, las fuentes de derecho que deben tenerse en cuenta para una correcta hermenéutica de la norma.

Como es costumbre en el estudio del Derecho, se procederá de manera preliminar con el examen de la los antecedentes de las instituciones, que en concreto, son objeto de estudio; en tal virtud, considerando que se investiga un nueva disposición de es pertinente entrar a revisar los antecedentes normativos que a nivel general inciden con el referido objeto de estudio.

Es menester iniciar señalando, que desde el año de 1984 rigió hasta la expedición de la Ley 1437 de 2011, el Acto Legislativo 01 de ese año; estatuto que, en un solo cuerpo normativo, reunía los procedimientos administrativos y los procesos que se adelantaban ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, procedimientos sin lugar a dudas disimiles pero al mismo tiempo estrechamente relacionados.

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se convierte en ese sentido en el cuarto compendio normativo para procedimientos administrativos y Contenciosos Administrativos, en el Derecho

Colombiano. El primero fue la Ley 130 de 1913, denominado: "*Sobre la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*", el cual fue un código exclusivamente judicial.

A éste le siguió, el segundo contenido en la Ley 167 de 1941[25], de nombre: "Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa" el que se refiera ya a los procedimientos administrativos en el Titulo Tercero, y dedica su Capítulo VIII al procedimiento Gubernativo. Este compendio duró 43 años hasta el citado Acto Legislativo 01 de 1984. Frente a esta evolución normativa, es pertinente citar al doctor Augusto Hernández Becerra, Consejero de Estado, quien indicó en las memorias al Nuevo Código:

Es interesante observar que, siempre que se dejó atrás uno de estos Códigos al ser sustituido por uno nuevo, del antiguo se dijo que había sido una buena ley y que, quizá no era indispensable reemplazarla.[26]

La Ley 130 sancionada el 13 de diciembre de 1913, reguló la composición de la jurisdicción contenciosa administrativa, las competencias del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, las atribuciones del Ministerio Público ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y las reglas para el trámite de los diferentes procesos ante dicha jurisdicción, como los derivados de las acciones de nulidad contra las ordenanzas de las asambleas departamentales o de los acuerdos y otros actos de los concejos municipales; la revisión de los actos del Gobierno o de los ministros que no correspondieran a la Corte Suprema de Justicia; de los asuntos relativos a la verificación contencioso-administrativa del presupuesto en los términos prescritos por el Código Fiscal; del trámite y decisión de los juicios sobre suministros, empréstitos y expropiaciones; de los de pensiones y

[25] LEY 167 DE 1941 (Diciembre 24) Diario Oficial No. 24.853, de 7 de enero de 1942 Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa.

[26] Señala el doctor HERNANDEZ BECERRA*: "Para los años ochenta del pasado siglo el desarrollo normativo de los procedimientos administrativos había adquirido tal importancia, que fue necesario asignarle en el nuevo estatuto la primera parte, atendiendo a la "necesidad de separar las materias propias de propias del procedimiento gubernativo de aquellas que corresponden al trámite de los juicios contencioso-administrativos y a la actuación del Consejo de Estado y de los Tribunales.*

recompensas militares; sobre definición de competencias; sobre impuestos y demás controversias a cargo de la citada jurisdicción.

Un año después, el Acto Legislativo No. 1 del 10 de septiembre de 1914, le atribuyó al Consejo de Estado, que ya había sido restablecido por el Acto Legislativo No. 1 de 1910, desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley, lo mismo que actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y la ley determinaran.

Como complemento de lo anterior, la Ley 60 del 5 de noviembre de 1914, orgánica del Consejo de Estado, reguló su composición y estructura en tres Salas: La Sala de Negocios Generales, la Sala de lo Contencioso Administrativo, que tendría a su cargo todo lo relativo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la Sala Plena o Consejo Pleno. Dicha Ley determinó que desde el día en que empezara a funcionar el Consejo de Estado, lo que ocurrió el día de su instalación cumplido el 17 de diciembre de 1914, quedaría suprimido el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Igualmente, con la Ley 25 del 2 de agosto de 1928, reformatoria de la Ley 130 de 1913, se crearon los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo.

El segundo Código Contencioso Administrativo colombiano se expidió el 24 de diciembre de 1941, al sancionarse la Ley 167 de ese año, "sobre organización de la jurisdicción contenciosa administrativa" , éste nuevamente reguló la composición de la jurisdicción ejercida por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos; las competencias de una y otras corporaciones judiciales; la intervención del ministerio público; los medios de control judicial de la actividad administrativa; de los procedimientos administrativos pero sólo a partir de la notificación de las decisiones y de la vía gubernativa; de los procesos contencioso administrativos–ordinario y especiales también llamados juicios especiales, sobre competencias en materia de facultades administrativas; sobre competencias de jurisdicción; sobre revisión de las cartas de naturaleza expedidas por el Presidente de la República; sobre pensiones, recompensas, sueldos de retiro, jubilaciones y otros

reconocimientos; juicios de cuentas; juicios electorales; revisión de los contratos de la administración; indemnizaciones por trabajos públicos; y, juicios sobre impuestos -; de la suspensión provisional y del cumplimiento y ejecución de los fallos judiciales.

Dicho Código fue reformado y complementado primero por el Decreto 2733 de 1959, mediante el cual se reglamentó el ejercicio del derecho de petición previsto en la Constitución Política con el objeto de garantizar su efectividad; se dictaron normas sobre procedimiento administrativo a partir de la adopción de las decisiones administrativas, su notificación y recursos en sede gubernativa; y, finalmente se reguló la revocación directa de los actos administrativos por las causales y conforme al procedimiento allí señalado . Posteriormente, el Código Contencioso Administrativo fue reformado y complementado por el Decreto 528 de 1964, la Ley 50 de 1967 y la Ley 11 de 1975.

Seguidamente, la Ley 58 de 1982, modificó el mencionado Decreto 2733 de 1959, consagrando los principios y fines de la actuación administrativas y confirió facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para modificar el Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 167 de 1941; los Decretos, 2733 de 1959 y 528 de 1964; la Ley 11 de 1975 y demás disposiciones complementarias; esto con el objeto de: i) dictar normas de acuerdo con los principios contenidos en dicha ley en materia de procedimiento gubernativo y revocación directa de los actos administrativos; ii) determinar un régimen de responsabilidad civil de los empleados oficiales en razón de sus actuaciones u omisiones de carácter administrativo; iii) redistribuir las funciones entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos; iv) regular la comparecencia de las entidades de derecho público en los procesos contenciosos, de funcionarios y particulares que deben estar vinculados a ellos, y la actuación del Ministerio Público en los mismos, de manera general y en especial de los casos de responsabilidad y de contratos; v) establecer el sistema de excepciones e incidentes y de pruebas, así como el de los recursos ordinarios y extraordinarios y del grado de consulta que procedieran contra autos y sentencias; revisar el procedimiento ordinario para adecuarlo a las nuevas tendencias procesales y los procedimientos especiales para suprimir o unificar; determinar el régimen de impugnación

de sus propios actos por la administración; dictar normas para la ejecución de los fallos y definir las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo.

Luego, la Comisión Asesora del Gobierno creada por la Ley 58 de 1982, de un "grupo auxiliar" y de una "subcomisión del Gobierno" encargada por éste para redactar el texto definitivo del Código, se expidió el Decreto 01 del 2 de enero de 1984, "por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo".

El Decreto 01 de 1984, que regentó el Derecho Administrativo Colombiano en nuestro durante más de 25 años, contaba como todo compendio normativo, con aspectos positivos, y otros que era menester regular.

Es de señalar que para el año de 1982, nuestra legislación no contaba siquiera con los principios que orientaran la actuación administrativa a cargo de las autoridades, excepto en lo relacionado con la impugnación en sede administrativa de los actos de carácter particular y concreto y su revocatoria directa, según las normas previstas en el Decreto 2733 de 1959.

En tal virtud, la Ley 58 de 1982 enunció los principios que en adelante orientarían la actuación, y definió el contenido y alcance de los mismos. Por lo que el primer aspecto positivo a rescatar, es que el Código Contencioso Administrativo se ocupó de precisar tales contenidos, todo lo cual sirvió para que más adelante, en 1991, el Constituyente los elevara a rango constitucional.

Según la Constitución Política y la ley, la actuación administrativa debe sujetarse a los siguientes principios orientadores: *Legalidad, Economía, Celeridad, Eficacia, Imparcialidad, Publicidad, Contradicción, Moralidad, Buena fe, Confianza legítima, Debido proceso, Defensa, Audiencia, Doble instancia, Informalidad, Proporcionalidad, Razonabilidad, Auto tutela, Responsabilidad y Rendición de cuentas*.

Todo ello, sin perjuicio de los principios que orientan la organización estatal y la administrativa en particular, a saber: Estado Unitario, Separación funcional, Colaboración

armónica, Centralización, Descentralización, Concentración, Desconcentración, Delegación, Avocación, Coordinación, Dirección, Control (de tutela, jerárquico, judicial, fiscal, disciplinario, político, etc.), Subsidiariedad, Complementariedad o Intermediación.

De otra parte, es pertinente tomar en cuenta que en el año de 1984, Colombia adolecía de normas que regularan la actuación administrativa a cargo de las entidades públicas o de las privadas, esto es, de las etapas previas a la expedición del acto definitivo por parte de las autoridades en ejercicio de la función administrativa, resultantes del derecho de petición, del cumplimiento de un deber u obligación legal o de la actuación oficiosa de la administración.

De tal manera tenemos como segundo elemento positivo de este Código, que por primera vez, se reglamentó desde el punto de vista legal el ejercicio del derecho constitucional de petición con el objeto de tramitarlo y resolverlo de manera oportuna, derecho de petición que debería incluir, además del derecho de petición en interés general, el derecho de petición en interés particular, el derecho de petición de información y el derecho de petición de consulta.

Así mismo, se reglamentaron las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal ante la administración y las actuaciones iniciadas directamente por ésta de manera oficiosa.

En tal virtud, en el Libro I del Código de 1984, se determinó reglamentar lo que se denominó como "*Procedimientos Administrativos*" ordinarios, para distinguirlos de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, o de los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieren decisiones de aplicación inmediata para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

En tales normas se regularon las diferentes etapas de la actuación administrativa a partir de la presentación y radicación de la petición o del cumplimiento del deber legal o de la

iniciación oficiosa lo cual obliga a la formación del expediente administrativo; la necesidad de determinar la autoridad competente para tramitar la actuación y el funcionario imparcial que la sustancie, citando o emplazando a los terceros determinados e indeterminados, respectivamente, decretando y practicando las pruebas necesarias y adoptando la decisión correspondiente.

Por otro lado, y como tercer aspecto a destacar dentro de este Código, fue que se precisó la impugnación de las decisiones en sede administrativa. Para tal efecto, se desarrolló mejor la vía gubernativa, precisando qué decisiones debían ser objeto de impugnación y cuáles no; qué recursos caben contra los actos administrativos, los términos para interponerlos, los requisitos para ello, las autoridades ante las cuales proceden y el procedimiento para su concesión, admisión, tramite y resolución.

A su vez, encontramos oportuno resaltar, como cuarto tópico de importancia, que en el Acto Legislativo 01 de 1984, se determinó el régimen de responsabilidad de los servidores públicos, previéndose demandar directamente al servidor o llamarlo en garantía y se consagró la acción de repetición. De tal manera, por vez primera, se estableció la responsabilidad disciplinaria del servidor público derivada del incumplimiento de sus funciones con motivo de las actuaciones administrativas y se consagraron las causales de mala conducta que motivarían la imposición de multas o la destitución de los responsables (art. 76). Al mismo tiempo se determinó que sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda a la entidad pública o a la privada que cumpla funciones públicas, también son responsables los funcionarios por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, para lo cual pueden ser demandados directamente o pueden ser llamados en garantía o la entidad condenada debe ejercer la acción de repetición contra el funcionario por lo que le correspondiere, todo lo cual constituye el antecedente próximo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

De igual forma, con el advenimiento del Código Contencioso Administrativo de 1984, se lograron precisar los medios de control judicial de la actividad administrativa, en efecto se hizo una nueva presentación y tipología de los mecanismos de control judicial de la

actividad administrativa, a través de la regulación de las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento, reparación directa, cumplimiento, contractuales, definición de competencias administrativas, nulidad de cartas de naturaleza y electorales, cuyas reglas generales aún se mantienen con algunas modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989 y la Ley 446 de 1998.

Como otro aspecto positivo, tenemos que se creó la Acción de Cumplimiento, en el artículo 86, como un mecanismo autónomo, aunque anti técnicamente se haya redactado como una sola identidad jurídica con la de reparación directa, pero distinta de ésta y desde luego diferente de la de restablecimiento del derecho.

Con la reforma que se introdujo al artículo 86 por lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, se abolió la acción de cumplimiento y sólo quedó en dicho artículo la denominada acción de reparación directa. Así desapareció, con lo cual su existencia legal fue efímera y de ninguna aplicación por parte de la jurisdicción contenciosa.

El artículo 87 de la Constitución Política de 1991 se encargó de restablecerla y su desarrollo normativo se hizo ahora por la Ley 393 del 29 de julio de 1997.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta en esta recopilación que se consagró la posibilidad para que la administración ejercite ella misma las acciones contencioso - administrativas. De tal manera, antes de 1984, las entidades públicas no podían ejercitar las acciones judiciales, sino en que en su nombre debía comparecer exclusivamente el ministerio público.

A partir del Código de 1984, se habilitó a las entidades públicas como a las privadas que cumplan funciones públicas para obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes debidamente acreditados, para lo cual se determinó que las mismas podrían incoar todas las acciones previstas en el Código si las circunstancias así lo ameritaban. En el mismo sentido, se determinó cuáles serían los representantes judiciales de las entidades públicas.

Otra de las innovaciones traídas con el nuevo código, fue la creación de la figura de la suspensión en prevención; recordemos que mientras que la solicitud de suspensión provisional debe presentarse conjunta o simultáneamente con la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento o antes de dictarse el auto admisorio contra un acto administrativo ya expedido y que está produciendo efectos, el Código de 1984 introdujo la suspensión provisional en prevención contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirigieran a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso o contra los actos de ejecución cuando el definitivo no hubiere sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hubieran sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hubieran impedido que se recurriera. Entonces, la suspensión en prevención impediría completar o ejecutar los actos definitivos.

Cuando por única vez se hizo uso de esta figura en 1988, para solicitar la suspensión en prevención de la actuación cumplida por el Gobierno Nacional encaminada a convocar una asamblea constituyente para reformar la Constitución Política, y así lo decretó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia del Doctor Guillermo Benavides Melo, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2304 de 1989, derogó el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, con lo cual esta figura, también de efímera existencia en el derecho colombiano, desapareció en Colombia.
Bajo la acción de amparo fue presentada para su restablecimiento en la Asamblea Constituyente de 1991, la cual finalmente la introdujo como la acción de tutela para impedir la vulneración o amenaza de un derecho constitucional fundamental.

Además de las anteriores, el Código de 1984, introdujo el recurso extraordinario de anulación como un verdadero recurso de casación en la jurisdicción contenciosa administrativa, contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los tribunales administrativos, cuando quiera que ellas fueran directamente violatorias de la Constitución Política o de la ley sustantiva.

Cuando apenas empezaba a producirse jurisprudencia sobre su trámite, dicho recurso de anulación fue derogado por el Decreto 597 de 1988, aunque la Ley 446 de 1998, lo restableció pero con el nombre equívoco de recurso extraordinario de súplica.

Finalmente es de señalar que, con el Acto Legislativo 01 de 1984, se reguló más técnicamente el proceso contencioso administrativo ordinario y se precisaron concretamente los procesos especiales. Este era uno de los aspectos más urgentes de tratar porque como se puede observar de la simple lectura del Código contenido en la Ley 167 de 1941, lo excepcional era el proceso ordinario y lo normal lo constituían los muy variados procesos o juicios especiales.

Con las normas de 1984 se hizo una armoniosa regulación del proceso contencioso administrativo, las cuales requirieron los ajustes incorporados en los decretos que lo reformaron en 1988 y 1989 y más recientemente los contenidos en la Ley 446 de 1998.

CAPITULO PRIMERO. Antecedentes históricos de la inclusión de la extensión de la jurisprudencia por parte de autoridades administrativas, en la Ley 1437 2011, y análisis de su procedimiento.

Sostiene el otrora Presidente del Consejo de Estado, el doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta, que en tratándose de definir las causas determinantes sobre el origen del nuevo Código, es necesario referirse a las importantes contribuciones propiciadas por el Código Contencioso adoptado mediante el decreto extraordinario No. 01 de 1984, entre las cuales debe citarse el haber integrado en un solo texto normativo la regulación de los procedimientos administrativos y la de las actuaciones judiciales, caso excepcional en la materia; así como lo concerniente al reordenamiento de las acciones contenciosas, a la estructura del proceso y a la regulación de los mecanismos de impugnación y de consulta.

En cuanto al motivo de cambio, enfatiza en la importancia que tuvo la transición constitucional del país con la Constitución Política de 1991; en efecto, considera que era menester ajustar esta importante parte del ordenamiento jurídico nacional, a lo plasmado en

la nueva carta política, sobre todo en lo atinente a concepción ideológica del Estado, como se observa:

> *"(...) ante el advenimiento de un nuevo orden político-jurídico instaurado con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el Código de 1984 entra en una especie de disfunción ideológica e institucional por cuanto su contenido respondía a una concepción de Estado sustancialmente superada por el Constituyente del modelo sustituto, con grandes repercusiones e implicaciones producidas por el alcance del denominado Estado Social y Democrático de Derecho, particularmente en cuanto a su estructura y organización, a la regulación de los derechos y los instrumentos establecidos para garantizarlos, a los mecanismos de participación ciudadana y a la reorientación de la administración de justicia. La necesidad de acompasar lo administrativo al texto constitucional era una necesidad jurídico-social evidente y por ello la propuesta en tal sentido provino de la misma Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."*

Es claro que éstas, no podían ser las únicas motivaciones para este trascendental cambio, era urgente afrontar el deterioro marcadamente visible en la relación Estado-Administrador y Administrado, cuyos efectos negativos terminaron afectando de la misma manera al Juez Contencioso Administrativo. En este sentido, el resquebrajamiento de un aparato administrativo caracterizado, en muchos casos, por expresiones y comportamientos subordinantes, desafiantes y desobligantes, frente a los asociados, influenciados en gran medida por los altos grados de corrupción públicamente conocidos, llevaron a la configuración de unas administraciones públicas, poco creíbles además de ineficaces y deficientes en la definición de los asuntos que legalmente les correspondía, con lo cual en muchos casos el Juez Contencioso entró a sustituir a la autoridad administrativa en el cumplimiento de su deber, adoptando decisiones que legalmente le correspondía a la primera.

Como consecuencia de ello se hacía menester devolverle y reafirmarle a la administración el deber de definirle a los administrados, en sede administrativa, lo concerniente a sus derechos, lo que habría de traducirse en una primera garantía para aquellos, de tal manera que al Juez Contencioso le correspondiera, ser un tutor de la misma, en cumplimiento de la misión que se le asignara en tal sentido. Es ese el postulado que gobierna, como razón fundamental, y como eje central, el contenido del nuevo Código, consideración que explica su estructura y las instituciones que lo conforman, entre ellas, la extensión de la Jurisprudencia, entre cuyos fines emerge, el de hacer respetar y cumplir las decisiones judiciales, especialmente por las entidades estatales que resultan obligadas por tales decisiones. Estas apreciaciones son compartidas en otros escenarios:

> *"Como eje central y columna vertebral del proyecto a trabajar, la Comisión acogió las recomendaciones de la Sala Plena del Consejo de Estado, en el sentido de establecer, en primer lugar, una regulación de la actividad administrativa mediante la cual se impulsara a la administración pública a cumplir con su obligación fundamental de resolver efectivamente en sede administrativa los asuntos sometidos a su consideración por los asociados, con base en el respeto y reconocimiento de sus derechos, y, en segundo lugar, una regulación de la función judicial consecuente con la protección de los mencionados derechos y el control de legalidad de las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares que cumplan funciones públicas, además del establecimiento de unos mecanismos, instrumentos y procesos que objetivamente garantizaran un real acceso a la justicia administrativa y un debido respeto y cumplimiento de las decisiones judiciales"*[27]

Lo anterior explica la posición que asume el legislador cuando a propósito de la finalidad de la parte primera del Código, que regula lo concerniente a los procedimientos administrativos, señala en su artículo 1º que aquella está orientada a *"...proteger y garantizar los derechos de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción*

[27] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, comentado y concordado, Editor José Luís Benavides, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2012, p. 29.

de las autoridades a la constitución y a los 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".

Antes de entrar con los antecedentes, particulares, que dieron lugar en Colombia, a la figura, es del caso revisar algo de Derecho Comparado, con el objeto de aclarar que ésta, no es una figura enteramente nueva, sino que por el contrario en otras legislaciones existen mecanismos similares.

De tal manera observamos el ejemplo de Costa Rica, que con la aprobación del nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley Número 8508 de 24 de abril de 2006, el cual entró en vigencia el pasado 1° de enero de 2008, por virtud de la *vacatio legis* establecida en el artículo 222 de ese cuerpo normativo; se introdujo una figura similar a la de nuestro ordenamiento. Al respecto procedemos a remitirnos a la obra de Ernesto Jinesta Lobo[28], "La nueva justicia administrativa en Costa Rica", en la que señala que este nuevo Código, supone un enorme giro, respecto de la justicia administrativa concebida y regulada

[28] Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid y especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, es el Presidente de la Academia Costarricense de Derecho (ACD) y de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo (ASCODA), Vicepresidente, por Costa Rica, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA), el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), del Comité Académico de Dirección de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP) y de la Red Docente Euro-Latinoamericana de Derecho Administrativo (REDOEDA), el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC), la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC), el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Profesor y miembro de la Comisión Académica Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DAI), Universidades de la Coruña, España, Nacional del Litoral (Argentina), Nacional del Nordeste (Argentina), de Montevideo (Uruguay), Veracruzana (México), de Guanajuato (México), Santo Tomás de Tunja (Colombia), de Piura (Perú), Monteávila (Venezuela) e Hispanoamericana (Nicaragua). Su trayectoria ha sido reconocida en diversos países teniendo la condición de miembro de Honor de las Asociaciones Mexicana, Dominicana y Nicaragüense de Derecho Administrativo, así como la calidad de Académico correspondiente de las Academias de Legislación y Jurisprudencia de Galicia, Córdoba (Argentina) y Nicaragua. También es miembro titular de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Ha publicado diversos libros y artículos de revista en el ámbito sustantivo y formal del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional. Se le han concedido dos premios nacionales, el Alberto Brenes Córdoba (1995, Colegio de Abogados de Costa Rica) y el Ulises Odio Santos (1999, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). Es Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Escuela Libre de Derecho y Director de los Programas de Doctorado en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de esa casa de enseñanza. También es profesor en el programa de doctorado de la Universidad Estatal a Distancia. Es profesor invitado de diversas universidades en España y Latinoamérica. También es asesor y miembro del Comité de Expertos en Derecho Administrativo de la Fundación Konrad Adenauer (KAS) programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

en la ahora derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966, la cual establecía un proceso contencioso administrativo revisor u objetivo o meramente anulatorio que se enfocaba en la fiscalización de la actividad formal de las administraciones públicas, esto es, los actos administrativos manifestados por escrito previo procedimiento.

Según Jinesta Lobo, el nuevo Código establece una jurisdicción predominantemente subjetiva, plenaria y universal que pretende controlar todas las formas de manifestación de la función o conducta administrativa, tanto la actividad formal, como las actuaciones materiales, las omisiones formales y materiales, en sus diversas y heterogéneas expresiones, y, en general las relaciones jurídico- administrativas y cualquier conducta sujeta al Derecho Administrativo, así provengan de un sujeto de Derecho privado-.

En consideración del autor citado, este nuevo código introduce una serie de figuras novedosas, desde el punto de vista del Derecho Administrativo adjetivo, con el propósito de actuar los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a un proceso en un plazo razonable. Dentro del arsenal de institutos o instrumentos procesales para asegurar una justicia administrativa célere, expedita, transparente, democrática y sencilla, figuran la Adecuación de la Justicia administrativa al paradigma constitucional, concretada en la Extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros, figura que en renglones posteriores se explicará, y que en el sentir de quien escribe tiene relación con figura estudiada en la presente investigación.

Anota el autor estudiado, que en la redacción del nuevo Código, la preocupación imperante entre la comisión de redactores, en la que formó parte, fue adecuar la justicia administrativa al parámetro constitucional, por cuanto la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966 desarrolló de manera parcial e incompleta el bloque de constitucionalidad. Continúa anotando el autor:

> *"Al asumir el paradigma constitucional de la justicia administrativa el resultado debía ser –como en efecto lo fue- un proceso garantista, esto es, que*

sirviera no solo para atender la función objetiva de la justicia administrativa que se traduce en el control de legalidad de la conducta administrativa, sino que garantizara el pleno goce y ejercicio, durante la sustanciación del proceso y ante la emisión de la sentencia de mérito, de los derechos fundamentales de los administrados, con lo cual se satisfacía, también, la concepción subjetiva de la justicia administrativa. En cualquier caso, el nuevo proceso pretende adecuarse, plenamente, a las exigencias impuestas por el constituyente en el artículo 49 constitucional de una justicia administrativa mixta, esto es, que cumpla un rol objetivo de sometimiento de la función administrativa al ordenamiento jurídico –"garantizar la legalidad de la función administrativa"- y subjetiva de tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados –protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos-."

Aunado a lo anterior, señala el autor, que además del desarrollo del artículo 49 constitucional, la nueva legislación desarrolla una serie de valores, principios y preceptos de carácter constitucional, dispuestos expresamente en la Constitución o desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tales como el derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida, a la tutela cautelar, al buen funcionamiento de los servicios públicos, el valor dignidad humana y un conjunto de principios tales como el de igualdad, la intangibilidad relativa del patrimonio, la responsabilidad administrativa, de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad.

Dicho lo anterior, nos adentramos en la figura; de conformidad con el autor, dentro de los modos anormales o anticipados de terminación del proceso, el artículo 116 prevé la "*extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros*".

Explica el doctor Ernesto Jinesta Lobo, que la figura consiste en solicitarle al órgano jurisdiccional que lo que se resolvió en sede administrativa de manera favorable para otro sujeto de derecho se le extienda o reconozca judicialmente al que lo solicita. Es evidente

que si lo impugnado en la vía jurisdiccional es revertido por una conducta administrativa en la sede administrativa aunque sus destinatarios sean otros sujetos, de lograr extenderse judicialmente a los sujetos de la relación jurídico procesal, provocará la terminación anticipada del proceso. Advierte que la extensión judicial de lo resuelto en firme y favorablemente para terceros en vía administrativa, resulta aplicable no solo respecto de la actividad formal, sino también de actuaciones materiales u omisiones.

Enseña la obra "La nueva justicia administrativa en Costa Rica." que cualquiera de las partes principales pueden solicitar, durante el transcurso del litigio, esto es, hasta antes del dictado de la sentencia en única instancia por el Tribunal, que se equipare en lo judicial, total o parcialmente, los efectos de una resolución administrativa firme, esto es, que no quepan recursos administrativos en su contra, y favorable. El requisito indispensable es que haya recaído sobre la misma o idéntica conducta o relación jurídico-administrativa a la que se discute en el proceso, lo anterior aunque quien solicita la extensión o equiparación judicial no haya sido destinataria de sus efectos, se trate de partes diferentes o no haya intervenido en el procedimiento administrativo en el que se produjo el acto firme y favorable (artículo 116.1). Cualquiera de las partes, antes o durante las audiencias, puede poner en conocimiento del juez tramitador o del Tribunal de juicio lo actuado o resuelto en vía administrativa de manera firme y favorable (artículo 116.2). En todo caso, la administración pública respectiva, una vez adoptada la conducta en vía administrativa que incide en las pretensiones del proceso, tiene la carga de comunicarle al órgano jurisdiccional competente en un plazo máximo de ocho días hábiles contado a partir de la adopción del acto firme (artículo 116.3).

Además aclara el doctrinante en comento, que cualquiera que sea la forma en que el órgano judicial se imponga de lo resuelto en firme y favorablemente para terceros en vía administrativa, debe conceder audiencia inmediata a las partes por un plazo de 5 días hábiles para que aleguen lo que estimen conveniente (artículo 116.4). Esta audiencia resulta muy importante, por cuanto, a partir de ahí puede empezar a discutirse si efectivamente se trata de una misma o una idéntica conducta o relación jurídica o no, si la extensión debe ser parcial o total, etc.

Finaliza anotando que en los ocho días hábiles posteriores a la conclusión de la audiencia, el órgano jurisdiccional resolverá si acoge o no la equiparación o extensión, todo previa comprobación de lo exactamente resuelto por la administración pública. Si no versa sobre la misma o idéntica conducta o relación jurídico-administrativa o lo dispuesto en vía administrativa es sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, se denegará motivadamente la extensión o equiparación, sin que lo resuelto prejuzgue la validez de la conducta cuya eficacia se pretendía extender, puesto que, para anularla se debe acudir al procedimiento de revisión de oficio (artículo 173 LGAP) o a otro proceso de lesividad, cauces en los que las partes principales serán otras (artículo 116.5). [29]

De tal manera encontramos una figura con similitudes a la nuestra, aunque con sustanciales diferencias; la figura contemplada por el Derecho administrativo Costa Rícense, no se aplica en sede administrativa como puede hacerse en el caso colombiano de conformidad con el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sino en sede judicial; los efectos jurídicos que se extienden no son los de un acto judicial, sino los de un acto administrativa.

SECCIÓN A. La importancia de la Constitución Política de 1991 en el advenimiento de la Ley 1437 de 2011.

Con el objeto de entender la importancia que tuvo la Carta Política de 1991 en el nuevo código, sea lo primero traer a colación un artículo del ilustre jurista, Alberto Yepes Barreiro, Presidente de la Sección 5° del Consejo de Estado, con el ánimo de iniciar con una perspectiva lo suficientemente amplia, antes de concretar, en las Subsecciones siguientes, la relación indiscutible de la carta magna con la Ley 1437. Inicia, el honorable Magistrado haciendo una reflexión al concepto de Estado Social de Derecho – El Reschtsstaat[30], como noción opuesta a la expresión Machstaat, la que explica como el Estado bajo el régimen de

[29] JINESTA LOBO, Ernesto. La nueva justicia administrativa en Costa Rica. En Revista de Administración Pública Número 179. Centro de estudios politicos y constitucionales. Madrid mayo/agosto 2009. ISSN 0034.7639

[30] El magistrado de las Sección Quinta del Consejo de Estado explica este concepto así: "Estado bajo el régimen del derecho, será todo lo contrario al de aquellos que subsisten bajo el imperio de una fuerza soterrada o visible, impuesta por cualquiera de sus miembros o poderes, aun dentro de la apariencia de una civilización democrática."

la fuerza. En ese sentido, lo que principalmente identifica ese Estado de derecho, según el doctor Yepes, debe ser la ausencia absoluta de arbitrariedad, lo que considera como antagónico al derecho, para nuestro colectivo social.

De tal manera, asimila el ejercicio del poder mediante la fuerza al ejercicio del poder arbitrario, los que estima, ameritan, un control de responsabilidad político y jurídico, para que se preserve el sistema de tales afecciones.

A renglón seguido, entra a revisar el caso Colombiano señalando:

> *"En Colombia, ocurre un fenómeno complejo que ejemplifica de manera dramática, la arbitrariedad de las autoridades, manifestada, o mejor, disfrazada en el reclamo y el intento de quienes detentan los más altos poderes, por arrebatarse entre sí y reivindicar su supuesta legitimidad, a tal punto, que desdeñan con ello de manera subrepticia, las finalidades principales del derecho que le favorecen directamente al ciudadano de a pie, como son la resolución de sus conflictos y la garantía de certeza y seguridad jurídica, fines estos que teleológicamente son los que garantizan la convivencia pacífica y la tan esquiva paz de seguimos buscando."*

Dicho esto, el jurista seguido, pasa a hacer una relación de episodios que se han hecho en Colombia en nombre de la legitimidad y que de cierta manera se han olvidado. [31] Señalando que esto son hechos incontrovertibles que demuestran la inexistencia de parámetros que medien la anarquía y el despotismo, es decir la absoluta ausencia de derecho.

---

[31] *i) La Corte Suprema de Justicia hace no pocos años, denuncia por prevaricato al Consejo Superior de la Judicatura ii) El Consejo de Estado lo hizo contra los miembros de la Corte Constitucional iii) Vía Tutela, la Corte Constitucional en defensa de los derechos fundamentales sustituye sentencias de la jurisdicción contenciosa y la ordinaria iv) Un presidente de la Corte Suprema afirmó en su momento que el Consejo de Estado se "hartó de que le invadan sus competencias" (sic). V) El anterior presidente de la República reclamó respeto del Presidente de la Corte Suprema y dijo mediar entre las altas corporaciones jurisdiccionales, propiciando en apariencia una definición política del legislativo en el conflicto de legitimidad. vi) la inicua reyerta casi desvertebra la organización del Estado y da al traste con la democracia, al punto que el hoy ex presidente protagonista de aciagos hechos, manifiesta su convicción de que en ese país que gobernó no hay garantías de los órganos de justicia idóneos e imparciales, recomendado a sus ex funcionarios acusados de corrupción, el asilo político extranjero*

Sostiene el doctor Yepes Barreiro, siguiendo a Luís Recasens Siches, en la Introducción al Estudio del Derecho; que en una sociedad civilizada, democrática y pluralista, como se precia la Colombiana, donde exista el derecho realmente; se deben cumplir las funciones de seguridad y certeza; resolución de conflictos y naturalmente de organización y legitimidad del poder de la autoridades, por parte de las ramas del poder público, las que según él no se han venido cumpliendo, como se observa:

> *"Por esta razón a pesar de lo anterior y de múltiples dificultades prácticas, es menester reivindicar con todos los honores y méritos la labor del Consejo de Estado en este aspecto, no solo al propiciar la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, -CPACA- sino al contemplar nominales (aspiraciones) o semánticas (utópicas) de la constitución, reivindicando en todo los órdenes la dignidad del hombre, sus derechos y su superioridad por encima de la ley*
>
> *El CPACA, tuvo en cuenta no solo los factores del nuevo esquema constitucional sino además otros, no menos importantes, dentro del contexto de la reforma tales como el nuevo entorno social e institucional, los cambios en la concepción del juez y en la estructura organizacional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, amén de la congestión judicial.*
>
> *Sólo a título de referencia figuras como la extensión y unificación de la jurisprudencia, las medidas cautelares y el deber de aplicación uniforme de las normas, se entronizaron en nuestro sistema jurídico a través de este código con la finalidad de materializar las nuevas concepciones constitucionales positivándolas y efectivizándolas en términos del cumplimiento de los fines funcionales del derecho.*
>
> *Es indudable que el CPACA evitará lo que viene sucediendo a diario en Colombia en forma constante pero imperceptible: Aquella escena en donde una*

persona del común a quien los jueces les han resuelto de manera disímil un conflicto, sin saber a quién obedecer, ni a que norma atenerse en un futuro, expresa con desespero ¡no hay derecho! Y en donde un alumno de introducción al derecho que la escucha responde, absorto y preocupado pero sin ambages, ni temor a equivocarse: Si señor tiene usted razón: no hay derecho.

SUBSECCIÓN 1. Introducción y presentación de los principales elementos de la Ley 1437 de 2011.

Empecemos esta Subsección, haciendo referencia al ámbito de aplicación de la Ley 1437 de 2011; señala al respecto Rosember Rivadeneira Bermúdez, que el Código Contencioso Administrativo, es una normatividad de carácter general que en principio se aplica a todas las autoridades que desarrollen funciones administrativas. A su vez, apunta que la mayoría de las autoridades que ejercen funciones administrativas deben someterse a un procedimiento definido en la ley o el reglamento, el cual bien puede ser la misma Ley 1437 o una norma especial; agrega el doctrinante previamente citado, que existiendo una variedad de disposiciones encargadas de regular los procedimientos administrativos es necesario definir qué autoridades y procedimientos se encuentran sometidos a las disposiciones contenidas en la Ley 1437 y que otras a una normativa especial.[32]

Aunado a lo anterior, el doctrinante inmediatamente citado, considera que el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, tiene un regulación similar a la que en su momento consagraron los artículos 1 y 81 del decreto 01 de 1984[33]. De tal manera, colige que de la actual norma

[32] RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember. Manual de Procedimiento Administrativo Según la Ley 1437 de 2011. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Medellín. 2012. P.15.

[33] Decreto 01 de 1984. ARTÍCULO 1. Campo de aplicación. *Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades".*

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

jurídica, al igual que la derogada, se puede extraer una regla de aplicación general, de sometimiento excepcional y por ultimo una limitación a su radio de acción frente a determinadas actividades y autoridades, así: de manera general, se aplica a todos los organismos y Entidades que conforman las Ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos a autónomos e independiente del Estado y a los particulares, cundo cumplen funciones administrativas, a todos ellos se les dará el nombre de autoridades; y de forma excepcional, se aplica a las autoridades encargadas de adelantar trámites administrativos regulados por disposiciones especiales pero única y exclusivamente para suplir lagunas o vacíos que presente dicha normativa, el código, en este caso servirá para complementar la ley especial en las deficiencias normativas que presente[34].

Para el doctor Hernández Becerra, la Ley 1437 de 2011 viene a reafirmar la antigua vocación democrática del derecho administrativo colombiano y bajo la influencia poderosa de la Constitución de 1991, ratifica la idea de la jurisdicción de lo contencioso Administrativa como institución de defensa social y de salvaguardia de la justicia y del derecho y, en términos más generales, la idea de que el derecho administrativo tiene como objeto primordial la protección de todas las personas en sus intereses individuales y colectivos, y el amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta fundamental.

El citado Magistrado, recuerda las principales innovaciones del procedimiento administrativo señalando las siguientes:

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.
Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.
(…)
ARTÍCULO 81.En los asuntos departamentales y municipales, se aplicarán las disposiciones de la parte primera de este código, salvo cuando las ordenanzas o los acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos.

[34] *Ob. Cit. RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember. P. 15-16.*

El mandato fundamental de efectiva protección de derechos de todas las personas, a partir de los principios, valores y reglas constitucionales, lo cual es una evidente manifestación de la constitucionalización de derecho administrativo en el principal de sus estatutos.

La expansión de derecho petición a la totalidad de las relaciones autoridad-ciudadano, y extensión de este derecho, incluso, a algunas de las relaciones entre particulares. La digitalización del procedimiento administrativo y desarrollo de la noción de ciudadanía digital.

La atribución de una relevancia sin precedentes, en el sistema de fuentes, a la jurisprudencia administrativa, con la introducción de mecanismos eficaces para que deban aplicarla, en aras del principio de igualdad, las autoridades administrativas y los jueces.

A su vez, considera el doctor Hernández Becerra, que es tan importante la orientación del Código en esta primera parte, que producirá un fuerte impacto en la organización y funcionamiento de la administración pública en todos sus sectores y niveles, en la cultura y la práctica de los jueces y abogados, en la forma como se enseña el derecho en la universidades e, incluso, en otras áreas especializadas del derecho.

De tal manera, estima el doctor Hernández que esa primera parte, contentiva del procedimiento administrativo, y de la figura de estudio de esta investigación, puede ser comprendida como una carta ciudadana de derechos ante la administración. Señala que, en contraste con las concepciones tradicionales del derecho administrativo y sus procedimientos, en el nuevo código emerge como el verdadero objeto de la Parte Primera no las autoridades y sus procedimientos, sino la persona humana, a quien la administración debe servir para proporcionarle eficaz protección y garantía en sus derechos inalienables.

Algunos de los cambios que considera el ex magistrado sucedieron con el devenir de esta norma incluso afectando la cultura jurídica existente [35]. Esto se puede observar en los

[35] *"En el nuevo código se modifican el lenguaje y los conceptos bajo la influencia de la cultura jurídica inducida por la Carta Política de 1991 (Estado Social de Derecho, primacía del interés general, principio democrático y de libertad, democracia participativa, pluralismo, igualdad, dignidad buena fe,*

términos en que se redactó el artículo 1°[36] denominado, "Finalidad de la Parte Primera", el que da un idea de la naturaleza de este nuevo estatuto, al declarar que sus normas tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertados 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.

Señala el citado jurista, respecto a la Parte Segunda, que son numerosas y relevantes las novedades, entre ellas el concepto de acción única con múltiples pretensiones, el sistema de oralidad y audiencias, las nuevas atribuciones del juez como director del proceso, la utilización de medios electrónicos en los procedimientos administrativo y judicial.

Colige que la Ley 1437 de 2011, armoniza con el clima jurídico propiciado por la Constitución, en tanto esta señala como primer deber de la administración: proteger y garantizar eficazmente los derechos de todas las personas en sede administrativa. De tal manera, concluye que el nuevo Código, al establecer los procedimientos administrativos en función de los derechos de toda persona, puede ser leído, como se señaló, como una especie

---

descentralización con autonomía de las entidades territoriales). Nociones otrora relevantes para el Derecho Administrativo para el derecho administrativo van pasando a un segundo plano, convirtiéndose algunas de ellas, incluso, en expresiones de lenguaje políticamente incorrecto. Por ejemplo, la intangibilidad de los actos políticos, la discrecionalidad entendida como actividad administrativa "no reglada", los en otra época numerosos "privilegios y prerrogativas de la administración", la expresión "vía gubernativa", la denominación del ciudadano como "administrado", el concepto de "justicia rogada".
El código hace claramente el tránsito de la idea del ciudadano-administrado a la de persona-titular de derechos, y de la autoridad que simboliza el poder del Estado a la autoridad que es, por excelencia, un servidor público. La reforma pone el código en armonía con los preceptos del Estado Social de Derecho, cuyo primer compromiso es con la dignidad humana y el respeto a los derechos en su más amplia comprensión.
La Ley 1437 no solo pretende la expedición del acto administrativo legal, ni el ordenado funcionamiento de las oficinas públicas de acuerdo con determinadas premisas de racionalidad administrativa, sino la eficaz protección de los derechos de las personas en sede administrativa, a partir de una minuciosa reglamentación del principio constitución del proceso administrativo."
[36] Ley 1437 de 2011. Artículo 1°. Finalidad de la parte primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad 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.

de "carta de derechos" de los ciudadanos ante la Administración. Asimismo, señala al finalizar, que las autoridades no tienen prerrogativas sino deberes ante quienes concurren a su presencia, pues no en vano la Constitución, les da la denominación genérica de servidores públicos. El Código diseña una nueva tutela de institucionalidad en virtud de la cual los funcionarios públicos, antes que el juez están llamados a proveer, en sede administrativa, la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

Por su parte, el doctor William Zambrano Cetina, estima que el Código establece una serie de herramientas para que la administración pueda proteger de forma directa, en sede administrativa los derechos señalados por la Constitución y la ley, al tiempo que se asegure la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa y en general todo los elementos del "modelo" de gestión establecido en la Constitución. Según el citado doctrinante, esto implica un esfuerzo por acrecentar las garantías en el procedimiento y por asegurar las transparencias en la toma de decisiones. A lo que debe añadirse que el Código pretende además una labor pedagógica, en relación con los ciudadanos y los propios servidores públicos sobre el conocimiento de sus respectivos derechos y deberes en función de la eficacia de esos mismos principios[37].

De ese manera se evidencia, porqué este planteamiento es consecuente y debe entenderse de forma armónica con lo señalado en el artículo 103[38] del mismo Código, norma en la que se hace referencia a los fundamentos filosóficos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de la definición de su objeto, la remisión a los principios

[37] ZAMBRANO CETINA, William. "Fundamentos y Objetivos de la Reforma del Libro Primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", en Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, Contraloría General de la República, Consejo de Estado, Bogotá D.C., 2011, p. 58.

[38] Ley 1437 de 2011. Artículo 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".

Constitucionales y del Derecho Procesal, la necesidad de motivar los cambios jurisprudenciales y la responsabilidad de los sujetos procesales en cuanto a las cargas que deben asumir dentro del proceso. Podemos entonces considerar, que estas reglas constituyen un desarrollo de los supuestos que integran lo que se ha denominado la tutela judicial efectiva. Concepto que ha explica la doctora Ruth Stella Correa Palacio, de la siguiente manera:

> "*La determinación del objetivo de la modificación a la segunda parte del actual Código Contencioso Administrativo, conduce indefectiblemente a la búsqueda de la tutela judicial efectiva, derecho con rango constitucional fundamental conforme lo han reconocido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, entendido de una parte como el derecho de toda persona a acudir a la administración de justicia y obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las pretensiones formuladas, de manera autónoma, independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable y de otro lado, como el deber del Estado de prestar un servicio público continuo, eficiente y eficaz en este ámbito*"[39]

SUBSECCIÓN 2. De la incorporación de la figura de la extensión de la jurisprudencia en la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, en relación a la incorporación de la figura de la extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas en el procedimiento administrativo, hemos de considerar los planteamientos precedentes, en cuanto a la introducción del nuevo Código. De tal manera, es entendible que en sus relaciones con los administrados las autoridades públicas, al adelantar las actuaciones que les corresponden, deben interpretar y aplicar las normas del ordenamiento jurídico con fundamento en los principios constitucionales y legales, especialmente los relacionados con los procedimientos administrativos, entre los

[39] CORREA PALACIO, Ruth Stella. "Fundamentos de la Reforma del Libro Segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en Memorias…., p. 79.

cuales, y sin perjuicio del carácter universal del Debido Proceso, para el tema que nos ocupa es indispensable referirnos a los principios de Igualdad y Eficacia.

La primera referencia normativa que se encuentra en el nuevo código en relación con la materia, aparece en el numeral 2º del artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[40]; en la que se señala, sin decirlo escuetamente que extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas resulta la expresión del principio de la igualdad en esta primera parte de este nuevo compendio normativo. Al respecto, el doctor Jorge Enrique Santos Rodríguez señala:

> "*Con base en el preámbulo y los artículos 13 y 209 de la Constitución Política, la jurisprudencia ha tratado a la igualdad como un valor, un derecho fundamental y un principio de las actuaciones administrativas.* (…) *En su aplicación al procedimiento administrativo, la igualdad se traducen diversas garantías para los sujetos de una actuación administrativa: en primer lugar, todos los intervinientes tienen derecho a que la autoridad les brinde la misma oportunidad para intervenir y controvertir sus decisiones; además, los intervinientes tienen derecho a que la administración sea coherente en la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias en casos semejantes, de tal manera que se evite que la misma situación fáctica tengan soluciones diferentes*"[41].

Para el doctor Rafael Osteau de Lafont Pianeta, en esencia, la razón de ser del principio aludido consiste en asignarle a la administración la obligación de garantizarle a los asociados un trato objetivamente igualitario en la definición de los asuntos por los cuales

[40] Ley 1437 de 2011. Artículo 3. *Principios. (…) 2º En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta*

[41] SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique, Código…., Op. cit. Universidad Externado de Colombia, p. 59.

estos acuden ante aquellas, dentro de los cuales queda comprendido lo atinente al reconocimiento de sus derechos.

De otro lado, a nivel de principios la figura encuentra asidero en el numeral 11 del mismo artículo 3º citado[42], referente al principio de la eficacia, en opinión del citado ex magistrado, la consonancia de éste principio con el de la igualdad se debe a que la eficacia busca que en sus actuaciones las autoridades hagan efectiva la garantía de protección de los derechos, por encima de las eventuales dificultades que puedan presentarse durante aquellas, entre las cuales indudablemente se encuentra la del trato igualitario frente a los asuntos resueltos con anterioridad al caso sometido a su definición.

Por lo anterior, es entendible que en la regulación de la relación entre administración, el orden jurídico administrativo haya adoptado un régimen de deberes, prohibiciones, impedimentos y recusaciones predicables de los servidores públicos, a partir de la consagración de unos derechos de los asociados, tales como el de presentar peticiones y obtener respuestas, conocer el estado de las actuaciones administrativas, obtener información, ser tratados con respeto y consideración, recibir atención especial y preferente en los casos de indefensión o debilidad, exigir el cumplimiento de las responsabilidades públicas, a formular alegaciones y aportar y solicitar pruebas para sustentar sus posiciones.

Concretamente uno de esos deberes que se le imponen a las autoridades públicas, y uno de los más importantes, es el "deber de aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia" a que se refiere el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Son varios los aspectos a que hace referencia esta norma, los cuales, según el doctor Rafael Osteau de Lafont, se pueden esquematizar así:

[42] Ley 1437 de 2011. Artículo 3. Principios. *(...) 11º En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimiento logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa".*

En primer término, debe considerarse que el artículo 10 citado se funda sobre la base de proteger efectivamente el principio de la igualdad en la definición de los asuntos que los asociados someten a la consideración de las autoridades, especialmente en cuanto al reconocimiento de los derechos que les son determinados por el ordenamiento jurídico, como se anunció.

A consecuencia de esto, se entiende que a tales autoridades se les imponga el deber de aplicar de la misma manera las normas del orden jurídico, en sus manifestaciones constitucionales, legales y reglamentarias, a quienes se encuentren en igualdad de condiciones y en los supuestos correspondientes a situaciones que se hayan resuelto con anterioridad.

Con ello se busca, fundamentalmente, que las instituciones y los servidores públicos propicien el trato debido a los administrados y den muestras de respeto con respecto a las decisiones que adopten, aplicándolas hacía el futuro en relación con situaciones equivalentes, con lo cual se introduce una modalidad de lo que la doctrina ha denominado el "precedente administrativo".

Para Lafont Pianeta, el precedente se convierte en una técnica jurídica que, gracias al cotejo de un acto con otro posterior, pretende extraer consecuencias jurídicas para el presente; derivando ciertos efectos de naturaleza fundamentalmente argumentativa, obligando a razonar por qué no se actúa como se había hecho anteriormente. Sin embargo, señala, dentro de la administración, la idea de precedente tiene una connotación funcional.

El caso anterior es útil porque orienta la actividad presente y, en esa medida, prácticamente todos los casos anteriores son precedente. De acuerdo al ex magistrado, el precedente administrativo se presenta como un hecho, un acto administrativo anterior que sirve de referencia para la actuación presente, sin desplegar efectos jurídicos ni llevar asociada ninguna carga de bondad moral. Sencillamente, cuando se adopta una decisión, ésta actúa como guía para las demás decisiones sobre el mismo tema; esa orientación será beneficiosa

cuando se aplique a casos semejantes y dejará de serlo cuando se proyecte sobre supuestos que muestran circunstancias de hecho que justifiquen un tratamiento distinto. Se toma así conciencia de la red de "pre- decisiones" que conforma la adopción de decisiones administrativas y de la coherencia entre ellas.

Por su parte, el Consejero de Estado, Enrique José Arboleda Perdomo, sostiene que fueron tres los argumentos a favor de esta figura que se discutieron en el Congreso; en primer lugar, se consideró que garantizaba los principios de igualdad y confianza legítima, toda vez que implican un tratamiento igualitario para personas en idénticas situaciones de hecho y de derecho, además de que se asegura la confianza legítima de quienes acuden a la administración con bases en decisiones anteriores.

En segundo lugar, dice el profesor Arboleda se consideraron lo posibles beneficios para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto a la congestión judicial que hoy por hoy reporta esta jurisdicción, a la luz del principio de eficacia y celeridad.

En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, debemos considerar en términos económicos lo beneficioso que resulta para el Estado, si se observa el despilfarro en recursos que supone llevar estos procesos por la jurisdicción contencioso administrativa y la posibilidad de producir fallos contradictorios; por último, esta figura brinda mayor seguridad jurídica[43].

Volviendo al doctor Augusto Hernández Becerra, expone en el artículo citado, al referirse al punto: que la Ley 1437 de 2011 propone, en los conocidos artículo: 10, 102, 269, 270 y 271, un practico sistema de reglas que convierte a la jurisprudencia en guía segura para que Estado de a los ciudadanos un trato más igualitario y justo. Dicho sistema tiene como eje una especial categoría de sentencia, las Sentencias de Unificación Jurisprudencial definidas en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y que bajo determinadas condiciones y según procedimientos especiales, competerá expedir al Consejo de Estado, en su condición de

[43] ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis. Primera Edición. Bogotá. 2011. Pp. 28-29.

"tribunal supremo de lo contencioso administrativo", según las voces del artículo 237 numeral I de la Constitución.

Continúa apuntando que a partir de esta noción central, la de las Sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, la Ley 1437 de 2011 construye una visión innovadora de la jurisprudencia como fuente de Derecho, dirigida a orientar tanto la actividad de las autoridades administrativas como la de los propios jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Manifiesta este autor, que el artículo 10 del Código, impone a las autoridades administrativas el deber de tener en cuenta las Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado en sus decisiones, y que el artículo 102 confiere a las personas el derecho a pedir a las administración que extienda a su caso particular los efectos de dicha sentencias, siempre y cuando acrediten encontrarse dentro de los mismos supuestos facticos y jurídicos, con la alternativa de poder acudir ante el Consejo de Estado para que estudie y decida su caso si la administración negare la petición, conforme a las reglas del artículo 269.

Se evidencia entonces, que para este doctrinante la institución establecida en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, es asimilable ante todo, a un derecho o facultad para los administrados, que ese íntimamente vinculado con la jurisprudencia y concepto de sentencias de unificación[44].

---

[44] *"Es estudio del papel de la jurisprudencia en el nuevo código ha de abordarse a partir del concepto de unificación jurisprudencial, de la cual el artículo 2070 formula la siguiente a definición:*
Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este código se tendrán como 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: la proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo II de la Ley 1285 de 2009.
Su expedición corresponde, de manera exclusiva, al Consejo de Estado. La Ley 1437 de 2011 desarrolla las facultades del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo al determinar, en el artículo 270, que tendrá el carácter de sentencias de unificación jurisprudencia las que expida:

- *Por importancia jurídica*
- *Por trascendencia económica o social*
- *Por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia*
- *Al decidir los recursos extraordinarios (de revisión, art. 248, y de unificación jurisprudencial, art. 256)*

Dicho lo anterior, Augusto Hernández Becerra colige que el fortalecimiento de la unificación de la jurisprudencia, como técnica para construir precedentes judiciales con fuerza vinculante para las autoridades, es un ejemplo de cómo el sistema jurídico de derecho codificado, propio de nuestra sociedad y que deriva de la tradición europea continental, viene registrando una evolución que le aproxima, en algunas de sus aspectos característicos, al sistema del common law.

De acuerdo al ex Consejero de Estado, en Colombia esta tendencia es claramente identificable a partir de la Constitución de 1991, en virtud del especial impulso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y al amplio laboratorio de experimentación judicial que ha proporcionado la acción de tutela, junto con la práctica de las sentencias de unificación que en esta materia desarrollado la Corte; expone, que luego de superar algunas dubitaciones, la Corte fue consolidando, no sin resistencia de la cultura jurídica nacional, una doctrina decidida sobre precedentes a partir de una importante sucesión de fallos entre los que cita: C-037 de 1996, T-175 de 1997, T-321 de 1998, T-566 de 1998 y SU-047 de 1999, para proseguir citando apartes jurisprudenciales sobre el especial valor jurídico[45].

- *Las relativas al mecanismo eventual de revisión.*

Mediante las sentencias de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado asume una importante y nueva función, la de identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y por tanto permanente en determinados puntos de derecho, y fijarlas con toda la formalidad en estas sentencias especiales que se convertirán, hacia el futuro, en guía segura, conocida y previsible de las autoridades administrativas y de los jueces en su función ejecutora de la le ley."

[45] *"En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 30 de la Carta política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones.*

Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante, además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legitima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces."

En este repaso jurisprudencial, explica el doctor Hernández Becerra, que la Corte Constitucional, además de reiterar el carácter vinculante de la jurisprudencia, ha sugerido en varias oportunidades que se legisle para dar desarrollo a mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia, con fundamento en que por este medio se contribuye a la seguridad jurídica y se garantiza trato igual a las personas.[46]

Manifiesta entonces, que para el máximo tribunal constitucional colombiano, es claro que unificar la jurisprudencia es una función propia de las altas cortes como órganos de cierre que son de la respectiva jurisdicción. De manera que, en su sentir, la evolución en estos últimos veinte años, de los pronunciamientos de la Corte y del clima intelectual, asumiendo no solo orientación principialística, sino también la teleológica del ordenamiento constitucional que nos rige, ha propiciado las innovaciones de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente reflexiona, que desde la entrada en vigencia de la Carta Política, el desarrollo constitucional movido por distintos actores, ha influenciado la organización judicial, permeando el constitucionalismo en todas la ramas del derecho, y asimismo, ha resaltado la defensa de derechos e inspirado confianza para los asociados, de mayor confianza hacia los jueces y propia dignidad.

SECCIÓN B. Marco normativo de la investigación:

Habiendo agotado el estudio histórico de la figura, en este estado de la investigación, es procedente realizar un examen, de la normatividad que rodea al artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, desde una interpretación sistemática del mismo, como de aquellas normas que pueden verse vulneradas con la aplicación de dicha figura, esto con el objeto de construir un marco normativo de la investigación.

---

[46] *Corte Constitucional Sentencia C-180 de 2006. "La unificación de la jurisprudencia por parte de los altos tribunales tiene un papel muy importante de la interpretación y la aplicación de las disposiciones jurídicas por parte de los jueces, en cuanto garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad de las personas.*
Con el fin de lograr tales objetivos, en ejercicio de la mencionada libertada de configuración normativa, el legislador puede establecer mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia mediante recursos o trámites especiales ante altas corporaciones judiciales y, así mismo, puede modificar o suprimir los existentes, con los límites superiores indicados.

Además de lo dicho, no puede desconocerse el papel de la jurisprudencia, en la construcción del marco normativo, en tanto ésta, no solamente aporta al crecimiento académico y científico de la investigación, sino que señala los puntos de vista hermenéuticos de las normas.

La Ley 1437 de 2011 incorpora en los artículos 10[47], 102, 269 y 270, el trato igualitario de parte de las autoridades administrativas y de la jurisdicción contenciosa administrativa hacia los particulares que se encuentren en idéntica situación de hecho y de Derecho, mediante la aplicación uniforme de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, concretándose en la extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Extensión, que de acuerdo a la Corte Constitucional, en la sentencia C-816/11, se aplica no solo respecto de la citada corporación sino también en relación a la estructura jerárquica de la administración de justicia, particularmente frente a los demás órganos de cierre de las restantes jurisdicciones, y muy especialmente en relación a la Corte Constitucional.

Los problemas jurídicos que le correspondió resolver a la Corte Constitucional radicaron en definir en primer lugar, si la aplicación extensiva de las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado que reconocen un derecho a quienes se hallen en la misma situación fáctica y jurídica resuelta en ella, vulnera el sistema de fuentes del derecho previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, al desconocer el carácter de criterio auxiliar de interpretación.

[47] Ley 1437 de 2011.Artículo 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.*
Nota: Declarado EXEQUIBLE de manera condicionada, mediante Sentencia C-634/11, 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.

En segundo lugar, determinar si el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en lo demandado, desconoce el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 4º de la Constitución y las competencias que el artículo 241 de la Carta Política le confiere a la Corte Constitucional, configurándose una inconstitucionalidad por omisión del legislador. Declarando como se advirtió la exequibilidad condicionada del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

En virtud de lo anterior, tenemos que el análisis que se presenta en este artículo no constituye un hecho superado a nivel jurídico o académico, en tanto los problemas de constitucionalidad que avoco la Corte Constitucional fueron otros.

El análisis de esta tesis se ceñirá al procedimiento administrativo, en ese sentido el objeto de estudio, a nivel normativo se centrará en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 que 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.

Sin embargo antes de atender el estudio de esta norma, volquémonos en el artículo 10º del mismo texto normativo. Esta norma estableció como deber de las autoridades el aplicar la normatividad pertinente "*de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos*". En concepto, del doctor Danilo Rojas Betancourth, la perogrullada de esta disposición, como el mismo la llama, solamente se justifica por la introducción de la segunda parte de la norma, la que estima en parte también obvia, y en virtud de la cual es también deber de las autoridades "tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas".[48]

[48] ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Extensión de las Sentencias de Unificación de la Jurisprudencia. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Consejo de Estado. Bogotá. 2012. P.p. 92-93

Según él, la obviedad consiste en que al ejercer el poder, las autoridades no pueden hacer cosa distinta de lo que las normas disponen, pues el ejercicio de sus competencias se encuentra igualmente reglado, tal y como disponen los artículos 7 y 121 de la Constitución Política. En ese sentido, basta recordar el contenido del principio de igualdad en su acepción más básica, igualdad ante la ley o igualdad de trato, para entender que el mismo ha de incorporarse siempre en el ejercicio de competencias regladas y, como consecuencia de ello, aplicar las mismas normas a hechos semejantes. De otra parte, la existencia de órganos autorizados para señalar el entendimiento que debe darse a una norma que en su aplicación resulte compleja, apareja tomarse en serio dicha autoridad, so pena de generar un costo alto en términos de seguridad jurídica, pues la alternativa es que cada órgano de aplicación le dé su propia interpretación a la norma.[49]

Colige el doctor Danilo Rojas Betancourth, que a la postre el usuario de la administración es el que sufre las consecuencias de la desigualdad del trato otorgado, merced a los desmanes de la hermenéutica. Pero esta obviedad ha sido permanentemente desatendida por las autoridades encargadas de resolver asuntos de su competencia sobre caso semejantes, como se constata, verbo y gracia, con el aumento de la litigiosidad en materia laboral, en donde a pesar de la existencia no solo de normas suficientes para resolver los conflictos, sino particularmente de una consolidada línea jurisprudencial en temas como pensiones, prestaciones y salarios, la administración continúa haciendo caso omiso a tales mandatos. La norma es entonces una especie de redundancia necesaria y un intento adicional para fortalecer la tesis de que hay que tomarse en serio la jurisprudencia, pues no hacerlo tiene costos que van desde problemas prácticos como la congestión administrativa y judicial, hasta cuestiones de principio como la garantía y protección de los derechos de las personas y el debilitamiento del Estado de derecho. Que la búsqueda de esta finalidad es el propósito de la norma lo confirman varios analistas de la nueva figura, que se expresan de distinta forma pero con sentido semejante sobre el particular.[50]

Encontramos que esta norma está compuesta por dos partes. La primera confirma, por

[49] Ibídem. P.93.
[50] Ibídem.

medio de una regla concreta, el deber de aplicar las normas conforme al principio de igualdad, entendiendo este en su sentido más amplio. Lo innovador consiste entonces, en el deber de "tener en cuenta" las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Esta nueva clase de jurisprudencia traída por la Ley 1437, surge como herramienta para una mayor seguridad jurídica que es usualmente vulnerada por la veleidad en las decisiones judiciales, las posiciones enfrentadas entre las diferentes salas del Consejo de Estado respecto de un mismo punto de derecho, las diversas posiciones al interior de las secciones e inclusive dentro de las mismas subsecciones. Al respecto se ha planteado diversos interrogantes. Por ejemplo, se ha considerado que su desconocimiento podría generar la anulación del Acto Administrativo, en el entendido de que no se las tuvo en cuenta, lo cual no es cierto, en tanto no acatarlas sólo vicia el acto de manera indirecta, en cuanto el desconocimiento de esa jurisprudencia pueda demostrar el desconocimiento de una norma jurídica positiva cuyo alcance sea interpretado por la sentencia de unificación. Es decir, la Ley 1437 no creó la causal autónoma de anulación de los actos por desconocimiento de las sentencias de unificación, sino que incorporó una nueva herramienta para interpretar la anti juridicidad del acto.

A su vez se ha planteado que las sentencias de unificación del Consejo de Estado son obligatorias para las autoridades administrativas, lo que no es verdad. En realidad se trata del ejercicio hermenéutico que hace el órgano máximo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo del ordenamiento jurídico, esto es lo obligatorio. De acuerdo a la Corte Constitucional, en su sentencia C-634 de 2011, esta norma es vinculante más no obligatoria.

En relación al artículo 102 de la Ley 1137 de 2011, los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto a la excequibilidad del mismo se dieron en la sentencia C-816 de 2011, sin embargo, resulta necesario antes de analizar lo dicho en este fallo, mirar los precedentes que en la misma corporación se dieron para fundamentar la decisión de constitucionalidad de este artículo en la citada sentencia C-816, es así como podemos observar que en la sentencia C-539 de 2011 se dijo:

"La Corte reitera en esta oportunidad 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."[51]

Dicho esto podemos revisar lo que se expresó en la sentencia C-816 de 2011, que como dijimos revisó la constitucionalidad del Artículo 102 de la ley 1437; en la parte resolutiva de este fallo la Corte Constitucional decidió:

*"Declarar **EXEQUIBLES** los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 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."*[52]

De tal suerte se observa una exequibilidad condicionada de la norma; de acuerdo con esta providencia, en los eventos en que las autoridades administrativas extiendan los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado a terceros e interpreten las normas constitucionales que fundamentan sus decisiones, deben seguir de forma preferente los precedentes de la Corte Constitucional. La sentencia explicó que el concepto de imperio de la ley al que están sujetas las autoridades administrativas, establecido en el artículo 230 de la Constitución, hace relación a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. En ese sentido, advirtió la corporación que constreñir dicha fuerza vinculante a las sentencias que se dicten en materia ordinaria o contencioso administrativa constituye una omisión

[51] Corte Constitucional. Sentencia Constitucionalidad de 539 -2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
[52] Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011.

legislativa. En efecto, tal carácter les es propio a las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales que son proferidas por la Corte Constitucional, como guardián de la supremacía constitucional y de la efectividad de tales derechos.

Al revisar el transcrito artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[53], y declararlo ajustado a la Constitución Política, la Corte Constitucional expuso entre sus consideraciones las que a continuación se reproducen:

> *"19.5. El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (i) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (arts. 29, 121 y 122 C. Pol.); (ii) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley*

[53] Ver comentario de ARMENTA FUENTES, José María. y ARMENTA CALDERON, Julie Carolina. En su obra: "Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado con Jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional". Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. Pp. 46 – 47. *"La Corte Constitucional, en decisiones reiteradas ha establecido la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, señalando que no atenderla constituye hecho punible y falta disciplinaria. Cambio por tanto, el texto o sentido literal del artículo 230 de la Carta, que prevé que la jurisprudencia sólo constituía un criterio auxiliar para la administración de justicia.*
En cuanto hace relación a la obligatoriedad de la jurisprudencia contenciosa administrativa, se ha establecido en la Ley 1395 de 2010, que ella es vinculante para todas las entidades públicas. Esta norma consagra:
"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, danos a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos de administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos."
En la obra "Comentarios e Interpretación de la Ley 1395 de 2010 para la aplicación en los procesos contenciosos, civiles y laborales", página 112, expresamos que se trata de una norma de especial interés en materia de descongestión judicial dado que existe una gran pluralidad de acciones contenciosas administrativas laborales y de otras índoles, que tienen similitud de causas y objeto, muchas veces con unidad de sujetos y de entidad demandada responsable de hacer el reconocimiento y pago de derechos de naturaleza laboral, respecto de tales materias en casos análogos ya ha habido reiterados pronunciamientos jurisdiccionales, hoy ejecutoriados y ejecutados, por lo que resulta bienvenida la disposición legal en comentario porque se pretende disminuir el desgaste de justicia y esfuerzos estatales, cuando lo lógico y esperado es que los futuros fallos atendida la identidad de causa, objeto y pruebas, sean ordenando el reconocimiento y pago de esos derechos.
La norma incorporada en el Nuevo Código Contencioso Administrativo, es del mismo talante pero, sin embargo, circunscribió sólo a las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en cuanto hace relación a su aplicación al precedente judicial, se cree que podrán incurrir en el presunto hecho punible de prevaricato por omisión; en responsabilidad civil patrimonial (acción de repetición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 superior) y, en falta disciplinaria gravísima, conforme a las disposiciones de las leyes penales y disciplinaria respectivamente."

es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6º y 90 C. Pol.); y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (art. 13 C. Pol.).”[54]

El artículo 10 de la Ley 1437 prevé, prescripciones que ordenan a las autoridades administrativas aplicar las disposiciones jurídicas de manera uniforme a situaciones con supuestos fácticos y jurídicos análogos. Este mandato, es una reiteración de los principios de seguridad jurídica, legalidad, igualdad, eficacia y celeridad. Para la alta Corporación, en la jurisprudencia inmediatamente citada, el problema jurídico constitucional objeto de examen radica en la segunda disposición contenida en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la cual ordena a las autoridades administrativas a tener en cuenta, para cumplir con su deber de acatamiento uniforme de las reglas jurídicas, las sentencias de unificación del Consejo de Estado que las interpreten y apliquen.

Al respecto, dicha sentencia advierte que una regla en ese sentido desarrolla los distintos postulados superiores, que sustentan el carácter vinculante de las decisiones de las altas cortes. Por ello, es razonable que la parte primera de la Ley 1437, al regular el procedimiento administrativo, señale que las sentencias del Consejo de Estado, sean insumo jurídico de obligatoria consulta y acatamiento para las autoridades administrativas en la adopción de las decisiones de su competencia. Lo anterior considerando que corresponde a dicha Corporación la facultad constitucional de delimitar, con fuerza de autoridad, el alcance y contenido de los preceptos legales que guían y delimitan la actividad de las autoridades administrativas.

[54] Corte Constitucional, Sentencia C- 634 de 24 de agosto de 2011, Rad. 8413. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

Considera el máximo tribunal constitucional, que lo dicho redunda en el cumplimiento de los propósitos previstos por el legislador, como es reconocer a la jurisprudencia que emiten las altas cortes como fuente formal de derecho; y propiciar a partir de ese reconocimiento, el uso de las reglas de origen judicial por parte de las autoridades administrativas, de modo que se uniforme la aplicación del derecho, evitándose de esta manera la nociva práctica de diferir el reconocimiento de derechos y otras posiciones jurídicas, suficientemente definidas en las sentencias mencionadas, al escrutinio judicial.

No obstante lo anterior, la sentencia también reconoce que el legislador incurrió en una omisión legislativa al dejar de señalar que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias que unificación que adopte el Consejo de Estado, sino también la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, esto con fundamento en la vigencia del principio de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 Constitución Política, como se observa a continuación:

> *"la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C. Pol. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreseídas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional"*[55]

[55] Ibídem.

Puede decirse que este procedimiento simplificado fue hecho para que la administración y los administrados tuvieran espacios de interrelación de mayor armonía con el resto del ordenamiento, en la medida que pareciera ser, de las innovaciones de este nuevo código, la que más se hace en razón de los preceptos constitucionales.

En cuanto a los artículos constitucionales que en principio pareciera, revisten más importancia analizar, en lo que se refiere al fundamento y a la constitucionalidad del citado artículo 102 de la Ley 1437 de 2011; en relación con el fundamento constitucional que tuvo esta norma, es difícil encontrar una más importante que el artículo 13[56] de la Carta política; esta norma, que por demás es esencial en todo régimen democrático, como derecho fundamental, que propugna por una igualdad material de todos los asociados, y que dado su carácter irradia a todo el ordenamiento, haciendo que las nuevas normas, como es el caso del nuevo Código, las cuales se suscitan con ocasión de los diversos cambios sociales, deban ajustarse a esta. De tal manera, encontramos que la Ley 1437 de 2011, en respeto al artículo 13 de la Carta Magna, incorporó dentro de su texto normativo, la figura contenida en el artículo 102.

En la otra orilla, tenemos el artículo 230 superior[57], el cual se ha llegado a considerar transgredido por esta novedosa figura[58], en la medida en que, por medio de esta ley, se está cambiando el sistema de fuentes de derecho instituido por la Carta política, desconociendo que el sometimiento de la administración de justicia es no solo a la ley, sino a decisiones judiciales anteriores.

---

[56] CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. ARTÍCULO 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 circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

[57] Constitución Política. Artículo 230. *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

[58] Ver sentencia de C-816 del 1 de noviembre de 2011 de la Corte Constitucional.

Si bien la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 a la luz del artículo 230 de la Carta política, ha sido ampliamente discutida por la doctrina y la jurisprudencia, como se ha expuesto, y por lo mismo no se entra a realizar análisis diferentes, en relación a tal señalada incongruencia normativa, vale la pena, tomar el artículo 230 de la Constitución dentro del marco normativo, pues a la luz de este debe entenderse la figura del artículo 102 de la Ley 1437. Lo anterior significa, que no se puede desconocer nunca, que la exequibilidad de esta figura, es condicionada, de conformidad con la Corte Constitucional.

Dicho lo anterior, pasamos a revisar la demás normas constitucionales que integran el marco normativo de esta investigación; pues más allá de que el citado artículo 230, no fue considerado vulnerado por el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011; existen otras normas frente a las cuales es pertinente revisar la constitucionalidad de la norma, particularmente las que se proponen en esta tesis.

De tal manera tenemos los artículos 29, 113 y 209, de la Constitución Política de Colombia, que deben ponerse de presente, pues como se señaló en las hipótesis planteadas, el artículo 102, ya varias veces citado, puede vulnerar el debido proceso, el estructura organizacional del estado señalada en el artículo 113 y los principio de economía, eficacia y celeridad de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior mencionado.

Podemos colegir entonces, que varias repercusiones han tenido las sentencias C-816 y C-634 de 2011, en primera medida, una apenas obvia, con estas providencias se aclaró el debate existente respecto de la constitucionalidad de la figura a la luz del artículo 230 de la Carta Política.

Es de recordar que la discusión sobre si la jurisprudencia hace, o no, parte de las fuentes primarias del Derecho tuvo un anterior pronunciamiento de constitucionalidad, mediante la Sentencia C-539 del 2011, en la que la Corte Constitucional la elevó a rango de fuente primaria del Derecho, a la par con la ley.

Como se anotó, en la Sentencia C-634 de 2011, la Corte comenzó por precisar el contenido y alcance de la disposición legal demandada, la cual hace parte del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así, indicó que el artículo 10 de la Ley1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. En este sentido, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Hasta aquí, se observa que el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos.

En la segunda parte, prevé que para cumplir con dichas obligaciones, las autoridades deberán *"tener en cuenta"* las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten dichas normas. La Corte observó que este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones, a la cual el legislador le reconoce carácter vinculante mas no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, pero no aplicado coactivamente.

Señala la alta Corporación, que las autoridades a las que hace referencia son aquellas que ejercen función administrativa, con exclusión de la competencia jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 y habida cuenta que el artículo 10 está ubicado en la primera parte del Código, cuya finalidad 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". Esto es, que la norma tiene un carácter de deber general de la administración pública, que sirve de principio rector para su funcionamiento, de manera que se vincula a las autoridades administrativas a las decisiones de unificación de jurisprudencia 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. Con tal propósito, impone un deber general de observancia de las decisiones de unificación por parte de las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus competencias. Para estas autoridades no es aplicable el principio de autonomía o independencia válido para los jueces (art. 230 C.P.).

La Corte reiteró las reglas establecidas en la sentencia C-539/11 en la cual se pronunció sobre una norma similar a la que ahora se acusa, según las cuales, el sometimiento de todas las autoridades administrativas al imperio de la Constitución y la ley, debe comprenderse como referido tanto a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. Indicó que el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (i) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (arts. 29, 121 y 122 C.P.)[59]; (ii) en que el contenido y alcance normativo de la Carta Política y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6º y 90 C.P.)[60], y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (art. 13 C.P.).

---

[59] *CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*
CAPITULO 2.
DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

[60] *CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*
(…)
Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Respecto del aparte acusado del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la Corte encontró, de manera análoga al asunto estudiado en la sentencia C-539/11, que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al no señalar que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también con la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, merced a la vigencia del principio de supremacía constitucional[61] y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 de la Carta Política[62]. Entender lo contrario significaría desconocer el artículo 241 superior[63], precepto que confía a esta Corporación la guarda de la integridad y

---

[61] *Ibídem. Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

[62] *Ibídem. Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.*
Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución

[63] *Ibídem. Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*
1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

supremacía de la Constitución. No se advierte una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado. Por lo tanto se está frente a una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta. En consecuencia, le correspondió a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integrara al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso, referente a las decisiones de la Corte Constitucional, de manera que también vinculen a las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias.

De otra parte, mediante la Sentencia C-816 del 2011, la Corte Constitucional se refirió a cuál de las altas cortes, tiene prelación en el acatamiento de su jurisprudencia. De tal manera, de acuerdo al fallo, cuando las autoridades administrativas extiendan los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado a terceros e interpreten las normas constitucionales que fundamentan sus decisiones, éstas deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional.

Con esta sentencia, el alto tribunal condicionó la exequibilidad del inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. El alto tribunal explicó que el concepto de imperio de la ley al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, según el artículo 230 de la Constitución, se refiere a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales.

---

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11. Darse su propio reglamento.
PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

Por lo tanto, limitar dicha fuerza vinculante a las sentencias que se dicten en materia ordinaria o contencioso administrativa configura una omisión legislativa, advirtió la corporación.

Las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales son proferidas por la Corte Constitucional, "guardián de la supremacía constitucional y de la efectividad de tales derechos", recordó la Corte

No obstante lo anterior, las Sentencias C-816 y C-634 de 2011 también provocaron consecuencias negativas o adversas; era previsible que el hecho de que la Corte se pronunciara señalando que sus providencias tendrían un carácter preponderante sobre las del Consejo de Estado pudiera traer ciertas dificultades.

En primera medida porque es absolutamente plausible que se profiera fallos contradictorios de parte de ambas Corporaciones, lo que dificultaría, en la práctica, aplicar la jurisprudencia por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Pero además se observa que, en lo atinente al artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, podría llevar a la confusión respecto de si se podrían extender los efectos de las Sentencias de la Corte Constitucional o incluso si se le debe dar preponderancia a éstas sobre las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado, cuando se solicita la extensión de la jurisprudencia conforme a la norma citada.

Pues bien, no es posible extender los efectos de una sentencia de la Corte Constitucional a través del mecanismo de extensión de la jurisprudencia.

De tal manera, el Consejo de Estado, se pronunció mediante Sentencia del 5 de febrero de 2015, al conocer de una acción de tutela contra la Subsección "B", Sección Tercera, del Consejo de Estado, con el fin de obtener la protección del derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado -por aquella autoridad judicial- con ocasión de la denegatoria de la solicitud de extensión de la jurisprudencia relativa a la indemnización

integral por el desplazamiento forzado. Negación que se sustentó, entre otras razones, en lo relativo a que no se invocaron las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre el tema aducido.

En la acción de tutela se calificó la decisión enjuiciada como una "vía de hecho", por desconocer el precedente, sustentando su afirmación en las sentencias C-634 y C-816 de 2011, dado que en ellas, la Corte Constitucional señaló que para la aplicación del mecanismo también debía tenerse en cuenta, y con carácter preferente, su jurisprudencia de unificación.

Explica la Sala entonces, que si bien es cierto que los precedentes de la Corte Constitucional poseen fuerza vinculante, tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales ello no es razón suficiente para determinar que con solo invocarse una providencia de la Corte pueda obtenerse el reconocimiento de un derecho subjetivo por medio del mecanismo de extensión de la jurisprudencia.

Argumenta la Sala, que la Corte no lo expresó así en ninguna de las providencias que se pronunciaron sobre la constitucionalidad del mecanismo, ni tampoco se desprende que en la ratio decidendi de estas pudiera contenerse tal hipótesis de tal magnitud. Por tanto, mal haría el juez contencioso al determinar el alcance de los pronunciamientos del juez constitucional, pues no es una función que sea de su competencia.

Otro argumento se fundamenta en la naturaleza misma de las providencias que emanan de la Corte Constitucional:

> *"Así, tratándose de sentencias de constitucionalidad, el mandato contenido en estas se sustrae de cualquier tipo de situación jurídica que pretenda limitarlo. Cuando este órgano se pronuncia sobre la exequibilidad de una norma, las precisiones decantadas sobre ella y su estatus dentro del ordenamiento jurídico quedan imbuidos de la interpretación y de la decisión que al respecto adopte. Por ende, la incidencia de un fallo de constitucionalidad escapa a la órbita del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, pues su acatamiento se entiende*

como un mandato imperativo, que no necesita una vía específica para su materialización."

El tercer argumento guarda relación con las providencias de tutela y el reconocimiento de derechos. Al respecto, hay que puntualizar que, según lo ha dispuesto la propia Corte, las decisiones producidas en este tipo de proceso, por regla general, tienen efectos inter partes y solo ese Alto Tribunal puede modular sus sentencias para darles un efecto diferente. Bajo ese entendido, una decisión con efectos modulados por parte de la Corte, en la que se reconozca un derecho no requiere de otro instrumento jurídico –como el que se estudia– para que la convalide. Así mismo, si la Corte en un fallo de tutela (bien sea tipo T o SU) no hizo extensivos sus efectos a terceros, mal podría hacerlo una autoridad administrativa o el mismo Consejo de Estado a través del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, pues, de alguna forma, estaría modulando los efectos de una decisión de la Corte, lo cual, por disposición de ese misma autoridad judicial le está vedado.

En ese orden de ideas, está claro que el carácter vinculante del precedente de la Corte Constitucional debe orientar el mecanismo en comento, pero ello no releva al interesado de la obligación de invocar una sentencia de unificación del Consejo de Estado para ese propósito, tal y como lo expresó el Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en auto de del 15 de enero de la pasada anualidad:

"(...) a través del mecanismo en cuestión no es posible extender los efectos de una decisión proferida por la Corte Constitucional, mucho menos en materia de tutela, cuando es ese mismo órgano el único que tiene facultades para hacer extensivos los efectos de un fallo de esta naturaleza, a través de las distintas figuras modulativas del decisum. Por otro lado, del plenario se advierte que los tutelantes no invocaron como desconocida ninguna sentencia de unificación del Consejo de Estado, ni cualquier otra de esta Corporación relacionada con la reparación por desplazamiento forzado. Así las cosas, al no reunirse las condiciones para que se pueda acceder al amparo deprecado por la parte accionante, sin mayores consideraciones, esta Sala procederá a

confirmar el fallo del 12 de agosto de 2014, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que denegó las pretensiones de la demanda de tutela".

Dicho esto, conviene hacer referencia a las repercusiones que pueden devenir de las extensiones que haga el Consejo de Estado a raíz de la utilización del medio de control contemplado en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011[64]. Cabría pensarse que a golpe de sentencias de unificación jurisprudencial, en esta materia, el Consejo de Estado podría crear una doctrina constitucional paralela a la de la Corte Constitucional.

No obstante, en criterio de quien escribe tal afirmación no es acertada, por las siguientes razones, en primer término, la Ley y la misma Carta Política, establecen qué examen de constitucionalidad le corresponde al Consejo de Estado y cuál a la Corte Constitucional, como a continuación se observa:

ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:
(...)
2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
(...)
ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

[64]Ley 1437 de 2011. Artículo 135. Nulidad por Inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.
También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.
PARÁGRAFO. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10[65] y 341[66] de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

---

[65] Constitución Política. Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
(…)
10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

[66] Constitución Política. Artículo 341. *El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.*
Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.[67]

---

de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.
El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.
El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional.

[67] Constitución Política. Artículo 212. *El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.*
La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.
Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.
Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.
Artículo 212. *En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.*
Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.
Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.
Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.
En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.
(…)
Artículo 215. *Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.*

Lo anterior, ha tenido un claro desarrollo jurisprudencial; de tal manera hemos de tener en cuenta por ejemplo las sentencia C-049 de 2012, en la que se señaló:

> *"Tratándose de decretos dictados por el Gobierno Nacional, comparten competencia para su conocimiento la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Corresponde al Tribunal Constitucional, decidir las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra: (i) los decretos leyes o de habilitación legislativa por el Congreso de la República, (ii) el decreto del Plan Nacional de Inversiones, (iii) los decretos legislativos o de estados de excepción y (iv) los decretos especiales expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Asamblea Nacional Constituyente; la competencia para adelantar de control de constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional "cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional", corresponde al Consejo de Estado."*

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.
Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.
El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.
El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.
El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.
El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.
El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.
El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.
PARAGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

En 2013, Correspondió a la Corte determinar (i) si la atribución conferida al Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, vulnera las competencias asignadas por la carta política a dicha corporación y a la Corte Constitucional; y (ii) si los efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional de las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad que profiera el Consejo de Estado, son equiparables a los que emanan de las decisiones de la Corte Constitucional; al respecto se pronunció así el alto tribunal:

> *"(...) en el diseño del sistema jurídico colombiano no existen normas y actuaciones excluidas del control de constitucionalidad, cualquiera sea su modalidad, estando distribuidas las competencias entre la Corte Constitucional, órgano de cierre de la jurisdicción constitucional (art. 241superior), y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237-2 ib.). En este último espacio, se encuentran los actos a que refieren los artículos 135 y 189 de la Ley 1437 de 2011, cuyo conocimiento, por su naturaleza, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, la cual ubica en el Consejo de Estado la nulidad por inconstitucionalidad, figura anclada en la competencia residual que cumple ese alto tribunal, dentro del propósito de velar por la supremacía de la Constitución, pero acorde a ciertos alcances y limitaciones. De esta manera, los actos generales que no son competencia de la Corte Constitucional, según las previsiones expresas de mandatos superiores, serán del ámbito del Consejo de Estado. Así, la disposición del legislador ordinario, prevista en el inciso 2° del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, respeta los principios y las reglas establecidas para el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pero entendiéndose que corresponde a la Corte Constitucional el conocimiento de los actos de carácter general con contenido material de ley, esto es, con virtualidad de modificar, subrogar o derogar la ley, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.*

Continúa el alto tribunal, en la sentencia haciendo referencia a la imposibilidad de que por el control de constitucionalidad, de tal manera se anota:

> *De otro lado, en virtud de los artículos 242, 243 y 244 superiores, que regulan los procesos que se promuevan ante la Corte Constitucional, entre ellos, los derivados de las acciones públicas de inexequibilidad que instaure cualquier ciudadano, no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional al Consejo de Estado por carecer de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Advierte entonces esta Corte que el efecto de cosa juzgada constitucional, expandido en el inciso 3° del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 a las sentencias de nulidad que profiere el Consejo de Estado, no se aviene a la Constitución, por cuanto la calidad "constitucional" únicamente está instituida, de manera orgánica y expresa, a los fallos que la Corte Constitucional profiera en ejercicio de su control jurisdiccional (inciso 1° del artículo 243 superior). Esta consecuencia, en manera alguna implica desmedro del control residual que ejerce el supremo tribunal de lo contencioso administrativo, ubicado en el referente funcional del control mixto de constitucionalidad, lo cual indica que las sentencias de nulidad de los actos proferidos en virtud del artículo 237-2 de la carta política, tienen efecto de cosa juzgada y, por lo general, a futuro."*[68]

¿Cuáles entonces son los Decretos cuya constitucionalidad puede revisar el Consejo de Estado? La misma Corporación, se había referido frente al particular desde 1994,

[68] Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 2013. del "*La función de adelantar el control abstracto de constitucionalidad reposa principalmente en la Corte Constitucional, instituida como el órgano principal al que "se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", labor que debe ser desarrollada en "los estrictos y precisos términos" del artículo 241 superior, el cual prescribe de manera taxativa las funciones que le competen. Al Consejo de Estado, corresponde proteger la integridad y supremacía de la carta política a través de las "las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional", según el mandato del precepto 237-2 ib. Así, esta corporación siempre ha afirmado que la Corte Constitucional tiene la más amplia competencia sobre el control abstracto de constitucionalidad y que el Consejo de Estado, por vía residual, conoce de todos aquellos actos que no le hayan sido atribuidos*."

señalando que son aquellos Decretos dictados por el Gobierno Nacional que no tengan fuerza o categoría de ley, como a continuación se observa:

> *"Pero como prueba de que la competencia respecto de las leyes está basada en el criterio orgánico o formal y no en el material o jerárquico, los numerales 5 y 7 del artículo 241 se refieren al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de algunos decretos específicos del Gobierno, con fuerza de ley o legislativos, como son concretamente los dictados con fundamento en los artículos 150 numeral 10, 314, 212, 213 y 215 de la Constitución. Además, algunas normas transitorias de la Carta, como los artículos transitorios 5, 6 y 10 consagran igualmente y de manera expresa la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad de los decretos a que ellos hacen referencia. Concordante con lo anterior, el numeral 2 del artículo 237 consagra expresamente que corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional, lo cual ratifica de manera clara que en relación con los decretos del Gobierno la cláusula general de competencia está atribuida al Consejo de Estado, mientras que a la Corte Constitucional corresponde una competencia de atribución específica. Si ello no fuera así, para el Despacho es evidente que la Constitución hubiera preferido repartir la competencia atribuyendo a la Corte el conocimiento no sólo de las leyes en general sino de los decretos del Gobierno con fuerza o categoría de ley, de tal manera que la competencia del Consejo de Estado respecto de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte, en esas circunstancias sería sobre los decretos dictados por el Gobierno Nacional que no tengan fuerza o categoría de ley y sólo en las mismas circunstancias podría así interpretarse la atribución de competencia al máximo tribunal de lo contencioso administrativo."*[69]

[69] Consejo de Estado. Magistrado Ponente doctor Libardo Rodríguez. Sentencia de marzo 28 de 1994. Expediente 2591.

De lo anterior podemos colegir lo siguiente: la creación de doctrina constitucional, es una prerrogativa consecuencial propia de la Corte Constitucional dadas las funciones que la constitución le asigna en el artículo 241; el control de constitucionalidad que ejerce el Consejo de Estado, es de carácter residual, de conformidad ha señalado la jurisprudencia, en razón de que el artículo 237 de la Carta Política y 135 de la Ley 1437, señala hacerlo respecto de lo que no es competencia del Corte; el control ejercido por el Consejo de Estado de los Decretos de carácter general que no corresponda a la Corte, como el control que el parágrafo del artículo 135 de otorga, no se opone a la Constitución ni a las decisiones de la Corte Constitucional, en razón del principio de supremacía constitucional, dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política, en virtud del cual debe existir un acatamiento siempre a la Constitución Política y los jueces resultan guardianes de la misma; y sobretodo, que la Cosa Juzgada Constitucional, elemento que da lugar a que se forme la doctrina constitucional, es un atributo exclusivo de la Corte Constitucional.

Las conclusiones inmediatamente descrita, además del hecho de que en las sentencia C-634 de 2011 y C-834 de 2011, la Corte se refiera al carácter preferente, de sus precedentes frente a los del Consejo de Estado, hacen que no solamente

SUBSECCIÓN 1. Estudio del procedimiento señalado en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, habiéndonos referido a las anteriores generalidades es pertinente adentrarnos al funcionamiento de la figura, empecemos por remitirnos a Santaella Quintero, quien señala:

> *"El artículo 102 CPACA establece el procedimiento administrativo de extensión de jurisprudencia. Orientado a permitir la aplicación en sede administrativa de las reglas jurisprudenciales definidas por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación de jurisprudencia, este procedimiento tiene como objetivos fundamentales: 1) facilitar el reconocimiento de derechos por la misma Administración para, de esta manera 2) evitar la*

presentación de demandas originadas en situaciones respecto de las cuales la situación jurisprudencial hace injustificado forzar al ciudadano a iniciar las acciones judiciales procedentes".[70]

Agrega el citado autor, que uno de los fines perseguidos con lo dispuesto por el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto que implica el establecimiento de un deber funcional a cargo de las autoridades públicas, es el de que éstas concurran a la aplicación del precedente administrativo y del precedente Judicial *motu proprio*, cuando constaten que el administrado invoca la decisión de un asunto sobre el cual la entidad estatal ya se ha pronunciado en otras oportunidades, o, en su caso, conozca la existencia de jurisprudencia unificada en relación con el mismo.

Explica el autor inmediatamente citado, que en defecto de ello, será procedente darle aplicación al artículo 102 del Código en cita, cuando dispone 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", entendiéndose que se refiere a los supuestos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional; luego señala:

"Por lo tanto, ante esta situación la extensión de la Jurisprudencia se tramitará a solicitud del interesado ante la autoridad que sea competente para reconocer el derecho, bajo la consideración de que la acción contenciosa con la pretensión que procediera no haya caducado, petición que además de los requisitos generales debe contener una exposición fundamentada que permita inferir o constatar que el solicitante se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada, de la cual debe anexarse copia o referenciarse en cuanto a sus datos de identificación."[71]

[70] SANTAELLA QUINTERO, Héctor. "Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado", Op. cit. Universidad Externado de Colombia, p. 237.
[71] Ibídem.

Dicho lo anterior, expone Santaella Quintero, que con la solicitud deberán aportarse las pruebas que el interesado tenga en su poder, así como las que haría valer si instaurara un proceso, informando sobre las que reposen en la entidad, sin perjuicio de las que legalmente pueda solicitar en la actuación administrativa. De igual forma, se permite explicar que en el caso de que en oportunidad anterior se hubiera presentado solicitud en el mismo sentido, pero sin invocar la extensión de la jurisprudencia, de ello deberá informarse en la segunda petición para que al resolverse ésta se entienda igualmente resuelta aquella.

Siguiendo el comentado artículo 102, expone este autor, que presentada la solicitud, inmediatamente se suspenden los términos de presentación oportuna de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dándole paso al desarrollo de la actuación por parte de la autoridad competente quien para el efecto tendrá un plazo de treinta (30) días contados a partir del siguiente al de la presentación para resolver.

Dicho lo anterior, enseña el doctrinante que se sigue, que la entidad deberá adoptar la decisión respectiva mediante acto administrativo debidamente motivado según las reglas pertinentes sobre las actuaciones administrativas, y en caso de que se reconozca completamente el derecho solicitado, no procederá ningún recurso por la vía administrativa, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Asimismo, señala que son tres las razones que pueden tener las autoridades administrativas para denegar estas peticiones, como se observa:

> *"Por la misma vía la entidad pública podrá resolver negativamente la petición, pero sólo con fundamento en las siguientes consideraciones:*
>
> *a. Sosteniendo fundadamente que no puede adoptar la decisión sin adelantar un período probatorio en el que tenga la oportunidad de aportar y valorar las pruebas requeridas para constatar que el demandante carece del derecho que invoca, con la obligación de enunciar*

cuáles son tales pruebas y explicando lo determinantes que ellas resultan para resolver la situación planteada.

b. *Explicando razonadamente los motivos por los cuales estima que el solicitante no se encuentra en la misma situación resuelta en la sentencia de unificación invocada y que por lo tanto no es procedente la extensión de sus efectos.*

c. *Exponiendo claramente los argumentos con base en los cuales concluye que las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma a que se refiere la sentencia de unificación correspondiente, lo que quiere decir que se manifiesta en desacuerdo con la providencia de que se trate."*

Luego expone este autor, que en el evento en que la entidad resuelva negativamente la petición, total o parcialmente, o guarde silencio sobre ella durante el plazo en que debió definirla, tampoco procederán recursos por la vía administrativa ni el acto administrativo será objeto de control Judicial, con lo cual se entiende concluido el procedimiento ante aquella.

No obstante hasta aquí llega el procedimiento administrativo, el cual es además el objeto de esta investigación cabe hacer mención somera del proceso contencioso que se sigue; continuando con la exposición del doctor Santaella, éste anota que producida cualquiera de las situaciones anteriormente citadas, y notificado el acto administrativo respectivo éste quedará en firme, y a partir del día siguiente se inicia un plazo de treinta (30) días para que el interesado resuelva si continúa la actuación ante el Consejo de Estado. Transcurrido dicho plazo sin que el interesado haya resuelto sobre la opción mencionada, se reanudarán los términos para la presentación de la demanda que correspondiere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Anotados los conceptos del doctor Santaella, es pertinente, para enriquecer la investigación, conocer los apuntes de otro autor, en ese sentido el profesor Fernando Arias García, empieza señalando como antecedente la Ley 1395 de 2010, en tanto el articulo 115 ibídem facultó a jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existieran precedentes jurisprudenciales, se pudieran fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de ingreso de los citados procesos.

Como antecedente en la vía administrativa, el autor recuerda el artículo 114 de la Ley citada[72], al respecto la Corte Constitucional señaló:

> *"constituye un mecanismo legitimo desde la perspectiva constitucional, para agilizar la actuación de la administración y evitar que se generen sobrecostos adicionales por las indexaciones y los intereses moratorios que implican las condenan judiciales."*[73]

Considera el profesor Fernando Arias García, que la estructuración de un trámite de extensión de unificación del Consejo de Estado, tanto en sede administrativa como judicial, puede tener una enorme incidencia en la descongestión del Consejo Superior de la Judicatura, en tanto que temas como los señalados en el citado artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, han sido lo suficientemente decantados por la jurisprudencia, y si la administración aplica tales derroteros, aun por vía de la conciliación judicial, ya que en sede administrativa, por regla general no ha sido tradición el reconocimiento del pago de

[72] Ley 1395 de 2010. Artículo 114. *Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012. 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, Expresión subrayada fue declarada Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-539 de 2011. para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, Expresión subrayada declarada Exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-539 de 2011, en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional. por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. Expresión subrayada declarada Exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-539 de 2011*

[73] Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011.

daños sin proceso judicial previo, salvo algunos casos. En esa medida, sostiene que el éxito de la figura estará sujeta a la existencia de una sentencia de unificación en temas como los propuestos, que se adecuen, a la restringida definición de estas sentencias en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011.

Explica este autor que este procedimiento, parte del deber de la administración de aplicar las normas, constitucionales, legales y reglamentarias, de forma homogénea a situaciones que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, y la Sentencia C-634 de 2011.

De acuerdo a este doctrinante, quien a su vez sigue al doctor Augusto Hernández Becerra, el deber de seguir la jurisprudencia por parte de la administración se corresponde al derecho del ciudadano consistente en su expectativa legitima de que la autoridad le de trato igual al que beneficio a otros mediante la aplicación de precedentes judiciales que hubieren resuelto casos similares al suyo. De tal manera expone:

> *"El artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 crea la posibilidad de solicitarle a la administración por parte del ciudadano la extensión de una sentencia de unificación del Consejo de Estado en que se haya reconocido un derecho, en razón a que el solicitante acredita la existencia de los mismos supuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar a la sentencia unificadora".*[74]

Luego advierte que el deber de seguir el precedente judicial, es mayor para las autoridades administrativas que para las judiciales, en tanto las primeras no están haciendo uso de la función judicial propia de quien expide las providencias judiciales.

Continua exponiendo el profesor Arias García, que la norma en comento, establece además de los requisitos de la petición, las causales fundadas en las cuales la administración puede, legítimamente, negarse a extender la sentencia de unificación, argumentos que deberá

[74] ARIAS GARCÍA, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Grupo Editorial Ibañez, Universidad Santo Tomas. Bogotá 2013. P.358.

exponer al Consejo de Estado si se agota el trámite del artículo 269 ibídem, las cuales señala:

- Necesidad de pruebas para decidir (enunciando cuales.)
- Inaplicación de la sentencia al caso del peticionario por ser distinta su situación concreta.
- Falta de conformidad con la sentencia en razón a que las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación.

Seguidamente, señala este autor que esta figura implica hacer aplicable los efectos de las sentencias de unificación a quien no fue parte del proceso que dio lugar a la misma. Lo anterior, resulta en su sentir *sui generis* para el derecho procesal, máxime considerando que la calidad de parte se adquiere cuando se promueve el derecho de acción dentro de un proceso, respecto de este punto podemos citar el siguiente concepto doctrinal:

> *"El concepto de parte derivase del concepto de proceso y de la relación procesal; es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley y aquel frente al cual ésta es demandada. La idea de parte nos la da, por lo tanto, el mismo pleito, la relación procesal, la demanda no es preciso buscarla fuera del pleito y en particular de la relación sustancial que es objeto de la contienda."*[75]

A su turno sostiene Fernando Arias García, que es de igual manera, extraño, que pueda hacerse esta solicitud frente al reconocimiento de un perjuicio producto de la responsabilidad del estado sin sentencia previa, lo que supone, según él, la ruptura de la tradición jurídica existente, en tanto con el Código de 1984 solo se hacían estas excepciones para casos relacionados con desplazados por la violencia o ley de víctimas, y los citados en los artículos 114 de la Ley 1395 del 2010.

[75] CHIOVENDA, José. Derecho Procesal Civil, Tomo II. Madrid. Reus 1922. P.6.

Estima además este autor que en relación a este procedimiento se deben tener en cuenta los siguientes cuatro aspectos:

1. En el mismo escrito presentado por el peticionario se debe reclamar el derecho subjetivo alegado, como la extensión de la sentencia de unificación del Concejo de Estado, toda vez que si se solicita esto último el acto administrativo que lo decida no es sujeto de control judicial.
2. El acto administrativo que decide esta solicitud, debe resolverse dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la misma, sin que procedan recursos.
3. La solicitud suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la jurisdicción. Ahora bien, si el peticionario no acude al trámite establecido en los artículos 269 y siguientes los términos para la presentación de la demanda se reanudan al vencimiento del plazo de 30 días a su notificación, pues éste es el plazo máximo para acudir al Concejo de Estado. (Ver Artículo 614 del Código General del Proceso).
4. Al momento de resolver la solicitud la administración deberá solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la que en 10 días informará sobre su intención de rendir o no concepto, para lo cual tendrá un plazo máximo de 20 días. (Ver Artículo 614 del Código General del Proceso).

Ahora bien, repasemos que señala el profesor Fernando Arias García del control judicial:

En primera medida expone, que no existe control judicial si la solicitud, no se hizo concomitantemente con el reconocimiento de un derecho, pues el interesado puede acudir al Consejo de Estado para que se ordene la extensión de su sentencia de unificación.

En segundo lugar señala, que puede acudirse al control judicial, si no se acude al trámite ante el Consejo de Estado, se ha solicitado en conjunto el reconocimiento del derecho subjetivo y la administración ya ha resuelto esta petición.

En tercer término, manifiesta que si solamente se| solicitó la extensión de la dela sentencia de unificación y esto fue negado, puede solicitarse el reconocimiento del derecho subjetivo, para que se configure el acto pasible de control judicial por vía de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como cuarto punto, expone que sí reconoce el derecho con reconocimiento del orden jurídico la decisión puede ser demandada en lesividad por la administración.

En el sentir del autor que se sigue, el artículo 269 de la Ley 1437 como posibilidad del administrado ante la negación de la solicitud que le da el artículo 102, genera ciertas dificultades a saber:

> *"El tramite descrito en el artículo 269 pone en serios aprietos su celeridad de este trámite al interior del Consejo de Estado, ya que si bien el mismo se advierte breve y sumario, la aglomeración de solicitudes, el número de audiencias a celebrar (una por cada solicitud de extensión) y en general el gran cumulo de competencias del Consejo de Estado vaticina la congestión de la Corporación. No obstante, insistimos en que el éxito de la figura dependerá de la existencia de sentencias de unificación en temas decantados por el Consejo de Estado pues la enunciación que de ellas se hace en el art. 270 de la Ley 1437 de 2011 es limitada, en comparación a otras normas que delimitan precedentes como el art. 114. De la Ley 1395 de 2010."*[76]

Concluye este autor este repaso respecto de este procedimiento señalando que en Sentencia C-816 de 2011, previamente citada, la Corte al declarar exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, establece que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales cuando se trata de la proferida por los de cierre de las diferente jurisdicciones previstas en la Carta Política y que dicha cualidad deriva del artículo 4 de la misma, por el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, el derecho a la igualdad ante la ley, el debido proceso, el

[76] ARIAS GARCIA, Fernando. P.361.

principio de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas, lo que evidencia que no es contraria sino complementaria del concepto de la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación.

Ahora revisemos, la postura del doctrinante Rosember Rivadeneira Bermúdez, respecto del trámite de la figura en estudio; éste auto, señala que esta petición es una novedad introducida por la Ley 1437 consistente en deprecar de una autoridad la expedición de un acto administrativo aplicando para tal efecto una jurisprudencia de unificación, dictada por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, en la que existan identidad fáctica y jurídica con la situación que afecta al peticionario.[77]

Recuerda además, que la norma, inicialmente, contemplaba la petición de extensión jurisprudencial con base en las sentencia de unificación dictadas por el Consejo de Estado, pero la el tribunal constitucional, por medio de la sentencia C-816 de 2011, declaró exequible condicionalmente el artículo 102 de la Ley 1437, disponiendo que la norma en comento será admisible, siempre que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.[78]

Este autor señala como requisitos para la solicitud de la extensión de la jurisprudencia las siguientes:

1. Vigencia de la acción contenciosa para reclamar el derecho pretendido.
2. Dirigirse a la autoridad competente.
3. La identificación del peticionario.
4. La exposición de las razones que evidencien que el solicitante se encuentra en las mismas situaciones de hecho y de derecho de quien en su momento quien obtuvo a su favor la expedición de la sentencia unificada.

[77] Ob. Cit. RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember. P.91.
[78] Ibidem.

5. En el evento en que se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito, sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá informarlo a la autoridad, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.
6. La exhibición de pruebas que acrediten los hechos invocados, así como el señalamiento de las que se encuentren en poder de la entidad e igualmente las que se harian valer en el evento de ejercer la respectiva acción contenciosa administrativa. Prueba fundamental es aportar la copia de sentencia de prueba identificarla y estudiarla, como por la corporación que la dictó, magistrado ponente, su fecha, radicación y partes.
7. Fundamentos jurídicos.
8. Notificaciones.
9. Firma. [79]

De otra parte, señala que la petición de extensión jurisprudencial deberá resolverse en un plazo máximo de treinta días contados a partir del día siguiente a su recepción. Expone, que habiéndose cumplido con todos los requisitos formales, la autoridad resolverá la petición teniendo en cuenta las normas pertinentes que consagran el efecto jurídico establecido en la constitución, la ley, o el reglamento, entendiendo que dicha normatividad está integrada igualmente por la interpretación que realizó la respectiva corporación judicial al momento de dictar la sentencia de unificación.[80]

Explica el profesor Rosember Rivadeneira Bermúdez, que la decisión que resuelve esta modalidad de petición puede ser positiva o negativa; de admitirse la extensión de jurisprudencial la autoridad procederá al reconocimiento deprecado por el peticionario en la forma en que lo exija su condición particular y concreta.[81]

Ahora bien, las razones en virtud las cuales la decisión puede ser negativa, están señaladas en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011; y las probabilidades de negar la aplicación de una jurisprudencia de unificación en realidad son muy amplias e implica así mismo la

[79] Ibídem. P. 91 – 92.
[80] Ibídem. P. 92.
[81] Ibídem. P. 93.

probabilidad de que a ello no se acceda bien sea porque: 1) para ello sea necesario adelantar un debate probatorio, 2) porque el peticionario no se encuentra en las mismas condiciones fácticas y/o jurídicas, 3) o bien porque a pesar de encontrarse el interesado en dichas condiciones, la autoridad no esté de acuerdo con la interpretación realizada por el máximo tribunal constitucional o contencioso administrativo, según el caso; respecto de esta última aclara:

> *"Esta última causal en realidad constituye una herramienta desproporcionada y de la cual, con toda seguridad, se abusará en la práctica sin medida alguna pues no puede, comprenderse como puede negarse a una persona la posibilidad de extenderle a su favor los efectos jurídicos de una sentencia de unificación cuando se encuentre en los mismos supuestos jurídicos y facticos previstos en dicha providencia judicial y más aún cuando los motivos para hacerlo serán siempre subjetivos o meramente de criterios."*[82]

De tal forma, considera que esta facultad se traduce en la práctica en que una autoridad cuenta con licencia jurídica para enrostrarle al máximo tribunal constitucional o contencioso administrativo que no interpretó correctamente la norma a aplicar y que su decisión no sólo fue desacertada sino lesiva para los intereses patrimoniales del Estado. En ese sentido este autor plantea los siguientes interrogantes:

1. ¿Qué consecuencias disciplinarias, penales y fiscales acarrearía para los Magistrados que expidieron dicha providencia judicial?
2. ¿Cuál sería el impacto jurídico y económico del reconocimiento de ese error en el proceso que se dictó?
3. ¿Impediría la fuerza de cosa juzgada revisar el proceso en el que se dictó la errada sentencia de unificación?
4. ¿La concesión de esta facultad a la administración será con el objeto de generar un contrapeso a las autoridades judiciales para que en todo momento estén revisando

[82] Ibídem. P.93.

sus sentencias de unificación ante la constante invocación razonada de motivos por los cuales no se está de acuerdo con sus precedentes?

5. ¿La exposición de motivos por los cuales no se está de acuerdo con la sentencia de unificación podrán ser siempre los mismos o le está vedado a la autoridad invocar motivos jurídicos o hermenéuticos que ya fueron resueltos por la Corporación Judicial en casos anteriores?[83]

Señala que dichos cuestionamientos, inclinan a verificar cuán fácilmente podrán las autoridades evadir la aplicación extensiva de las sentencias de unificación de altas Corporaciones Judiciales, bastándole para ello con una simple explicación razonada, que seguramente siempre tendrán para obligar al peticionario a que arribe ante el juez competente y de esa manera prolongar su agonía en la concreción o materialización de su derecho. Un motivo más para alimentar la corrupción política de este país e igualmente el judicial si lo que se pretende es un cambio jurisprudencial en contra de las garantías ciudadanas.[84]

Además de lo dicho, recuerda el autor seguido, que el acto administrativo que decide la solicitud no es susceptible de ser recurrido, ante la misma autoridad; no obstante lo anterior, el acto que reconoce el derecho si puede ser objeto de ser atacado a través de la acción contenciosa administrativa; mientras que ante el acto que niega total o parcialmente lo solicitado, el peticionario contara con el beneficio del trámite de que trata el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, al que podrá acudir dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión.[85]

De otra parte, expone que la radicación de extensión jurisprudencial suspende los términos para el ejercicio de la acción contenciosa; y que luego de negada, ya sea, total o parcialmente, la solicitud de extensión jurisprudencial, si el interesado decide no acudir ante el Consejo de Estado, se reanudara el plazo de caducidad de la acción contenciosa procedente, siendo el plazo para acudir a dicha Corporación de 30 días; de tal manera que

[83] Ibídem. P.94.
[84] Ibídem.
[85] Ibídem. P. 94 -95.

señala como presupuesto para la reanudación de la caducidad: 1) la decisión negativa de extender jurisprudencia de unificación. 2) Vencimiento del plazo de 30 días contados a partir del día siguiente a la notificación de la decisión. 3) Ausencia de comparecencia ante el Consejo de Estado.[86]

Finalmente traigamos los comentarios de Jorge Pérez Villa a la norma, empieza señalando este autor que no puede olvidarse, que en primera instancia que el derecho administrativo colombiano, es eminentemente legislado y no jurisprudencial como existe en Francia. Por lo que el juez administrativo en Colombia, debe atenerse a lo que señale la ley. Agrega, que no obstante, el legislador colombiano ha avanzado en la idea de extender la jurisprudencia del Consejo de Estado, como forma de una unificación o casos semejantes o análogos, que es una forma de empezar a darles importancia y el lugar que merece el precedente judicial. De tal manera, recuerda Pérez Villa 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 quien lo pida y acredite unos supuestos facticos bien precisos.

Señala el tratadista citado que si éste es el interés, el peticionario hará su solicitud ante la autoridad con competencia legal para reconocer el derecho, eso sí, siempre que la pretensión judicial, no haya caducado. Esta petición deberá contener unos requisitos muy precisos, los cuales se observan en los incisos 3,4 y 5 del artículo 102 de la Ley 1437 del 2011, citados reiteradamente.

Es de agregar respecto de los comentarios hechos por el profesor Jorge Pérez Villa el siguiente:

> *"(…) De ahora en adelante, en cuanto a la extensión de la jurisprudencia previamente a su resolución se deben hacer peticiones de extensión de jurisprudencia, a que hacen alusión los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 (Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento) ¿Cuál es el mecanismo para ello? A ese efecto las entidades públicas, deberán solicitar*

[86] Ibídem. P. 95.

conceptos previos a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Esta entidad, deberá informar en el término de diez (10) días hábiles a la entidad pública respectiva, su intento de rendir concepto. Ahora, ¿En qué término legal se debe producir la emisión del concepto? La emisión del concepto, por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se deberá dar en un término legal de veinte (20) días hábiles."[87]

Señalado lo anterior, es del caso entrar a analizar y referirnos al rol de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en lo atinente a la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas. Sea lo primero referirnos a la normatividad respecto del asunto.

El Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, dispone en el artículo 614[88], como mandato a las entidades públicas que reciban las peticiones de extensiones de jurisprudencia conforme el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011; el deber de solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; asimismo, establece el artículo citado del Código General del Proceso, que la Agencia, contará con diez (10) días para informar a la entidad pública de su intención de rendir concepto y de veinte (20), para producirlo.

De otra parte, aclara la norma estudiada, que el término dispuesto en el inciso 4° del numeral 3 del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, de treinta (30) días para que la autoridad administrativa decida si extiende, o no, los efectos de la jurisprudencia; empezará a correr al día siguiente de recibo del concepto emitido por la Agencia Nacional de Defensa

[87] PÉREZ VILLA, Jorge. *Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Leyer Editores. Bogotá. 2012. P.P. 185 - 188

[88] LEY 1564 DE 2012. ARTÍCULO 614. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. *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.

Jurídica del Estado, o del vencimiento del plazo que esta tiene para emitirlo, lo que ocurra primero.

Ahora bien, además del Código General de proceso, encontramos que el Decreto 1365 de 2013 se refiere sobre el particular. En primer término, del artículo 5°[89] de la citada norma, se refiere al contenido de los conceptos; de acuerdo a esta norma, éstos deberán contener como mínimo los siguientes elementos:

1. La identificación de la sentencia o las sentencias cuya extensión fue solicitada.
2. Un dictamen motivado acerca del carácter de unificación de la sentencia invocada. Si esta se limita a reiterar el contenido de una decisión anterior, el concepto también la comprenderá.
3. La identificación de los supuestos de hecho y de derecho en los que dicho fallo es aplicable y las consecuencias jurídicas aplicables de acuerdo con la sentencia.

Pero aclara en el parágrafo, que la valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso, será función de la autoridad administrativa, que legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir aquella a la que se le presenta la solicitud de extensión.

Ahora bien, en cuanto alcance, tenemos que el artículo 6°[90] se refiere a este aspecto, anotando que le serán aplicables los conceptos, a las demás peticiones de extensión de

[89]*DECRETO 1365 DE 2013. ARTÍCULO 5o. CONTENIDO DE LOS CONCEPTOS SOBRE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA. Los conceptos que profiera la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 614 del Código General del Proceso deberán contener, como mínimo:*
1. La identificación de la sentencia o las sentencias cuya extensión fue solicitada.
2. Un dictamen motivado acerca del carácter de unificación de la sentencia invocada. Si esta se limita a reiterar el contenido de una decisión anterior, el concepto también la comprenderá.
3. La identificación de los supuestos de hecho y de derecho en los que dicho fallo es aplicable y las consecuencias jurídicas aplicables de acuerdo con la sentencia.
PARÁGRAFO. La valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
[90]DECRETO 1365 DE 2013. *ARTÍCULO 6o. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS SOBRE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA. Los conceptos que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado rinda a una*

jurisprudencia, solicitadas con fundamento en la misma sentencia, o en otra con igual contenido, sin excepción alguna.

De tal manera, se dispone en esta norma, que en la eventualidad de que una entidad pública, solicite un concepto nuevo, sobre una sentencia respecto de la cual, la Agencia ya haya emitido concepto; ésta tendrá la facultad de remitirse al concepto previamente dictado.

El artículo 7° del Decreto 1365 de 2013[91], por su parte, señala que las autoridades administrativas, respecto de las cuales, las Agencia, haya emitido concepto, deberán propender porque se aplique lo consignado en las sentencias extendidas, a todas los casos iguales que conozcan, más allá de que el interesado no haya presentado la solicitud conforme al artículo 102.

Seguidamente este artículo, se refiere a la importancia de estos conceptos en los comités de conciliaciones de las entidades públicas, de tal manera dispone, que un concepto favorable de extensión de los efectos de una sentencia, por parte de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, constituye un elemento de juicio, en las resultas de las decisiones de estos comités, cuando un caso similar este en consideración.

Por último, esta norma contiene un parágrafo, respecto de la vinculatoriedad de los conceptos, señalando que los mismos no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

---

entidad pública serán aplicables a todas las demás peticiones de extensión de jurisprudencia que se presenten ante ella con base en la misma sentencia o en otra que reitere su contenido.
Si la entidad pública solicita un nuevo concepto sobre el mismo fallo, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrá remitirse a los conceptos anteriores, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2o del artículo 19 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[91] DECRETO 1365 DE 2013. *ARTÍCULO 7o. APLICACIÓN DE LA DECISIÓN EXTENDIDA. Las entidades públicas a las que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado haya rendido conceptos sobre extensión de la jurisprudencia velarán porque se aplique lo dispuesto en las providencias extendidas en todos los casos similares que lleguen a su conocimiento, así el interesado no haya presentado la solicitud de que trata el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo.*
La existencia de un concepto de la Agencia favorable a la extensión de los efectos de una sentencia será elemento de juicio en las decisiones de los comités de conciliación de las entidades públicas, en aquellos eventos en los que un caso similar se someta a su consideración.
PARÁGRAFO. En todo caso, los conceptos que rinda la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, según lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Hecho el anterior recuento normativo, y antes de hacer una reflexión concluyente, respecto del papel de esta conviene tener en cuenta otros aspectos. Revisado el informe de Gestión presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, correspondiente a la vigencia 2014, se pudo determinar el número de pronunciamientos de la Agencia, en lo que corresponde a la extensión de jurisprudencia en los tres últimos años, como se puede evidenciar en el cuadro que a continuación se expone:

Año	Total pronunciamientos	Conceptos previos (Artículo 614 Código General del Proceso)	Otros pronunciamientos (Derechos de petición, solicitud de documentos, etc.)
2012	2	2	N/A
2013	529	392	137
2014	373	284	89

De lo anterior se pudo establecer, considerando que es menester entrar a solicitar concepto a la Agencia, una vez el peticionario ha demandado la extensión de los efectos de la jurisprudencia a la Administración; que los anteriores datos permiten tener conocimiento del número aproximado de solicitudes de extensión de los efectos que en sede administrativa se han presentado en Colombia.

A continuación procedemos a revisar algunos de los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en cabeza de la Oficina Jurídica[92], a saber: Concepto del 23 de diciembre de 2014, con número radicado 20141030086871-OAJ, dirigido al Secretario General de Policía Nacional; Concepto del 23 de abril de 2014 con número de radicado 20141030023471-OAJ, dirigido al Subdirector Jurídico Pensional, de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y para fiscales; Concepto del 9 de

[92] *Artículo 15. Oficina Asesora Jurídica. Serán funciones de la Oficina Asesora Jurídica las siguientes:*
(…)
2. Elaborar, estudiar y conceptuar sobre proyectos de actos administrativos, contratos y/o convenios que deba suscribir o proponer la Entidad, y sobre los demás asuntos que le asignen, en relación con la naturaleza de la Agencia, en lo de su competencia.
(…)
6. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia y de la Agencia.

octubre de 2014, con número de radicado 20141030061561-OAJ, dirigido, también al Secretario General de Policía Nacional; Concepto emitido el 19 de marzo de 2014, con número de radicado 20141030016201-OAJ, dirigido a la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional; Concepto del 28 de agosto de 2014, con número de radicado 20141030049001-OAJ, dirigido al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; Concepto del 29 de abril de 2014, radicado 2014030024481-OAJ, dirigida la Directora Jurídica de Pensiones Antioquia; Concepto del 26 de marzo de 2014, con número de radicado 20141030017331-OAJ dirigido al Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social; concepto del 31 de marzo de 2014, con número de radicado 20141030017971-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social; Concepto del 08 de enero de 2014, con número de radicado 20141030000431-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social; Concepto del 11 de abril de 2014, con número de radicado 20141030022481-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social; y concepto del 11 de abril de 2014, con número de radicado 2014103002241-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

Los anteriores conceptos han sido publicados por la entidad en su página web y en éstos se evidencia lo siguiente:

La estructura de los mismos está esencialmente compuesta por cuatro partes. En una primera la Agencia presenta los fundamentos de hecho y derecho que dan lugar a su pronunciamiento, de tal manera comienza presentando las normas que le dan competencia para proceder emitiendo el concepto, así como señalando los antecedentes que dieron lugar a que la Agencia conozca del asunto. Seguidamente, hace una evaluación descriptiva de la sentencia invocada, lo que denomina: “Principales consideraciones de las sentencias objeto

de extensión.” Luego, entra la Agencia a analizar las providencias invocadas, como fallos de unificación, a lo que titula: “Valoración del carácter de unificación de la sentencia invocada”, en este punto se observa que el análisis se refiere; y por último la Agencia proceder a sacar una conclusión en la que deja planteado el concepto.

De los Conceptos estudiados, se encontró elementos similares en la parte contentiva de la conclusión, de marcada importancia; no obstante, antes de entrar a referirnos a éstos es pertinente proceder citándolos:

En el Concepto del 23 de diciembre de 2014, con número radicado 20141030086871-OAJ, dirigido al Secretario General de Policía Nacional, la Agencia concluyó:

> *"Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, con numero de radicación 05001-23-25-000-1999- 00163-01 (32988), es una Sentencia de Unificación Jurisprudencial, pues según se explicó, el propio Consejo de Estado la identificó como sentencia de unificación en el texto de la misma, lo anterior pese a que de la lectura efectuada de dicha providencia, la Agencia no pudo evidenciar si se agota o no el procedimiento previsto en el artículo 271 del C.P.A.C.A.*
>
> *Al margen de lo anterior, la Agencia estima que la solicitud presentada no satisface uno de los presupuestos establecidos en el artículo 102 del C.P.A.C.A., cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada para el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos facticos y jurídicos", por cuanto, la sentencia objeto del presente concepto previo hizo el análisis de la responsabilidad del Estado a partir de una falla del servicio por acción de la fuerza pública, mientras que la solicitud de extensión que nos ocupa, se refiere a un caso de*

presunta falla del servicio por omisión frente a la comisión de delitos perpetrados por un tercero, además que en la solicitud de extensión se reclamó una indemnización de perjuicios en distintos términos a los que fue reconocida en el fallo invocado.

De otra parte, según se explicó en el acápite de consideraciones finales la Agencia estima que la declaratoria de responsabilidad administrativa del Estado requiere de pronunciamiento o fallo de un juez administrativo que la encuentre suficientemente probada, de conformidad con las disposiciones del artículo 90 de la Constituci6n Política y el artículo 140 del C.P.A.C.A.

De igual modo, reitera la Agencia que como lo establece el parágrafo del artículo 5° del Decreto 1365 de 2013, corresponderá a la Policía Nacional en su condición de Autoridad Administrativa competente en el caso concreto, valorar las pruebas y verificar los supuestos de hecho del caso.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del C6digo de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo y el parágrafo del artículo 7 del Decreto 1365 de 2013."

En concepto del 23 de abril de 2014 con número de radicado 20141030023471-OAJ, dirigido al Subdirector Jurídico Pensional, de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y para fiscales, se coligió:

"Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que la solicitud de extensión de jurisprudencia formulada mediante apoderado por Magdalena Perilla Bernal, es improcedente, porque no cumple con uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial". (Subrayas fuera del texto).

En efecto, las sentencias del Consejo de Estado Nos .25000-23-25-000-2010-00031- 01(0899-11) del 14 de septiembre de 2011 y 25000-23-25-000-2009-00276-01(0960- 11) de19 de febrero de dos mil doce (2012), no fueron proferidas en el marco de alguno de los escenarios contemplados en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de 10 Contencioso Administrativo, al que debe acudir la Administración para verificar cuales sentencias son de unificación jurisprudencial.

De igual modo, reitera la Agenda que como lo establece el parágrafo del artículo 5° del Decreto 1365 de 2013, corresponderá a la UGPP en su condición de Autoridad Administrativa competente en los casos concretos, valorar las pruebas y verificar los supuestos de hecho de cada caso concreto y, en ese sentido, determinar los alcances de la cosa juzgada en cada asunto.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el parágrafo del artículo 7 del Decreto 1365 de 2013."

En concepto del 9 de octubre de 2014, con número de radicado 20141030061561-OAJ, dirigido, también al Secretario General de Policía Nacional, se tuvo como conclusión:

"Conforme a lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia de 17 de octubre de 2013, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, con numero de radicación 52001-23-31-000-1996-7459-01 (23.354), que invocan los peticionarios, es una Sentencia de Unificación Jurisprudencial, pues se ajusta a los postulados de los artículos 270 y 271 del C.P.A.C.A.

Al margen de lo anterior, la Agenda estima que la sentencia invocada, no da por cierto ni torna procedente que ante cualquier evento de privación de la

libertad se configura de plano la responsabilidad patrimonial del Estado, ni mucho menos que se haga viable el pago de una indemnización de perjuicios por parte de cualquier autoridad administrativa sin el estudio judicial del caso particular, en el cual se establezcan los elementos que estructuran la obligación de indemnizar y el monto de los perjuicios ocasionados.

Como consecuencia de lo anterior, se reitera que a juicio de 1a Agencia si bien el fallo unifica la jurisprudencia frente a un tema que había sido objeto de diferentes tratamientos en la Sección Tercera y en general en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no por ello, con dicho fallo se transformaron las reglas y el procedimiento para obtener la declaratoria de responsabilidad del Estado, para lo cual resulta obvio que los interesados deben impetrar la acción pertinente a efectos de que una autoridad judicial se pronuncie sobre el contenido de sus pretensiones.

Adicionalmente y de manera puntual frente a la solicitud objeto del presente concepto se advierte, que los solicitantes no se encuentran en la misma situación fáctica ni jurídica que aquella que fue objeto de decisión en el proceso que fallo la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia invocada, pues mientras que aquellos pretenden que se les indemnice por la privación de la libertad que sufrió el señor Ortega Bonilla dentro del trámite de un proceso de extradici6n impulsado por las autoridades norteamericanas, la sentencia invocada estudio y decidió un supuesto factico y jurídico completamente diferente como atrás se explicó.

En tales condiciones, las consideraciones que hizo la Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo del 17 de octubre de 2013 invocado, no se estima que puedan trasladarse al caso de los peticionarios que ahora se revisa, pues además de tornarse improcedente una decisión en dicho sentido al adoptarse por fuera de un proceso judicial, los supuestos facticos y jurídicos son distintos.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el parágrafo del artículo 7° del Decreto 1365 de 2013."

En concepto emitido el 19 de marzo de 2014, con número de radicado 20141030016201-OAJ, dirigido a la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional,

"Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que la solicitud de extensión de jurisprudencia formulada por el Dr. Gonzalo Hernández Herrera en nombre de sus poderdantes es improcedente, porque no existe un fallo emitido por un juez administrativo que declare la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos en los que fundamenta la solicitud de extensi6n, que le permita exigir el pago de una condena por concepto de indemnización de perjuicios morales, que se ajuste a 13 nueva jurisprudencia o regla determinada par la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia del 25 de septiembre de 2013, con el fin de determinar el tope máximo de su valor.

En suma, el solicitante también pretende el reconocimiento y pago de perjuicios materiales, a los que la jurisprudencia del 25 de septiembre de 2013 no se refirió, y que siguen la regia de ser probados para su reconocimiento y orden de pago por parte del Estado.

Por otro lado, la sentencia de la Sala de 10 Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 4 de mayo de 2011 número de radicaci6n No. 76001232500019962231 01 invocada igualmente por los solicitantes, como se señaló anteriormente, no tiene la virtud de unificar jurisprudencia sobre algún punto de derecho, al contrario, tan solo recalco el uso de un criterio sugerido por la jurisdicción contencioso administrativo para tasar los perjuicios

morales por daños antijurídicos endilgados al Estado. Además que la Sección Tercera no manifestó 1a intención de proferirla por importancia jurídica, trascendencia económica o social ni por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, ni agoto el tramite dirigido a otorgarle propiamente la condición de sentencia de unificación en los términos del artículo 271 del Código dc Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según se explicó.

Por lo anterior, a juicio de esta Entidad no se cumplen los presupuestos previstos en el artículo 102 del C6digo de Procedimiento Administrativo Y de lo Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unificaci6n jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho", por cuanto en las sentencias multicitadas, no se reconoció un derecho, que de por sí, otorgue la posibilidad a los solicitantes de acceder al reconocimiento de una indemnización por responsabilidad del Estado en razón de los hechos manifestados en la solicitud, pues a partir de ellos no se ha configurado ningún derecho para poder establecer que existe la obligación de las entidades de extender los efectos de las sentencias que así lo hagan.

En efecto, la sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, no fue proferida para definir un reconocimiento ipso iure de responsabilidad patrimonial del Estado frente a hechos como los expuestos en la solicitud de extensión de jurisprudencia y la sentencia de 4 de mayo de 2011 proferida por la misma Sección tan solo recalco el uso de un criterio sugerido por la jurisdicción contencioso administrativa para tasar los perjuicios morales por daños antijurídicos imputados al
Estado. (...)"

En concepto del 28 de agosto de 2014, con número de radicado 20141030049001-OAJ, dirigido al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares,

> *"Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que las sentencias del 17 de mayo de 2007 con numero de radicación 25000-23-25-000-2003-08152-01 (8464-05) C.P. JAIME MORNEO GARCIA Y del 15 de noviembre de 2012 con numero de radicación 25000-23-25-000-2010-05111-01 {0907-11), C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, no son Sentencias de Unificación Jurisprudencial susceptibles de extensión, pues no se ajustan a los postulados de los artículos 270 y 271 del C.P.A.C.A*
>
> *En consecuencia, en el caso de las solicitudes de extensi6n de jurisprudencia formuladas por los peticionarios, no se satisface uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del C6digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial". Sin embargo, frente a la solicitud impetrada por el señor Gustavo Ramírez García, además de la razones expresadas anteriormente, es claro que su solicitud no procede al haber interpuesto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisi6n proferida por CREMIL en la cual se neg6 su solicitud de reajuste, toda vez, que su petición ya fue decidida por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tal como se explicó anteriormente. (...)"*

En concepto del 29 de abril de 2014, radicado 2014030024481-OAJ, dirigida la Directora Jurídica de Pensiones Antioquia, se coligió:

> *"Conforme a lo expuesto, la Agencia concluye que las sentencias del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, con radicación número 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), proferida por la Sección Segunda, y de 26 de agosto de 2010, proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda, con*

radicación número 15001-23-31-000- 2005-02159-01 (1738-2008) que invocan los peticionarios, no son Sentencias de Unificación Jurisprudencial, pues no se ajustan a los postulados de los artículos 270 y 271 del CPACA. En consecuencia, en el caso de las solicitudes de extensión formuladas no se satisface uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de 10 Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial". (Destacado fuera de texto)

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia advierte igualmente que la sentencia de 4 de agosto de 2010 no contiene la jurisprudencia unificada en materia de liquidación de pensiones de jubilación en el régimen de transición, en tanto difiere de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la misma materia. Situación que también se presenta en el caso de la sentencia de 26 de agosto de 2010, pues esta reitera lo expresado en la primera de las providencias indicadas. (...)"

En concepto del 26 de marzo de 2014, con número de radicado 20141030017331-OAJ dirigido al Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se concluyó:

"Conforme con lo expuesto, la Agencia encuentra que la sentencia con numero de radicación 05001-23-31-000-2006-02447-01 (0329-08), proferida e123 de febrero de 2012 por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, no corresponde a una Sentencia de unificación, pues no se ajusta a los postulados de los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, en el caso de la solicitud de extensión formulada no se satisface uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 ibídem, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unijicaci6n jurisprudencial". (Destacado fuera de texto)

En efecto, la sentencia invocada por la peticionaria. proferida por el H. Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Subsección A, no fue proferida en el marco de alguno de los escenarios contemplados en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al que debe acudir la Administraci6n para verificar cuales sentencias son de unificación jurisprudencial, y tampoco se trata de una decisión de la Corte Constitucional que interprete las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. (...)"

En concepto del 31 de marzo de 2014, con número de radicado 20141030017971-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se conceptuó:

"Conforme a lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia del 01 de agosto de 2013, con radicación número 44001233100020080015001 (0070-2011), proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado que invocan los peticionarios, no es una Sentencia de Unificación Jurisprudencial pues no se ajusta a los postulados de los artículos 270 y 271 del CPACA. En consecuencia, en el caso de las solicitudes de extensi6n formuladas no se satisface uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del C6digo de Procedimiento Administrativo y de 10 Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial". (Destacado fuera de texto)

De igual modo, reitera la Agencia que como lo establece el parágrafo del artículo 5 del Decreto 1365 de 2013, corresponderá a la UGPP en su condición de Autoridad Administrativa competente en los casos concretos, valorar las pruebas y verificar los supuestos de hecho de cada caso concreto y,

en ese sentido, determinar los alcances de la cosa juzgada en cada asunto. (...)"

En concepto del 08 de enero de 2014, con número de radicado 20141030000431-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se coligio:

"Conforme a lo expuesto, la Agencia concluye que las solicitudes de extensión de jurisprudencia que formularon ante la UGPP los señores SIMON RAFAEL CARDENAS GUERRERO Y MARIA ROSA GARCIA LAITON son improcedentes porque no cumplen con uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado". (Destacado fuera de texto)

En efecto, las sentencias invocadas por los peticionarios no fueron proferidas por el Consejo de Estado en alguno de los escenarios relacionados en el artículo 270 del C6digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al cual debe acudir la Administración para verificar cuales sentencias son de unificación jurisprudencial.

Lo anterior, sin perjuicio de que las sentencias SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013 invocadas por los solicitantes, por constituir sentencias de unificaci6n dictadas en trámites de tutela deban ser observadas por parte de la UGPP al momento de resolver las solicitudes propuestas, de conformidad con lo resuelto por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011."

En concepto del 11 de abril de 2014, con número de radicado 20141030022481-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión

Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se llegó a la conclusión qué:

> *"Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, con numero de radicación 25000-23-25-000-2006-07509- 01 (0112-09) no es una Sentencia de Unificación Jurisprudencial, pues no se ajusta a los postulados de los artículos 270 y 271 del CPACA. En consecuencia, en el caso de la solicitud de extensión de jurisprudencia formulada por la SENORA MARIA LEONI LA MOSQUERA DE MENA, no se satisface uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial". (Destacado fuera de texto).*
>
> *Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia advierte igualmente que la sentencia de 4 de agosto de 2010 no contiene la jurisprudencia unificada en materia de liquidación de pensiones de jubilación en el régimen de transición, en tanto difiere de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la misma materia."*

En concepto del 11 de abril de 2014, con número de radicado 2014103002241-OAJ, dirigido Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se conceptuó:

> *Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que la solicitud de extensión de jurisprudencia que formula ante la UGPP la señora María Elvia Arteaga es improcedente, porque no cumple con uno de los presupuestos previstos en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando impone a las autoridades el deber de "extender los*

efectos de una sentencia de unificaci6n jurisprudencial del Consejo de Estado". (Destacado fuera de texto)

En efecto, las sentencias invocadas por la peticionaria no fueron proferidas por el Consejo de Estado en alguno de los escenarios relacionados en el artículo 270 del C6digo de Procedimiento Administrativo y de 10 Contencioso Administrativo, al cual debe acudir la Administraci6n para verificar cuales sentencias son de unificaci6n jurisprudencial.

Lo anterior, sin perjuicio de que las Sentencias C-862 de 2006 y C-891 A de 2006 invocadas por la peticionaria, por constituir sentencias con alcanee erga omnes de la Corte Constitucional deban ser observadas de manera preferente por parte de la UGPP, al momento de resolver la solicitud propuesta, de conformidad con 10 resuelto por el Alto Tribunal Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011; así como también le corresponderá a la UGPP evaluar si frente a la petici6n objeto del presente concepto, la Sentencia T-779 de 2008 constituye, en los términos ordenados por las precitadas sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, un precedente constitucional para efectos de resolver la misma.

Lo primero que se evidencia de estos conceptos es que los mismos, son resueltos de manera negativa a favor del interesado. Al respecto debe considerarse que de conformidad con el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1444 de 2011[93], le corresponde a la Agencia Nacional de

[93]*Ley 1444 de 2011. Artículo 5°. Sector Administrativo de Justicia y del Derecho. El Sector Administrativo de Justicia y del Derecho estará integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho. las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo.*
Parágrafo. Créase la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación como una Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tendrá como objetivo la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa. Para ello, tiene como misión planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación, a fin de prevenir el daño antijurídico y fomentar el respeto de los derechos fundamentales.

Defensa Jurídica del Estado, la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial del Estado. Asimismo, es de tener en cuenta que de conformidad con el artículo segundo del Decreto 4085 de 2011, la Agencia tendrá como objetivo el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación.

De lo anterior se entiende la posición defensiva de la agencia revelada en los anteriores conceptos. Así, se evidencia su rol dentro de la extensión de los efectos de la jurisprudencia, como guardiana o protectora de los intereses del Estado, sin que esto llame a que se vulneren los derechos de los posibles beneficiarios, en tanto que es clara la ley la señalar que los conceptos no son de obligatorio acatamiento; como son igualmente claros los conceptos emitido por la Agencia al hacer alusión al parágrafo del artículo 7 del Decreto 1365 de 2013.

Concadenado con lo anterior se observa en la parte concluyente de cada concepto, que la Agencia se refiere al artículo 5º del Decreto 1365 de 2013, al señalar que corresponderá a la entidad pública a la que se dirige el concepto valorar las pruebas y verificar los supuestos de hecho del caso; lo anterior, en concepto de quien escribe, resulta ser de marcada importancia por lo siguiente:

En principio, la función o papel que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, parece desempeñar, de cara a la extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas, resulta ser, como se dijo, la de defensora de la intereses jurídicos del estado, verificando el cumplimiento de los requisitos para que ser efectiva la solicitud de extensión jurisprudencia; este rol trae aparejado otra condición, la de dificultar este

procedimiento desde la perspectiva de los solicitantes, circunstancia frente a la que no se presenta problemática, considerando la no obligatoriedad de los conceptos y la facultad de las autoridades administrativas de extender los efectos de jurisprudencia en desmedro de lo dicho por la Agencia, por lo menos teóricamente.

¿Entonces qué otro rol tiene la Agencia de Defensa Jurídica del Estado? En el criterio del suscrito, uno de la misma importancia al de propender por la protección de los intereses de la nación, como es el de instruir a las demás entidades públicas en lo que respecta manera en qué debe proceder la solicitud de extensión de jurisprudencia y cómo debe hacerse la verificación de sus requisitos, evidenciando con los conceptos, porque en los casos concretos procede, o no, extender los efectos. Así, para la Administración Publica, el trabajo desarrollado por la Oficina Jurídica de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, a través resulta ser un punto de mira, o más bien un parangón, a partir del cual las entidades públicas pueden cimentar sus decisiones.

Planteado lo anterior, es del caso entrar a analizar en qué consiste la figura del apartamiento administrativo, prevista en el numeral 3° del inciso 5° del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 y desarrollada por la jurisprudencia, para finalizar está subsección.

Como previamente se anotó, la Sentencia C-816 de 2011, se refirió al apartamiento judicial[94], no obstante la misma sentencia hace alusión a la posibilidad de apartamiento de parte de las autoridades administrativas, señalando:

94

(…)

5.4.3.5. El apartamiento judicial del precedente, en suma, es la potestad de los jueces de apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de su autonomía judicial constitucional. Supone un previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella. Una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento

"No obstante el efecto vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre jurisdiccional -en desarrollo del principio de igualdad- y la orden legal de extensión administrativa de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado -en aplicación del principio de legalidad-, los funcionarios de la administración disponen, como las autoridades judiciales, de un mecanismo que les permite discutir las sentencias de unificación del Consejo de Estado

---

del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga[11].

5.4.3.6. En la base del apartamiento jurisprudencial está la idea de preservar la autonomía judicial en la tarea de adjudicación del derecho en un caso concreto, aun frente a decisiones judiciales ya adoptadas por las instancias superiores de la organización judicial. Dicha autonomía judicial se despliega con mayor vigor cuando la autoridad judicial se encuentra ante pronunciamientos jurisprudenciales de juzgados y tribunales, y se restringe significativamente frente a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales de cierre, en virtud de la fuerza vinculante de éstas, dado su mandato de unificación jurisprudencial. Pero ni aun en este caso, hay un vaciamiento total de la facultad decisoria del juez que anule el núcleo esencial del derecho de autonomía judicial frente a la jurisprudencia, merced a la posibilidad de apartarse de ella.

5.4.3.7. En suma, en virtud del apartamiento del precedente judicial, se armonizan el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley y el mandato de unificación jurisprudencial, con el principio, también constitucional, de autonomía judicial y del carácter auxiliar de la jurisprudencia. Así como en nombre del derecho de igualdad no puede anularse la autonomía del juez, tampoco, en virtud de la unificación jurisprudencial, puede negarse la regla constitucional que inscribe la jurisprudencia entre los "criterios auxiliares de la actividad judicial".

Finalmente, cabe insistir en que la fuerza vinculante del precedente hace relación al vínculo que tiene el juez con las reglas o ratio decidendi de las decisiones de las corporaciones judiciales de cierre, para la solución de nuevos casos. Diferente de los fallos contenidos en la parte resolutiva de las providencias que adoptan todos los jueces, cuyos mandatos son, de suyo, de forzoso cumplimiento.

5.4.4. Conclusiones el precedente judicial y el apartamiento jurisprudencial.

En síntesis: (i) la jurisprudencia, por definición constitucional, es "criterio auxiliar" de interpretación de la actividad judicial -CP, artículo 230.2-, y de este modo los jueces en sus providencias "sólo están sometidos al imperio de la ley" -CP, artículo 230.1-; (ii) sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83-; (iii) excepcionalmente, el juez puede apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228-.

5.5.3.2. Como se vio atrás, siendo la jurisprudencia, en principio, criterio auxiliar de interpretación, tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales cuando se provienen de los órganos de cierre en las diferentes jurisdicciones, sin perjuicio de la posibilidad de apartamiento que tiene los jueces y magistrados. Tal fuerza vinculante deriva de mandatos constitucionales que consagran la supremacía de la Constitución, el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, el derecho de igualdad ante la ley, el debido proceso, el principio de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas.

cuya extensión impone la norma legal demandada. El mismo artículo 102 de la Ley 1427 de 2011, en su inciso 4º dice (…)[95]

Luego de hacer referencia a la citada norma, insiste la Corte Constitucional señalando que el valor o carácter vinculante de las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado, no es incondicional.

"La posibilidad del apartamiento administrativo en el marco de este procedimiento administrativo especial, se concreta en el texto legal que señala: "las autoridades podrán negar la petición". 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."

Seguidamente se anota en la sentencia estudiada que de igual forma que el apartamiento judicial, el administrativo, es reglado, y señala que debe ser expreso y razonado, luego anota, los fundamentos para que este pueda darse como a continuación se expone:

"5.5.4.2. Al igual que en el ámbito de judicial, el apartamiento administrativo de la decisión judicial precedente se halla reglado, debiendo ser expreso y

[95] Ley 1437 de 2011. Artículo 102. *Extensión de la jurisprudencia del consejo de estado a terceros por parte de las autoridades. 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.*
(…)
Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:
1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269. (subrayas fuera de texto)

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 1427/11)-. 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."

Considera entonces, el máximo tribunal Constitucional, que se respeta la autonomía de las autoridades administrativas y de la misma manera, dos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, como son el principio de legalidad y el de separación de poderes.

"5.5.4.3. En suma, la autonomía de las autoridades de la Administración respecto del precedente judicial, basada en la separación de los poderes y el principio de legalidad, halla reconocimiento en esta posibilidad de apartamiento administrativo, removiendo así la objeción constitucional planteada."

De tal manera, es de considerar que de acuerdo a la providencia examinada, el hecho de que exista la posibilidad del apartamiento administrativo, hace que no se desconozca el principio de legalidad, o como dice el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional: "La preeminencia de la Legislación como fuente de derecho:

"5.6.3. El deber legal de extensión jurisprudencial, dispuesto en la norma demandada, no desconoce la preeminencia de la Legislación como fuente de derecho para ejercer su función conforme a la Ley, al punto que la misma se halla en posibilidad de abstenerse de aplicar el precedente contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado y negarse a la extensión de tal

jurisprudencia -conforme a la ley-, apartamiento administrativo que tendrá que ser expreso y razonado."

Señalado lo anterior, no se observa gran diferencia en cuanto al fundamento del apartamiento judicial y el administrativo, no obstante la Corte aclara este punto, señalando como base del apartamiento judicial un principio, el de la autonomía judicial, y como base del apartamiento administrativo, la misma norma 102, al plantear la posibilidad de abstenerse de extender los efectos de la jurisprudencia, lo que en el sentir del máximo tribunal es además, como se dijo, respetuoso del principio de legalidad.[96] Finalmente, el alto tribula procede a concluir las argumentaciones hechas en la providencia, tratando de recoger lo expuesto:

"7.1. La Corte declarará la exequibilidad del inciso 1º del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, que dice: "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". Lo anterior, por cuanto si bien las autoridades administrativas solo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución y la ley (CP 121) en la forma allí prevista (CP 123.2), la función administrativa se adelanta con fundamento en el principio de igualdad (CP 13, 209), que implica un deber de trato igualitario a las personas en el reconocimiento, adjudicación y protección de sus derechos. Adicionalmente, las sentencias de los órganos judiciales de cierre y unificación de las diferentes jurisdicciones, además del valor de cosa juzgada propio de ellas frente al caso sub judice, posee fuerza vinculante como precedente respecto de posteriores decisiones judiciales que examinen casos similares, sin perjuicio de la

[96] *6.3.5. Con base en los parámetros expuestos en esta providencia, es claro que existe un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al Legislador, por cuanto señala la Constitución que a la Corte "se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y el que las decisiones de la Corte tendrán efectos de cosa juzgada constitucional"[17], lo que apareja no solo la obligatoriedad de la parte resolutiva de las decisiones para las autoridades administrativas sino, igualmente, la condición vinculante de las razones que fundamentaron el fallo -ratio decidendi-, sin perjuicio, en este caso, de la posibilidad exigente y excepcional de apartamiento que la Constitución reconoce al juez en nombre de la autonomía judicial y las propias disposiciones del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 a la autoridad administrativa.*

posibilidad de apartamiento del mismo que tiene el juez, a partir de argumentaciones explícitas al respecto; y tal fuerza vinculante del precedente de las denominadas altas cortes puede ser extendida a la autoridad administrativa por el Legislador, quien cuenta con la posibilidad legal de apartamiento administrativo."

Por su parte el Consejo de Estado se pronunció anotando[97] que el desconocimiento del precedente judicial, se origina cuando la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso que resuelve sin ofrecer un mínimo razonable y suficiente de argumentación jurídica que justifique tal posición.

Esta hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando el Consejo de Estado o cualquier otra instancia judicial idónea para generar precedentes al solucionar un determinado asunto establece el alcance de una norma o resuelve un problema jurídico específico y el mismo juez o uno inferior, en un caso semejante que se presenta con posterioridad, afronta la situación desconociendo que en dicho pronunciamiento se definió, en principio de manera vinculante, el alcance de la disposición aplicable o se fijó una regla para resolver esa clase de problemas jurídicos.

En estos casos, entonces, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del derecho a la igualdad y resguardar la eficacia de otros principios básicos del orden constitucional.

Así, en línea con los desarrollos de la teoría de los precedentes efectuada por la jurisprudencia constitucional y su crucial distinción entre ratio decidendi, obiter dictum y decisum de una sentencia… Con todo, dado que en el caso concreto la jurisprudencia invocada por los actores no solo consiste en reglas jurisprudenciales fijadas por el juez ordinario para resolver casos concretos, sino que además han sido definidas en sentencias

[97] Consejo de Estado. Sección Primera. Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Del 17 de octubre de 2013. Número de radicado 11001-03-15-000-2013-00956-00 (2016874).

de constitucionalidad que hacen tránsito a cosa juzgada, la posibilidad de apartarse de estos precedentes resulta excluida. Esto, por cuanto una vez la Corte Constitucional declara inexequible una disposición legal, ningún servidor público puede emitir resolución, dictamen o concepto fundado en aquélla, por cuanto de esta manera se estaría desconociendo directamente la Constitución. De igual manera, una vez proferido un fallo de exequibilidad condicionado, al servidor público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política. Lo anterior ha llevado al Tribunal Constitucional ha afirmar que por expreso mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidas las autoridades administrativas y judiciales, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad.

SUBSECCÍON 2.Trámite en el Consejo de Estado, sentencias de unificación y decisiones con ocasión del mecanismo de extensión de jurisprudencia.

Comencemos esta Subsección citando la exposición que hace al respecto un autor previamente citado, de acuerdo al doctor Hector Santaella Quintero[98] la denominación "*jurisprudencia de unificación*" si bien es novedosa desde el punto de vista normativo para lo Contencioso Administrativo, no lo es desde el punto de vista funcional o material, ya que desde hace muchos años el Consejo de Estado ha venido produciendo en su Sala Plena Contenciosa fallos de unificación, especialmente de las posiciones diversas que frente a determinados temas han asumido las Secciones y subsecciones que la integran.

Según este autor, lo anterior explica que en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al regular lo concerniente a este tema exprese que "*para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado…*", a lo que se agrega que de no haberse considerado de esa manera, tendría que haberse esperado que el

[98] SANTAELLA QUINTERO, Héctor. "Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado", en Código… Óp. cit. Universidad Externado de Colombia, p. 237.

Código entrara en vigencia año y medio después de su promulgación para que el Consejo de Estado pudiera empezar a emitir fallos de esa naturaleza, lo que indudablemente habría afectado innecesariamente la aplicación de tan importante institución.

En ese orden, recuerda el profesor Santaella Quintero, que la norma en cita identifica y tiene como sentencias de unificación jurisprudencial y en relación con el Consejo de Estado, las que este profiera o haya proferido:

a. Por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia Según el artículo 271 del Código, las situaciones a que se refiere este literal son evaluadas y definidas por el Consejo de Estado, cuando se propone asumir la competencia para resolver procesos que se encuentren pendiente de fallo en las secciones o subsecciones de ella, o en los tribunales administrativos en segunda o única Instancia. La remisión del proceso puede provenir como consecuencia de la solicitud de oficio del Consejo de Estado a petición de cualquiera de sus miembros; por decisión de las secciones o subsecciones que la integran; por decisión de los tribunales administrativos; a solicitud de cualquiera de las partes en el proceso de que se trate; o a petición del Ministerio Público.

   Aclarando el doctor Santaella Quintero, que cuando el proceso se esté tramitando en un tribunal administrativo, la solicitud a petición de parte o del Ministerio Público para que el asunto sea conocido y decidido por el Consejo de Estado no suspenderá dicho trámite, a menos que éste así lo determine expresamente; y en todo caso, cuando la petición sobre el cambio de competencia provenga a solicitud de parte, aquella "…*deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia*". La atribución para proferir las sentencias de unificación en el Consejo de Estado se le confiere a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando los procesos provengan de las secciones que la integran; a

su vez, dichas secciones dictarán las sentencias de unificación cuando los procesos provengan de sus subsecciones o de los tribunales administrativos. Siempre será necesario que la instancia competente, según las reglas anteriores, decida si avoca o no el conocimiento del asunto mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.

b. Al decidir los recursos extraordinarios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo han tenido diversas modalidades y denominaciones, algunos de los cuales han sido derogados y otros permanecen en la legislación vigente, sin perjuicio de que, según lo expuesto, las decisiones adoptadas mediante unos y otros puedan invocarse para efectos de su aplicación como sentencias de unificación. Ejemplos de los que ya no existen, los recursos extraordinarios de súplica creados en su caso por las leyes 11 de 1975 y 446 de 1998; el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula como recursos extraordinarios el de revisión, el de unificación de jurisprudencia y el de anulación de laudos arbitrales, éste último en armonía con la ley 1563 de 2012.

c. En relación con el mecanismo eventual de revisión. Se trata de una creación del artículo 11 de la ley 1285 de 2009, modificatoria de la ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que le agrega a ésta un nuevo artículo, el 36ª, cuyo desarrollo se regula por los artículos 272 y ss., del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponen los textos citados que este mecanismo procede a petición de parte o del Ministerio Público contra las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos en ejercicio de las acciones populares y de grupo, proferidas por los tribunales administrativos y que no sean apelables ante el Consejo de Estado, cuando la providencia objeto de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas sobre el alcance de la ley aplicada con providencias de otros tribunales, o, en los mismos supuestos, con una sentencia de unificación del Consejo de Estado o con jurisprudencia reiterada de esta Corporación. Igualmente se señala que las sentencias que se profieran como

consecuencia de la aplicación de este mecanismo tienen como finalidad "…la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica".

De la misma manera, deben tenerse como sentencias de unificación para efectos de la institución que aquí se analiza, las sentencias que profiera la Corte Constitucional en los términos a que se refiere la ya citada sentencia C-634 de 2011 y en cuya parte resolutiva se determina lo siguiente:

"*Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", 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*".

De otro lado, sobre la importancia y los efectos de la unificación de la jurisprudencia, el doctor Augusto Hernández Becerra sostiene:

"Mediante las sentencias de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado asumirá una importante y nueva función, la de identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y por tanto permanente en determinados puntos de derecho, y fijarlas con toda formalidad en estas sentencias especiales, que se convertirán, hacía el futuro, en guía segura, conocida y

previsible de las autoridades administrativas y de los jueces en su función ejecutora de la ley." [99]

Para el doctor Guillermo Chain Lizcano, la creación de los Juzgados Administrativos unipersonales, reafirmó la necesidad imperiosa de unificar los pronunciamientos judiciales de máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en la medida en que casi todos los procesos que se conocían en segunda instancia por parte del Consejo de Estado, pasaron a ser de conocimiento de los Tribunales, por haber sido fallados, ahora en primera instancia por los jueces unipersonales, en razón a la redistribución de competencias que su creación trajo aparejada.

En relación al valor vinculante de las Sentencias de Unificación de Jurisprudencia, el profesor Fernando Arias García empieza planteando las dificultades que la doctrina ha encontrado al respecto, particularmente, en torno al rol que puede desempeñar el Consejo de Estado, como un posible Tribunal de Casación; no obstante, descarta inmediatamente esa posibilidad señalando que esto ha sido resuelto por la misma jurisprudencia.[100]

Seguidamente apunta el profesor, que la Ley 1437 de 2011, además de mantener el recurso extraordinario de revisión, como señala los artículos 248 a 255; el de revisión eventual de las sentencias emanadas en medios de control populares y de grupo, conforme a la Ley 1285 de 2009, instituyo dos medidas distintas:

[99] HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. "La Jurisprudencia en el Nuevo Código", en Memorias... Óp. Cit. p. 237.

[100] *Las discusiones generadas a partir del valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado llevaron a algún sector doctrinal (Galindo Vachá, 2011) a considerar la cuestión de que el Consejo de Estado actuara como Tribunal de Casación a la manera de su homólogo francés.*
No obstante en la sentencia C-713 de 2008, la Corte Constitucional manifestó que el Consejo de Estado Colombiano no es tribunal de Casación, ya que asumir tal rol, "implica un análisis técnico-jurídico sobre la validez de una sentencia judicial", función que no está prevista en la Constitución de manera expresa para el Consejo de Estado, al contrario de lo que se manifestó en la Carta respecto de la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, por virtud de la misma carta de 1991, el Consejo de Estado, si es el máximo órgano de lo contencioso administrativo y en tal sentido una de sus principales atribuciones es la unificación de la jurisprudencia contenciosa administrativa.

De un lado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, y de otro el trámite de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, que es el asunto que nos atañe.

Reitera, el autor que se sigue, que ambas medidas tienen como elemento común: "la aplicabilidad imperiosa a la administración de una sentencia de unificación del Consejo de Estado e interpretativa de la Corte Constitucional. En relación con la Sentencia de Unificación, recuerda el doctor Fernando Arias García, que el Nuevo Código, define en su artículo 270 lo que debe entenderse por sentencia de unificación[101]:

> *"Para los efectos de este Código se tendrán como 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 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[102]."*

[101] *Ley 1437 de 2011. Artículo 270.*

[102] Ley 270 de 1996. Artículo 36A. Adicionado por el art. 11, Ley 1285 de 2009, *así: Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.*
La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella.
Parágrafo 1°. La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la

Añade, que el hecho de que no se cite la ratio decidendi en los artículos referentes al valor vinculante de las sentencias de unificación de jurisprudencia, no puede interpretarse como para que esto se desconozca, puesto que en su sentir, esto supondría desechar ilegítimamente la doctrina constitucional de la Corte, que entiende como precedente judicial vinculante, aquel, de conformidad con la sentencia T-766 de 2008 constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente atado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que al mismo tiempo, surge de los presupuestos facticos relevantes de cada caso.

Ahora bien, además de las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado, es menester tomar en cuenta el valor vinculante de las Sentencias interpretativas y de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

Es de recordar que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, antes de que se profiriera la Sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional de la República de Colombia no contemplaba la aplicación uniforme de las sentencias interpretativas de dicha Corporación o de aquellas que se emitieran en ejercicio de control de constitucionalidad; al respecto opina el profesor Fernando Arias García, que esto no obedeció a un capricho del legislador, sino que de vieja data la misma Corte, ya había definido el valor vinculante de la ratio decidendi de sus sentencias, el cual no puede ser desconocido por autoridades administrativas y judiciales.[103]

De tal suerte, el máximo tribunal Constitucional, advirtió en la Sentencia C-634 de 2011 citada: *"Los fallos de la Corte Constitucional, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutiva (erga omnes en caso de los fallos de control*

---

selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios.
Parágrafo 2°. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
[103] Óp. Cit. ARIAS GARCIA, Fernando. Pg. 351.

de constitucionalidad de leyes, e inter-partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas".[104]

Asimismo, en Auto de 204 de 2006, la corte dispuso: "*el desconocimiento de los precedentes constitucionales puede llegar a vulnerar en sede judicial los derechos ciudadanos a la igualdad y acceso a la justicia."*[105]

Fue así como la Sentencia C-634 de 2011 declaró condicionalmente exequible el artículo 10 de la Ley 1437, esto, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta junto con las Sentencias de Unificación Jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, pero de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

No obstante el objeto de estudio dentro de la presente investigación, es la extensión de los efectos de la jurisprudencia dentro del procedimiento Administrativo, es decir el mecanismo planteado por el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011; es del caso conocer algunos aspectos atinentes al trámite en el contencioso.

Desde el 31 de marzo de 2013, la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional - USAID – UNITED STATES AGENCY INTERNATIONAL DEVELOPMENT, dentro del documento: "*OBSERVATORIO REFORMA A LA JUSTICIA ITEM 2: OBSERVATORIO A LA IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Documento Técnico de la Meta 8: Primer reporte del monitoreo integral a la implementación de CPACA. Julio – Diciembre 2012.*"; se pronunció en el sentido de las modificaciones que debían darse en el reglamento del Consejo de Estado, señalando:

[104] Corte Constitucional Sentencia C-634 de 2011.
[105] Corte Constitucional. Auto 204 de 2006.

"En consonancia con lo establecido en el CPACA, se espera que el Consejo de Estado introduzca reformas a su reglamento, con el fin de modificar las reglas de reparto de procesos para fallar los recursos de extensión jurisprudencial, con fundamento en lo preceptuado por lo artículo 269 del CPACA; así como para reglamentar el trámite de la expedición de sentencias de unificación, por fuera de interposición del recurso, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, caso en el cual será la propia Sala Plena la encargada de emitir dicha providencia , como fue previsto el artículo 271 del Código."

De conformidad con la USAID, hasta el cierre de 2012, continuaba pendiente la introducción expresa de dicho ajuste; empero, aclara que bajo la vigencia del Código anterior, su función de unificación de jurisprudencia por vía del recurso extraordinario de súplica, el cual tuvo una duración interrumpida en el tiempo, cuyo último término se presentó durante la vigencia del artículo 57 de la Ley 446 de 1998, hasta la expedición de la Ley 954 de 2005, frente a lo cual se permite citar al Consejero de Estado, Héctor Romero Díaz:

"el recurso de súplica era extraordinario y limitado, entre otras razones porque no era una instancia más, y la única causal por la que procedía era por violación, por alguna de las Secciones, de la Sala Plena. Tenía como propósito mantener la uniformidad de la jurisprudencia, por lo cual se asemejaba al recurso de casación en la jurisdicción ordinaria; sin embargo, en esta únicamente podía acusarse y puede acatarse una sentencia por violación de norma de derecho sustancia, cuando se trate de errores in Judicando, pero no por violación de jurisprudencia."[106]

Seguidamente señala la USAID, que bajo la Ley 446 de 1998 este recurso procedía ante la

[106] DÍAZ ROMERO, Héctor. "El Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia.", en MEMORIAS DEL Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Bogotá, 2008.

violación directa de normas sustanciales, bien fuera por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas causales que hacían a este recurso mucho más parecido al de casación en la jurisdicción ordinaria–. En todo caso, se mantuvo el trámite del recurso bajo la Sala Plena, excluyendo a los miembros de la Sección o Subsección que emitió el fallo frente al cual se interpuso el recurso extraordinario.

Sin perjuicio de dicha situación, en jurisprudencia posterior a 2005 el Consejo de Estado emitió algunas sentencias para unificar jurisprudencia invocando otras disposiciones del antiguo código como el numeral 5 del artículo 97 y el artículo 130 de la precitada norma, disposiciones que señalan:

> *"ARTÍCULO 97. De la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Sala de lo Contencioso Administrativo se dividirá en cinco secciones, cada una de las cuales con la integración que se indica a continuación:*
>
> *(...)*
>
> *La Sala Plena de lo Contencioso administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:*
>
> *(...)*
>
> *5. Resolver los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia."*
>
> *"ARTÍCULO 130. A solicitud del Ministerio Público, o de oficio, las secciones podrán remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo aquellos asuntos que se encuentren para fallo y que por su importancia jurídica o trascendencia social ameriten ser decididos por ésta. La Sala Plena decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto.*
>
> *Igualmente, la Sala Plena podrá asumir directamente el conocimiento de los asuntos que se encuentren para fallo en cualquiera de las secciones."*

Adicionalmente la USAID anota que, tras la expedición de la Ley 1285 de 2008, reformatoria de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996, el Consejo

de Estado emitió el Acuerdo 140 del 26 de noviembre de 2010 para reformar su reglamento. En esta norma, estableció que las Subsecciones (de las Secciones Segunda y Tercera, respectivamente) del Consejo de Estado sesionan conjuntamente para "*unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, cuando así lo decida la Sección o a petición de cada uno de sus miembros*" de conformidad con el numeral 4, artículo 14B, Bajo el amparo de esa norma, se emitieron también algunas sentencias de unificación por parte de las Secciones Segunda y Tercera.

En atención a ese precedente, la USAID identificó como posibles opciones que se podrían consagrar en el reglamento de dicha Corporación: a) la creación de Salas de Decisión al interior de la Sala Plena del Consejo de Estado, tomando como referente lo dispuesto por el artículo 2 de la ley 954 de 2005[107] para solucionar la congestión generada en la Sala Plena del Consejo de Estado como producto de la vigencia del recurso extraordinario de súplica bajo la Ley 446 de 1998; b) el trámite a cargo de cada una de sus Secciones, como bien ocurrió en la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda 30 del Consejo de Estado en 2010, para unificar el criterio sobre los factores que se incluyen en la liquidación de la pensión de jubilación (Rad. 0012-09, del 4 de agosto de 2010) y como se ha venido presentando en las Secciones Segunda y Tercera a partir de la reforma identificada en 2010 al reglamento del Consejo; o c) la decisión a cargo de la Sala Plena, sin Salas de decisión, retomando lo dispuesto para el recurso extraordinario de súplica bajo el régimen anterior, como sucedió en la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para determinar el momento a partir del cual se había de exigir el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (Rad. 11001-03-15-000-2009-01328-01del 31 de julio de 2012)[108].

De cualquier manera, resulta sumamente preocupante, para la USAID, la inexistente labor

[107] *Ley 954 de 2005. Artículo 2º. Recurso extraordinario de súplica. Derógase el artículo 194, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, del Código Contencioso Administrativo.*
[108] Se observa que en este caso la Sección Primera el asunto de la Sala Plena, la cual acudió a la sentencia de unificación para solucionar la diferencia de criterios alrededor de este tema, ente las Secciones Primera y Segunda – Subsección A.

de recopilación de las sentencias de unificación ya emitidas por el Consejo de Estado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437, que constituyen auténtico derroteros interpretativos para la totalidad de la jurisdicción. En su sentir, ni jueces, magistrados y demás funcionarios de las entidades involucradas en el funcionamiento del Código tienen certeza sobre cuál es el universo de este tipo de sentencias ni sobre los temas que están cubiertos por las mismas. Dos de los factores decisivos para esta problemática son: a) la no publicación en la página web de la totalidad de providencias emanadas del Consejo de Estado; y b) la inexistencia de un mecanismo estandarizado de identificación del carácter de unificación en la radicación de las providencias para facilitar su ubicación (como bien ocurre con la Corte Constitucional, que identifica mediante prefijos –A, C, T y SU– el carácter de cada decisión); no obstante, aclara, se ha encontrado en los últimos años, que el consejo de Estado ha tendido a agregar el sufijo IJ – Importancia Jurídica-, en consonancia con el mencionado artículo 130.

Asimismo se anota en el documento en estudio, que además resulta preocupante, la implementación del recurso de extensión jurisprudencial, que podría dar lugar a decisiones controversiales dentro del marco de la existencia de posiciones disímiles sobre varios temas entre las Altas Cortes, siendo el régimen pensional un recurrente ejemplo sobre las posiciones encontradas entre el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Situación que manifiesta, se ve agravada por la sentencia C-634 de 2011, en el sentido de 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"

Con base en lo anterior, considera el Observatorio de la USAID, que se deben considerar medidas para mitigar los riesgos de choque de trenes entre Altas Cortes como producto de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Entre las posibilidades que se podrían considerar, se encuentra el establecimiento de una Sala mixta, compuesta por Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, a fin de decidir de manera unánime sobre unificación de criterios jurisprudenciales en las tres Cortes. Teniendo en cuenta la urgencia que tiene el

planteamiento de soluciones frente a esta situación, el Observatorio ha sostenido conversaciones con el Ministerio de Justicia acerca de los ajustes normativos necesarios, para lo cual se ha dispuesto la organización de una mesa de trabajo con expertos para preparar una propuesta de reforma.

Referido el anterior concepto, es del caso conocer cómo opera el Consejo de Estado, en lo que atañe al mecanismo de extensión de jurisprudencia en la actualidad, que es lo que a esta investigación atañe; el día 9 de julio de 2014, la Sala Plena del Consejo de Estado, realiza el acuerdo 148 por medio del cual se adiciona y modifica el Acuerdo 58 de 1999, señalando que se adicione un nuevo artículo[109] el cual dispondrá que cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrán competencia para las siguientes cuatro funciones:

1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.

3. Decidir las solicitudes de extensión de jurisprudencia. En aquellas Secciones integradas por Subsecciones estas decidirán dichas solicitudes, salvo que la Sección asuma la competencia de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o de la Subsección.

---

[109] Acuerdo 148 de 2014. Artículo 1o. *Adiciónase al Acuerdo número 58 de 1999 un nuevo artículo, así: Artículo 13A. Otros asuntos asignados a las Secciones según su especialidad**.** Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:*
1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.
2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.
3. Decidir las solicitudes de extensión de jurisprudencia. En aquellas Secciones integradas por Subsecciones estas decidirán dichas solicitudes, salvo que la Sección asuma la competencia de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o de la Subsección.
4. Decidir las solicitudes de cambio de radicación de procesos.

4. Decidir las solicitudes de cambio de radicación de procesos.

En el mismo acuerdo se adicionó otro artículo, relativo a la identificación y publicidad de las sentencias de unificación jurisprudencial, al respecto se señala:

> *"ARTÍCULO 8o. Adicionase al Acuerdo 58 de 1999 un artículo, así:*
>
> *Artículo 43B. Identificación y publicidad de las sentencias de unificación jurisprudencial. Las sentencias de unificación jurisprudencial se identificarán con las siglas CE-SUJ seguidas del número de la Sección y el número anual consecutivo que les corresponda. Dichas sentencias serán publicadas en la sede electrónica del Consejo de Estado, en un enlace especial de fácil acceso e identificación.*
>
> *Parágrafo Transitorio. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones identificarán las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas a partir del 2 de julio de 2012 de conformidad con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, e informarán a la Relatoría de la Corporación para efectos de asegurar su publicación en la sede electrónica en los términos del presente artículo."*

Es del caso proceder ahora analizando algunas decisiones del Consejo de Estado, rechazando el mecanismo de extensión, para comprender la figura en su integridad.

En primer término, tenemos la sentencia del Consejo de Estado del 15 de enero de 2014[110], con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en la que se decidió la demanda presentada por el ciudadano Alberto Pineda Suescun contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, en ésta se estableció que el mecanismo de extensión de jurisprudencia

[110]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. 15 de enero de 2014. Con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00017-00 (20093).

procede respecto de sentencias de unificación del Consejo de Estado, no de providencias de la Corte Constitucional, lo que implica que el interesado debe identificar en su solicitud la sentencia del Consejo de Estado cuya extensión pretende, sin perjuicio de que, al resolver el incidente, el juez tenga en cuenta el precedente constitucional de la referida Corte, de tal manera se anotó en la providencia:

> *"4.2 En lo atinente a la aplicación de la sentencia C- 155 de 2003 y del fallo de tutela T-1143 de 2005, ambas de la Corte Constitucional, deben hacerse las siguientes precisiones: 4.2.1 El mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros previsto en los artículos 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fue establecido por el legislador respecto de las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado. 4.2.2 La Sección Segunda de esta Corporación sobre la aplicación del precedente constitucional y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros señaló: "Si bien la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, declaró exequible de manera condicionada el inciso 2 del artículo 102 del CPACA "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"; es claro que el mecanismo de extensión de jurisprudencia fue previsto por el Legislador respecto de sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado, por lo cual, quien pretenda la extensión de los efectos de un fallo de esa Corporación debe identificar la providencia que invoca a su favor. Distinto es que el Juez, al resolver la solicitud, deba aplicar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia en cita." 4.2.3 Si bien es cierto que el precedente constitucional debe ser tenido en cuenta al decidir este tipo de solicitudes, no lo es menos que en el*

mecanismo que se comenta no fue previsto, como causal para su procedencia, sentencias o providencias de la Corte Constitucional, sin que ello implique su desconocimiento, o mejor, su acatamiento al resolver el incidente de extensión, pero, se repite, esta circunstancia no releva al interesado del deber de identificar la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, cuya extensión pretende."

Los hechos que dieron lugar al anterior pronunciamiento se pueden resumir así: el Instituto Nacional de Vías - INVIAS negó la solicitud que le formularon varios interesados con el fin de que les extendiera los efectos de algunas sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional relacionadas con la operancia de la pérdida de fuerza ejecutoria de unos actos administrativos, como consecuencia de la sentencia C-155 de 2003 de la Corte Constitucional, que declaró inexequible la expresión "nacional" del artículo 2 del Decreto 1604 de 1966 y que, en consecuencia les devolviera el dinero pagado, a título de contribución de valorización, por la ejecución de la obra interconexión vial Valle de Aburrá - río Cauca, en el Departamento de Antioquia. La Sala Unitaria de Decisión rechazó, por improcedente, la solicitud de extensión de jurisprudencia que radicaron los interesados, con fundamento en los artículos 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto concluyó que las sentencias del Consejo de Estado, cuya extensión pretendían, no se podían calificar como de unificación jurisprudencial, pues no se dictaron con la finalidad expresa de sentar jurisprudencia de asuntos provenientes de las subsecciones de la corporación o de los tribunales administrativos, previo adelantamiento del procedimiento previsto para el efecto por el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el cual no existía cuando tales decisiones se profirieron. En cuanto a las providencias de la Corte Constitucional cuyos efectos se pedía extender, se precisó que el legislador no estableció este mecanismo en relación con sentencias de dicha Corte, sino respecto de fallos de unificación del Consejo de Estado, lo que implica que éstos deben ser identificados por los interesados en su solicitud, sin perjuicio de que, al resolver el incidente, el juez tenga en cuenta el precedente constitucional de la referida Corte.

A su turno, se señaló en el fallo que Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 10º, impuso a las autoridades administrativas, tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado al resolver los asuntos de su competencia. Deber que puede ser solicitado por el interesado, a través del mecanismo de solicitud de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, dispuesto en los artículos 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011; agregó el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con las normas señaladas, los requisitos de procedibilidad de la solicitud de extensión de la jurisprudencia ante el Consejo de Estado son los siguientes: 1. Presentar la petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho. 2. Que la pretensión judicial no haya caducado. 3. Allegar copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, que invoca a su favor. 4. Presentar la solicitud de extensión ante el Consejo de Estado dentro de los treinta (30) días siguientes a la respuesta negativa bien sea total o parcial, de la solicitud cuando la autoridad guardó silencio. 5. Acompañar copia de la actuación surtida ante la autoridad competente. 6. Acreditar el requisito de que trata el artículo 160 del CPACA, relacionado con el derecho de postulación. Luego procede a referirse a las sentencias motivo de extensión señalando:

> *"4.1.2. Los artículos 270 y 271 del C.P.A.C.A. establecen cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, así: - Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia; - Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios; - Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996.4.1.3 El artículo 271 del C.P.A.C.A. en relación con las sentencias que por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia, prevé que las puede proferir: (i) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. (ii) Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del*

Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso."

Concluye la providencia, señalando que procede el rechazo del mecanismo de extensión de jurisprudencia, en los eventos en que las sentencias cuya extensión se pide no se dictaron con el fin de unificar la jurisprudencia de asuntos de las subsecciones del Consejo de Estado o de los tribunales administrativos, conforme con el procedimiento del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

Además de la anterior providencia, en fallo reciente[111] de la Sección Quinta, expresamente señala que no es factible extender los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional:

"¿Es posible extender los efectos de una sentencia de la Corte Constitucional a través del mecanismo descrito en esta providencia? Pues, atendiendo lo reseñado en este acápite y en los desarrollados previamente, la Sala anticipa que la respuesta a esta pregunta es negativa, como se pasa a explicar. Es cierto que los precedentes de la Corte Constitucional poseen fuerza vinculante, tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales. No obstante, ello no constituye razón suficiente para determinar que con solo invocarse una providencia de la Corte pueda obtenerse el reconocimiento de un derecho subjetivo por medio del mecanismo de extensión de la jurisprudencia. El primer y más elemental argumento que sustenta esta tesis deviene del hecho de que la Corte no lo expresó así en ninguna de las providencias que se pronunciaron sobre la constitucionalidad del mecanismo, ni tampoco se desprende que en la ratio decidendi de estas pudiera contenerse una hipótesis de tal magnitud. Luego, mal haría el juez contencioso al determinar el alcance de los pronunciamientos del juez constitucional, pues no es una función que sea de su competencia. El segundo argumento gravita en torno a la naturaleza misma de las providencias que emanan de la Corte. Así, tratándose de

[111] Consejo de Estado. Sección Quinta. Con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Sentencia 5 de febrero de 2015. Exp. 11001-03-15-000-2014-01312-01(AC).

sentencias de constitucionalidad, el mandato contenido en estas se sustrae de cualquier tipo de situación jurídica que pretenda limitarlo. Cuando este órgano se pronuncia sobre la exequibilidad de una norma, las precisiones decantadas sobre ella y su estatus dentro del ordenamiento jurídico quedan imbuidos de la interpretación y de la decisión que al respecto adopte. Por ende, la incidencia de un fallo de constitucionalidad escapa a la órbita del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, pues su acatamiento se entiende como un mandato imperativo, que no necesita una vía específica para su materialización. El tercer argumento guarda relación con las providencias de tutela y el reconocimiento de derechos. Al respecto, hay que puntualizar que, según lo ha dispuesto la propia Corte, las decisiones producidas en este tipo de proceso, por regla general, tienen efectos inter partes y solo ese Alto Tribunal puede modular sus sentencias para darles un efecto diferente. Bajo ese entendido, una decisión con efectos modulados por parte de la Corte, en la que se reconozca un derecho no requiere de otro instrumento jurídico –como el que se estudia– para que la convalide. Así mismo, si la Corte en un fallo de tutela (bien sea tipo T o SU) no hizo extensivos sus efectos a terceros, mal podría hacerlo una autoridad administrativa o el mismo Consejo de Estado a través del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, pues, de alguna forma, estaría modulando los efectos de una decisión de la Corte, lo cual, por disposición de ese misma autoridad judicial le está vedado. En ese orden de ideas, está claro que el carácter vinculante del precedente de la Corte Constitucional debe orientar el mecanismo en comento, pero ello no releva al interesado de la obligación de invocar una sentencia de unificación del Consejo de Estado para ese propósito, tal y como lo expresó el Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en auto de ponente de 15 de enero de la pasada anualidad". "(...)" "a través del mecanismo en cuestión no es posible extender los efectos de una decisión proferida por la Corte Constitucional, mucho menos en materia de tutela, cuando es ese mismo órgano el único que tiene facultades para hacer extensivos los efectos de un fallo de esta naturaleza, a través de las distintas figuras modulativas del decisum. Por otro

lado, del plenario se advierte que los tutelantes no invocaron como desconocida ninguna sentencia de unificación del Consejo de Estado, ni cualquier otra de esta Corporación relacionada con la reparación por desplazamiento forzado. Así las cosas, al no reunirse las condiciones para que se pueda acceder al amparo deprecado por la parte accionante, sin mayores consideraciones, esta Sala procederá a confirmar el fallo del 12 de agosto de 2014, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que denegó las pretensiones de la demanda de tutela"

Es clara entonces, la posición, para nada dubitativa, del Consejo de Estado, respecto de la improcedencia de una jurisprudencia distinta, a una de unificación emitida por esa misma Corporación, en lo que tiene que ver con el mecanismo de extensión de jurisprudencia; máxime considerando que esta no es, en absoluto, una posición aislada.[112]

En ese sentido se observa que, el problema respecto del posible choque de trenes en las altas cortes, no recae en la autoridad judicial encargada de extender los efectos de la jurisprudencia conforme al artículo 269, pues bien claro tiene que solo puede extender los efectos de las sentencias de unificación del mismo Consejo de Estado; sino frente a las Autoridades Administrativas conforme con el artículo 102 de la Ley 1437, dado su deber de acatar preferentemente el precedente judicial.

De otra parte, y siguiendo con la revisión de las razones por las cuales el Consejo de Estado ha rechazado la solicitud de extensión de jurisprudencia, tenemos que la alta Corporación, en variadas oportunidades ha encontrado que no puede extender los efectos, porque las sentencias que se invoca, no tienen el carácter de unificación que deben tener; ahora bien, las razones por la cuales estas sentencias no tienen tal carácter son variadas, no solamente porque no las haya emitido el Consejo de Estado; de tal manera tenemos que no son de unificación, las que no fueron dictadas en Sala Plena, dentro de las secciones, debiendo serlo; al respecto encontramos el siguiente pronunciamiento:

[112]Puede verse otros pronunciamientos como el auto de 24 de junio de 2013, Radicación 11001-03-25-000-2013-00829-00 (Numero Interno: 1694-2013), de la Sección Segunda, con ponencia de la doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez.

"Advierte el Despacho que la sentencia del 5 de junio de 2008 proferida por el Consejo de Estado- Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Radicación No. 73001233100020040019 5-01 (6534-2005) sobre la cual la actora solicita se realice la extensión de la jurisprudencia, no es una sentencia de unificación, puesto que no fue proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda, quien es la competente para unificar los diferentes criterios de las subsecciones que la conforman. Ahora bien, se advierte que es procedente que la señora Rocío Llorente Hernández eleve una petición ante la administración solicitando de nuevo que se extiendan los efectos de una sentencia que reúna los requisitos necesarios para ser considerada como de unificación, la cual se ajuste a su caso, demostrando que se encuentra bajo las mismas condiciones de hecho y derecho del asunto estudiado en el fallo antes referido."[113]

Frente al tema del rechazo al mecanismo de extensión por la naturaleza de la Sentencia que se invoca, se observa, en criterio de quien escribe, una contradicción del Consejo de Estado entre algunas de sus decisión; así por ejemplo, en sentencia del primero de febrero de la Sección Cuarta, se rechazó la solicitud, por cuanto, en consideración del Consejo de Estado, las sentencias cuya extensión se pide no se dictaron para unificar la jurisprudencia de los tribunales administrativos, previo adelantamiento del procedimiento previsto para el efecto por el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como a continuación se observa:

"[…] de conformidad con el artículo 102 del C.P.A.C.A. «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 soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. (…)». (Negrillas fuera de texto). De lo dispuesto en los artículos 270 y 271 del

[113] Consejo de Estado. Sección Segunda. Ponencia de: Gerardo Arenas Monsalve. Del 31 de marzo de 2014. Número de radicado: (2020197) 11001-03-25-000-2013-01065-00

C.P.A.C.A. se establecen cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, así: - Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia. - Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios. - Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996. Respecto de las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del C.P.A.C.A. prevé que las puede proferir: (i) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. (ii) Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso. En el asunto objeto de estudio, este Despacho observa que las sentencias respecto de las cuales se solicita la extensión de sus efectos no cumplen los presupuestos legales antes indicados para que proceda el trámite y estudio de la solicitud. En efecto, si bien dichas sentencias fueron proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, una de las Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ninguna de ellas tuvo como objeto, unificar la jurisprudencia de los Tribunales, pues para ello debe adelantarse el procedimiento previsto en el artículo 271 ibídem, el cual no existía para la época en que se expidieron dichas sentencias, y que tiene precisamente como objeto que la Sección se pronuncie con la finalidad expresa de constituirse en unificadoras de jurisprudencia o de tener el carácter de una decisión de importancia jurídica o de trascendencia social o económica, respecto de asuntos de los Tribunales. Este Despacho advierte que, contrario a lo afirmado por la actora, las sentencias invocadas en su solicitud no fueron expedidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la función prevista en el numeral 3º del artículo 111 del

C.P.A.C.A. Las anteriores razones son suficientes para rechazar por improcedente la solicitud presentada por CASA DE CAMBIOS UNIDAS S.A., para adelantar el procedimiento previsto en el artículo 269 del C.P.A.C.A."[114]

No obstante el anterior fallo, en Concepto del 10 de diciembre de 2013 la Sala de Consulta y Servicio Civil, a solicitud del Ministerio de Justicia y del Derecho, por consulta de la ANDJE, llegó a dos conclusiones importantísimas, respecto de las cuales no es del todo concordante el anterior fallo; estas conclusiones fueron las siguientes:

"Las Sentencias proferidas con anterioridad al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por la Sala Plena y las Secciones del Consejo de Estado con el objeto de unificar jurisprudencia, son sentencias de unificación jurisprudencial en los términos de la Ley 1437 de 2011.

(...) Las sentencias proferidas por las Secciones del Consejo de Estado para unificar la jurisprudencia, anteriores a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son sentencias de unificación jurisprudencial que permiten aplicar el mecanismo de extensión de jurisprudencia previsto en los artículos 102 y 269 del mismo Código."[115]

Ahora bien, recordemos que en la jurisprudencia señalada el Consejo de Estado señaló: *"En efecto, si bien dichas sentencias fueron proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, una de las Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ninguna de ellas tuvo como objeto, unificar la jurisprudencia de los Tribunales, pues para ello debe adelantarse el procedimiento previsto en el artículo 271 ibídem, el cual no existía para la época en que se expidieron dichas sentencias"* de lo anterior se evidencia que la

[114] Consejo de Estado. Sección Cuarta. Con ponencia de la doctora. Martha Teresa Briceño de Valencia. Del 1 de febrero de 2014. Número de Radicado: (2013220) 11001-03-27-000-2012-00045-00.
[115] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado Ponente: William Zambrano Cetina. 10 de diciembre de 2013. Número de radicado 2177. EXP. 1101-03-06-000-2013-00502-00.

razón por la cual se debía fundamentar la decisión, era solamente que la Sentencia invocada no tuvo como objeto unificar jurisprudencia, pero erró el Consejo de Estado, al señalar que esto se debe a que en las Sentencias de unificación deben adelantarse conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 y que este no existía cuando se emitieron las sentencias.

Además del rechazo de parte del Consejo de Estado, por la anterior causal, debe también considerarse otras razones que imposibilitan extender los efectos de la jurisprudencia. Por lo mismo hemos de proceder exponiendo otras sentencias de la alta Corporación, que han rechazado el mecanismo.

Una de esas razones, que pueden dar lugar a que se rechace el mecanismo, es obviamente que se presente el fenómeno de la cosa juzgada. Antes de entrar a analizar cómo se presentaría, es menester hacer una aproximación al concepto, desde la perspectiva del Consejo de Estado; al respecto tenemos que, en sentencia del 22 de septiembre de 2014[116], la Sección quinta se pronunció, señalando que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior.

Esto en razón de que lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable. Que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que decidió en providencia ejecutoriada o, que otro juez, en proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos. También se ha sostenido que el elemento material de la cosa juzgada tiene relación con la intangibilidad de la sentencia, en el entendido que se tiene por cierto que el juez de conocimiento se ocupó de la relación objeto de la contienda y que la decisión la adoptó respetando las formas propias del juicio.[117]

---

[116] Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejera Ponente: Susana Buitrago de Valencia. Número de radicado: (25000-23-41-000-2014-00660-01) 2020968

[117] Al respecto cabe consultarse la Sentencia del 1 de febrero de 2010, EXP. 2009-00025-02, y del 17 de julio de 2014, EXP. 2013-00469-01, en ambos, con ponencia de la doctora Susana Buitrago Valencia.

Luego, de cara a la extensión de jurisprudencia, el rechazo por parte del Consejo de Estado se produce, a causa de cosa juzgada, se da cuando la situación jurídica que ha de resolverse por el juez que define si extender, o no, los efectos de una jurisprudencia, ya había sido resuelta por otro.

Es decir que el Consejo de Estado, debe rechazar la solicitud de extensión de jurisprudencia, de aquellos solicitantes, que ya hayan hecho uso de su derecho de acceso a la administración de justicia, a través de otro medio, con la misma finalidad y por la misma situación jurídica irresuelta, siempre que la administración de justicia haya decidido, es decir que haya operado la caducidad.

Por ejemplo, piénsese en el siguiente ejemplo: un particular presenta una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud de un acto administrativo que le es adverso; demanda que es resuelta por parte de un Tribunal Administrativo o por el mismo Consejo de Estado, de forma negativa para el particular, y con cuenta con efecto de cosa juzgada. Imaginemos, que mientras se resuelve esta demanda, o una vez resuelta, el Consejo de Estado profiere una Sentencia de Unificación, en la que se decide una situación jurídica idéntica a la que tiene el particular; conocedor de esta jurisprudencia, el particular inicia la solicitud de extensión de jurisprudencia, primero en vía administrativa.

Con los antecedentes de este ejemplo, el particular se encontrar con el rechazo primero de la correspondiente autoridad administrativo y luego del Consejo de Estado, en virtud de que sobre el mismo tema, una autoridad judicial ya se había pronunciado es decir ya había operado la cosa juzgada.

¿Qué sucede entonces cuando se ha iniciado un proceso administrativo, pero éste aún no ha sido resuelto? De manera contraria, a lo que sucedía en nuestro ejemplo, el fenómeno de la cosa juzgada no se presentaría, pues no habría decisión judicial para proteger. Luego, sería dable extender los efectos de una Sentencia de Unificación cuando exista un proceso en

curso ante la jurisdicción contencioso administrativa por los mismos hechos y con los mismos fines.

Lo anterior supone un problema en la práctica de absoluta gravedad en criterio de quien escribe, pues es de tener presente que uno de los fundamento que tuvo esta figura, para que fuese introducida en la Ley 1437 de 2011, fue descongestionar la administración de justicia; cuestión que por el contrario se estaría agravando, sobre todo para el Consejo de Estado, pues además de conocer las demandas que venía conociendo por los hechos que ahora, supuestamente, deberían resolverse mediante la extensión de jurisprudencia, tendrán que resolver, además los que mediante este mecanismo se presenten.

Ahora bien, continuando con la revisión de las demás causales por las cuales debe rechazarse la solicitud de extensión de jurisprudencia de parte del Consejo de Estado, tenemos una de singular importancia, un presupuesto formal, el cual está expresamente señalado en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, cual es, que no haya operado la caducidad de la pretensión judicial.

Al respecto podemos en primera medida, revisar una Sentencia del 28 de agosto de 2014, de la Sección cuarta, en la que se rechazó la solicitud de extensión de jurisprudencia, para luego, revisar el aparte de la norma en que se refiere a la caducidad, y concluir con posiciones doctrinarias frente a las cuales se harán algunos comentarios; la sentencia de la Sección Cuarta referida se profirió con base en los siguientes argumentos:

> *"La Sala advierte que en la solicitud de extensión de la jurisprudencia elevada a la Contraloría General de República que dio origen al presente pronunciamiento, el peticionario reconoce que dentro del proceso contencioso administrativo con radicación No. 20 000 23 24 000 2010 00130 01, tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como esta Corporación encontraron que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho había caducado respecto de los actos proferidos en los procesos de responsabilidad fiscal DIJ-437 y coactivo J-948, adelantados por dicho ente de control. Tal y*

como se ha podido apreciar, el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 presupone que cuando se presenta la solicitud de extensión de jurisprudencia no haya operado el citado fenómeno, lo que equivale a exigir que, so pena de su improcedencia, la petición se eleve dentro del término de caducidad de la acción contenciosa de acuerdo al medio de control que corresponda en función de lo que se pretenda.

En consecuencia, el incumplimiento del presupuesto formal consistente en la no caducidad de la acción, acompañado de la cosa juzgada que reviste a las decisiones judiciales que ya se pronunciaron sobre los hechos que motivan la presente solicitud y la ausencia de una SUJCE que en un caso semejante haya definido una regla jurisprudencial en virtud de la cual se reconozca el derecho pretendido en el caso bajo estudio, frustran la pretensión del ciudadano e impiden que la Sala entre a verificar si el asunto sub examine podría resolverse mediante la aplicación de la regla definida en la sentencia invocada. De aquí que no haya lugar a valorar el fondo de la petición, ni a enjuiciar si la negativa de la entidad a extender la jurisprudencia encuentra o no fundamento legitimo en alguna de las causales de denegación de lo solicitado establecidas por el artículo 102 del CPACA en los tres numerales de su inciso quinto."[118]

Dicho lo anterior, recordemos que dice el artículo 102 de la Ley 1437 sobre el particular:

"Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado."

Frente al anterior tema, hemos encontrado importante doctrina refiriéndose al asunto, es el caso del artículo del doctor Juan Carlos Garzón Martínez en el que se apunta:

[118] Consejo de Estado. Sección cuarta. Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Del 28 de agosto de 2014. Número de radicado: 11001-03-24-000-2012-00368-00. (2073004)

"La caducidad de la acción contenciosa administrativa y la petición especial de extensión de jurisprudencia.

La caducidad de la acción es el límite que el legislador ha consagrado a efecto de ejercer el derecho fundamental de Acceso a la Administración de justicia; impide el trámite de la conciliación prejudicial, impide la admisión de la demanda y de igual manera impide el trámite de la petición especial de extensión de la jurisprudencia, esa es la razón para que el artículo 102 CPACA condicione la presentación de la petición ante la autoridad administrativa competente a la no ocurrencia de la caducidad.

Es claro en consecuencia que coexisten causales para negar la petición especial una vez surtido el respectivo tramite (necesidad de un previo periodo probatorio, distinción del caso; interpretación diferente a la contenida en la sentencia de unificación), con la causal de caducidad que impide no solamente realizar el correspondiente trámite de petición especial, sino ejercer la acción contenciosa."

A efectos de lo planteado en esta investigación, surge un punto que vale la pena destacar, de la reflexión hecha por el doctor Juan Carlos Garzón Martínez, podría interpretarse que si la caducidad es un limitante para la extensión de la jurisprudencia, como lo es para la pretensión judicial, es decir, si es una restricción que se hace, como la que tiene el derecho fundamental a la administración de justicia; se tendría que efectivamente, al extender las autoridades administrativas, los efectos de una sentencia, están materializando justicia.

Continuando con la revisión del artículo del doctor Garzón Martínez, evidenciamos a continuación, que es diferente el rechazo de este mecanismo en razón de la caducidad, a la negación de la solicitud por razones de fondo;

"En este orden de ideas, si la administración considera que la acción contenciosa administrativa (materializada de conformidad con los diferentes medios de control), ha caducado; la solución es rechazar la petición especial y no la de tramitarla.

No es de recibo confundir las causales para negar la extensión de jurisprudencia, con la caducidad como causal de rechazo de la acción contenciosa administrativa.

Ahora bien, en estos supuestos (caducidad de la acción contenciosa como fundamento para no tramitar la petición especial de extensión de jurisprudencia), no se activa ni el procedimiento administrativo especial, ni consecuencialmente el procedimiento judicial ante el H. Consejo de Estado.

Se quiere resaltar, que no debe desnaturalizarse la razón de ser del mecanismo de extensión de jurisprudencia; el mismo no tiene como finalidad resolver aspectos de orden procesal (caducidad), sustancial (legitimación), ni siquiera de fondo de la petición, su finalidad se reitera y debe servir de marco interpretativo de sus reglas, no es otra que definir si en un determinado caso, procede o no extender la sentencia de unificación; si el debate se centra en otros aspectos, debe acudirse a los demás mecanismos establecidos por la ley.

Una interpretación diferente, conlleva a que el H. Consejo de Estado, ejerza un control jurisdiccional sobre temas que deben tramitarse mediante el respectivo proceso ordinario, que por los factores de competencia correspondan a los juzgados o tribunales administrativos; que deban surtirse en primera instancia; en fin a que actúe sin competencia y posteriormente se presenten nulidades.

De lo anterior se evidencia la importancia de que se distinga con absoluta claridad, entre el rechazo por caducidad y la negación por razones de fondo, a partir del análisis que haga la autoridad administrativa, pues no es dable considerar que en virtud del rechazo por

caducidad proceda el administrado a acudir al Consejo de Estado, en los términos del artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, causando mayor congestión judicial. Finalmente, el autor citado se refiere a la caducidad, desde otra perspectiva muy diferente, como es la suspensión de la misma, cuando ésta no ha operado.

> *"Desde otro punto de vista, procede precisar que de conformidad con el artículo 102 CPACA, la solicitud de extensión de jurisprudencia debe presentarse siempre y cuando no haya operado la caducidad; y su presentación suspende el término de caducidad.*
>
> *Esta suspensión opera de diferente manera:*
>
> *a) En los supuestos donde al ciudadano se le niega la petición especial, el término de caducidad se reanuda al vencimiento de los 30 días que tiene para continuar el trámite en sede judicial y no acude ante el H. Consejo de Estado.*
> *b) En los eventos en que agota el trámite judicial, la reanudación del término de caducidad depende del medio de control correspondiente: cuando se trata de un medio de control diferente al de nulidad y restablecimiento del derecho, se reanuda con la "ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado". Si se trata de nulidad y restablecimiento del derecho y la administración se hubiese pronunciado de fondo respecto a la petición ordinaria, igualmente desde la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado, cuando se trata de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la petición especial de extensión, si no existe pronunciamiento de fondo la administración asume –por mandato legal– la competencia con la finalidad de proferir la decisión de fondo sobre el derecho reclamado."*

En efecto, en los eventos en que se solicita la extensión de la jurisprudencia ante una autoridad administrativa, en atención al artículo 102 del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el termino para interponer la demanda se suspende; lo anterior, con la finalidad de que no le caduque el derecho al solicitante en pretensiones cuya oportunidad para demandar es tan corta como en el caso de la nulidad y restablecimiento del derecho; surge entonces el interrogante: ¿Cuándo se reanuda el término para acudir por medio de la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa?

Pues bien, si la solicitud de extensión de la jurisprudencia se acoge y se aplica la sentencia de unificación invocada, no habrá necesidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa, no obstante, cuando dicha solicitud es negada, el administrado que solicita la extensión, tendrá treinta (30) días para acudir ante el Consejo de Estado solicitándole a dicha Corporación, que le aplique la sentencia de unificación si a ello hay lugar.

Ahora, si la solicitud fue negada por la autoridad administrativa el interesado tendrá treinta (30) días para acudir ante el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa, vencido este término si no se acude ante dicha Corporación se reanuda el término que se tiene para poder presentar la demanda, de conformidad con lo señalado en la parte final del artículo 102 del CPACA, el cual señala lo siguiente:

> *"Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código".*

Cuando el interesado acuda ante el Consejo de Estado dentro de los treinta días mencionados anteriormente, continuarán suspendidos los términos para poder presentar la demanda correspondiente; los cuales se reanudan con la ejecutoria de la providencia proferida por el Consejo de Estado.

En el evento en que el mecanismo para reclamar el derecho sea la nulidad y restablecimiento del derecho, una vez se niegue la solicitud, se enviará el expediente para que la autoridad administrativa resuelva el asunto de fondo, esto en caso de que no lo hubiera decidido con anterioridad.

Una vez reanudado el término para presentar la demanda, por cualquiera de las circunstancias antes mencionadas, el interesado debe presentarla antes de que le caduque la oportunidad.

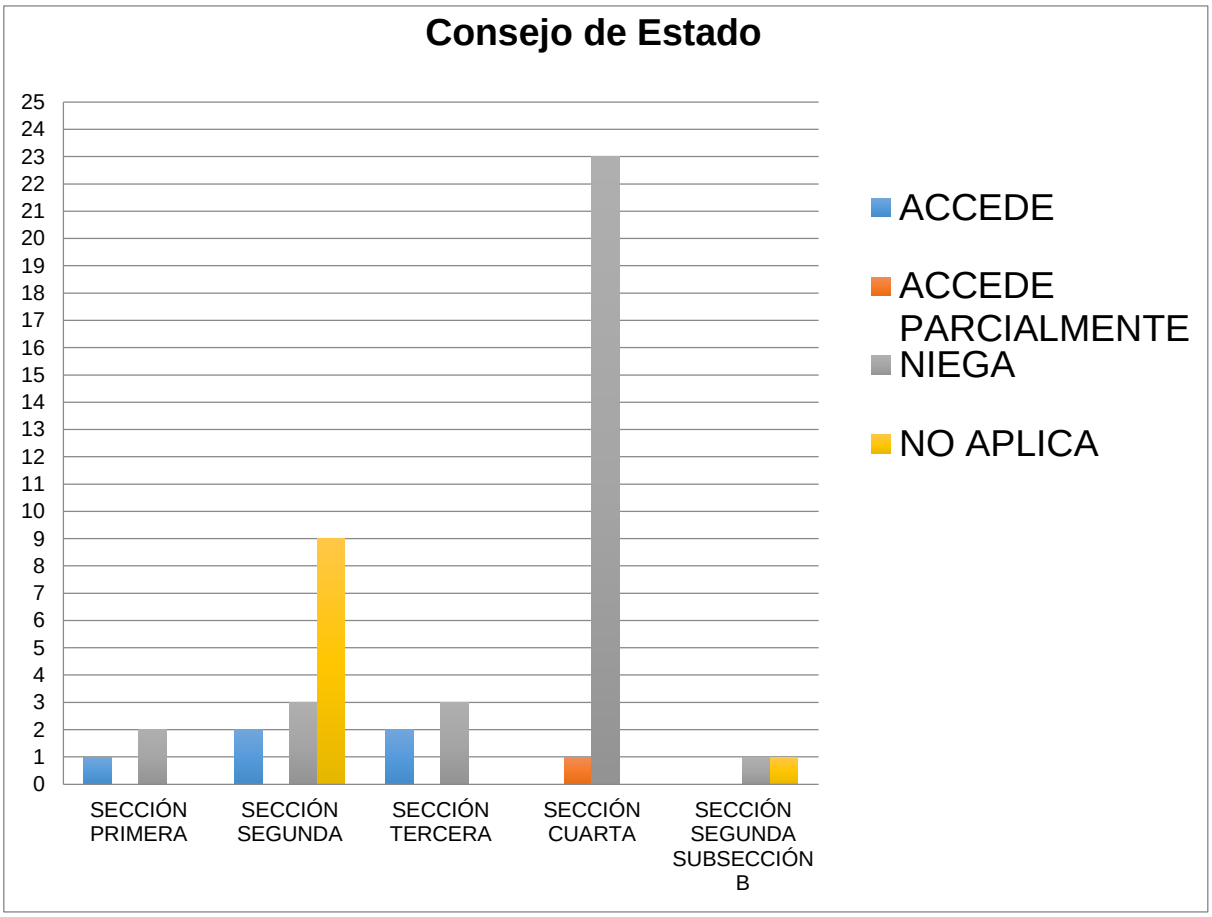
También tenemos el caso de que el mecanismo de extensión de jurisprudencia sea rechazado, por otro presupuesto formal, que no se interponga dentro de los treinta días siguientes a la negativa de la administración; como observamos en el siguiente extracto jurisprudencial:

> *"(…) el legislador propuso en la solicitud de extensión de la jurisprudencia un término especifico que consta de 30 días para aguardar la respuesta de la administración so pena de considerar que se ha producido un silencio respecto de esa solicitud, y desde este punto el solicitante cuenta con 30 días adicionales a partir del vencimiento del termino anterior para acudir ante el juez, transcurriendo ese segundo término de manera preclusiva y pedir se le extienda la jurisprudencia del Consejo de Estado, teniendo como base la negativa o el silencio de la administración. Ahora bien en el caso concreto del señor Carlos Ignacio Riascos López, la solicitud fue presentada por su abogado ante la UGPP el 2 de octubre de 2012, y durante 30 días hábiles la entidad guardo silencio, razón por la cual a partir del día 16 de noviembre de 2012 empezaron a contar los 30 días que tenía para acudir ante el Consejo de Estado para buscar la extensión implorada. Este último término feneció el 22 de enero de 2013, descontando el día del poder judicial y la vacancia judicial, sin que hasta esa fecha se hubiera acudido ante la jurisdicción. El abogado recurrente presentó la solicitud ante esta Corporación el 18 de febrero de 2013 en forma extemporánea, razón por la cual se rechazó de plano la solicitud de*

extensión de jurisprudencia, en tanto no cumplió con el término de 30 días dado por la ley. Cabe recordar que este Despacho ha dicho que el objeto de la extensión de la jurisprudencia es precaver un futuro litigio, por lo que los términos previstos para el efecto son perentorios y preclusivos, entre otras razones, por cuanto la solicitud que con tal propósito se formule suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo dispone el penúltimo inciso del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011."[119]

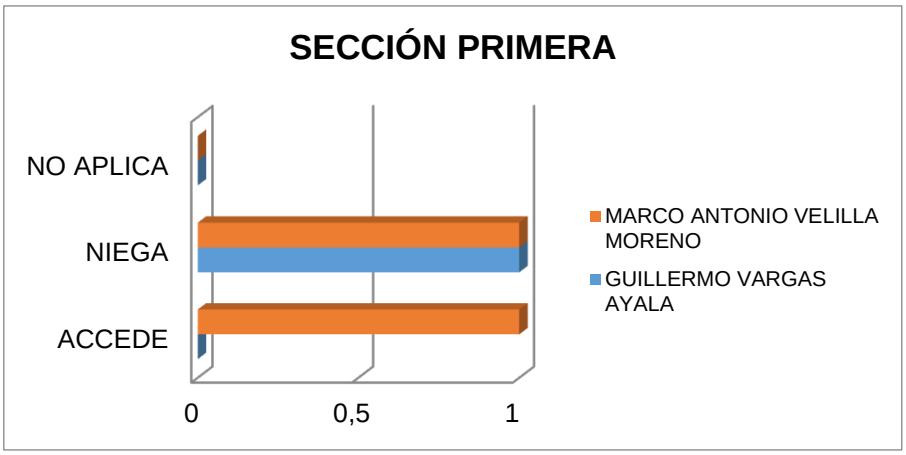
Hecho la anterior revisión de algunas decisiones emblemáticas del Consejo de Estado ante solicitudes de Extensión de Jurisprudencia, a continuación procedemos con un análisis de tipo estadístico respecto de las mismas, a partir de un muestreo de pronunciamientos del máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De tal manera se han tomado al azar cincuenta decisiones del Consejo de Estado que arrojaron lo siguiente:

[119] Consejo de Estado. Sección Segunda. Con ponencia del doctor: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Del 29 de enero de 2014. Número 2020205

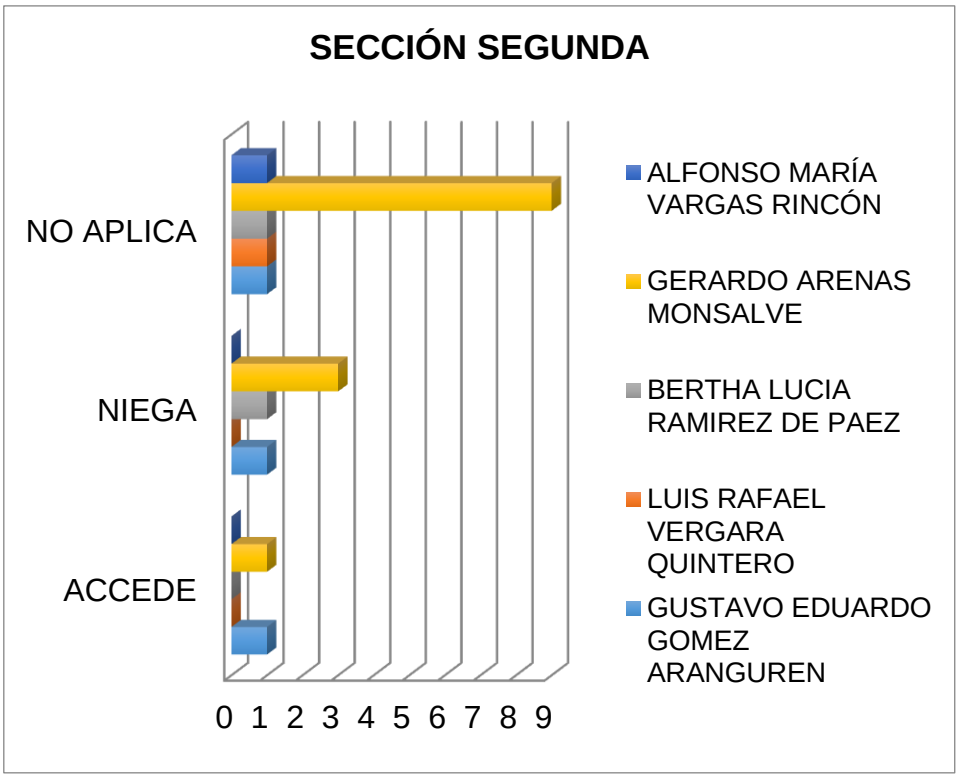


De la anterior grafica cabe destacarse que de las decisiones observadas al interior del Consejo de Estado, la gran mayoría fueron negadas, o se decidió que la extensión no aplicaba, y que la Sección que más conoció de este mecanismo fue la Sección Cuarta, también negando. La Sección primera accedió una vez y negó dos veces; la Sección Segunda, accedió dos veces y negó dos veces; la Sección tercera negó tres veces y accedió dos veces; por su parte la Sección Cuarta negó un total de veintitrés veces y una vez accedió parcialmente; también se tiene que la Sección Segunda, Subsección B negó y accedió a una solicitud. Hecho el anterior gráfica, pasamos ahora a referirnos al caso de cada Sección.

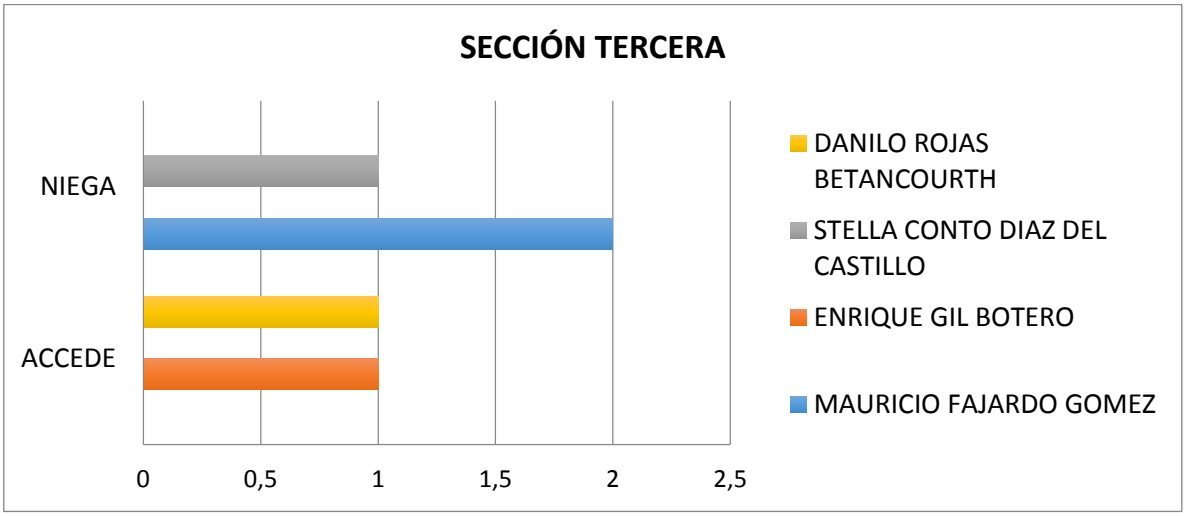
En el caso de la Sección Primera, observamos que se produjeron tres decisiones, dos de Marco Antonio Velilla Moreno, negando y accediendo, y otra de Guillermo Vargas Ayala negando.



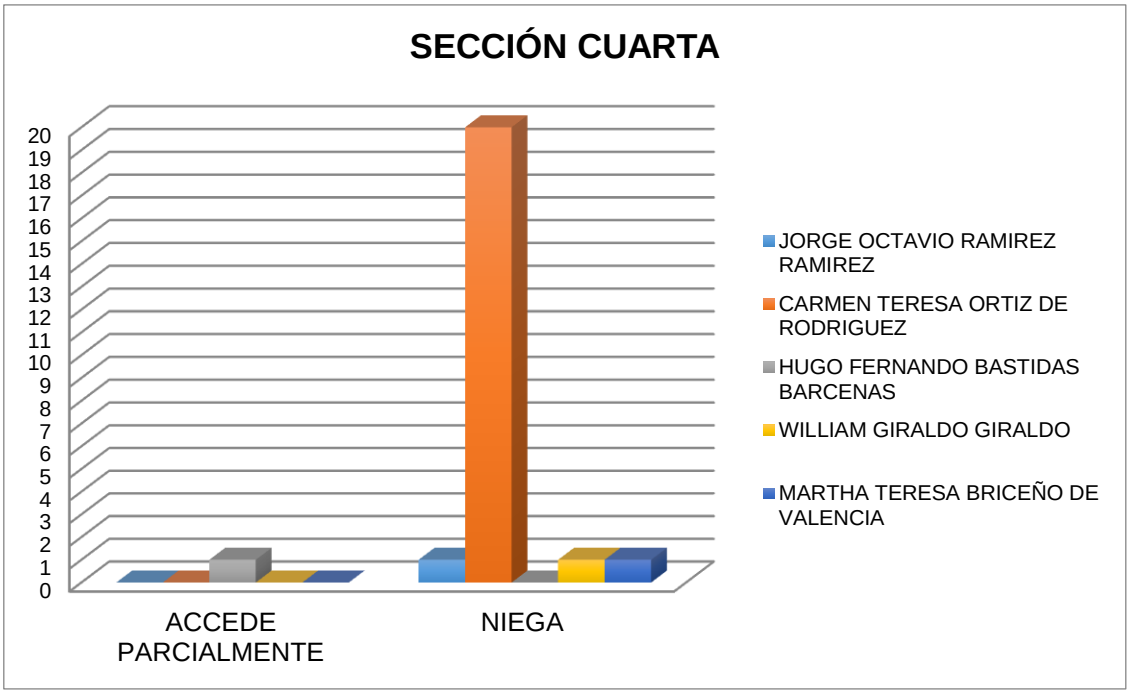
En lo que atañe a la Sección Segunda, observamos a continuación, que la gran cantidad decisiones fueron con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, quien negó tres, accedió una y decidió que no aplicaban nueve. En cuanto al doctor Gustavo Gómez, vemos que negó una, accedió a otra y decidió que no aplicaba una. Por su parte, la doctora Bertha Ramírez negó una y decidió que no aplicaba una. En cuanto al doctor Alfonso Vargas decidió que no aplicaba una.



En cuanto a la Sección Tercera, observamos que el doctor Mauricio Fajardo negó dos, la doctora Stella Díaz, negó una y los doctores Enrique Gil y Danilo Rojas Accedieron a una.



En lo que corresponde a la Sección Cuarta es de destacar, el caso de la doctora Carmen Ortiz, quien ha negado veinte solicitudes; por su parte William Giraldo, Martha Briceño y Jorge Ramírez lo han hecho una vez; siendo el doctor Hugo Bastidas el único en acceder.



De los anteriores gráficos, podemos llegar, pese al pequeño número de decisiones que se tomó para el muestreo, a una conclusión importante: la gran mayoría de solicitudes de extensión de jurisprudencia no están siendo resueltas favorablemente para los solicitantes. Lo anterior es supremamente grave en la medida en que, éstas podrían estar congestionando el Consejo de Estado, sin justificación alguna, al resultar un mecanismo que en la práctica resulta poco efectivo.

Lo anterior, precisamente porque uno de los objetivos que se tuvo en cuenta, en la adopción de esta figura, fue lograr descongestión judicial. En opinión del suscrito, la evaluación de estas afirmaciones requiere de dos cosas: en primer término, un mayor tiempo de aplicación de la figura, es de considerar en ese sentido, que la Ley 1437 aún no cumple tres años de vigencia.

El otro elemento que se requiere son cifras oficiales, tanto del número de negocios que venían conociendo en las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como del número de asuntos que están conociendo, en la actualidad, con la implementación de este mecanismo en la Ley 1437 de 2011.

Con base en lo anterior y considerando que más adelante trataremos el valor vinculante del precedente judicial, damos por terminada la presentación de los antecedentes de la Ley 1437 de 2011, del artículo 102 de la misma y, en general, de la figura de la extensión de la jurisprudencia, trasversal en la Ley 1437 de 2011. Pasamos entonces a presentar las contradicciones que ésta puede suscitar.

CAPÍTULO SEGUNDO. Examen del artículo 102 de la Ley 1437 a la luz del artículo 230 de la Carta Política: Un problema jurídico revisado por doctrina y la jurisprudencia.

Para la doctrina, los efectos de las innovaciones traídas con el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, suponen en algunos casos posibles contradicciones con postulados del ordenamiento jurídico colombiano; por ejemplo: el doctor Enrique José Arboleda Perdomo,

plantea como cuestionamiento: ¿qué pasa con el derecho de los administrados a pedir que se reconsidere el sentido del fallo? Asimismo, esboza la posibilidad, que en la práctica, haya la dificultad de aplicar esta figura, ante la existencia de sentencias contradictorias, en tanto no se sabría cuál se debe aplicar. Por otro parte, señala lo contradictorio de incluir una institución del Sistema jurídico de casos y no del Derecho Continental; contrariando el sistema de fuentes de Derecho particularmente el artículo 230 de la constitución Política[120], cuestión que adelante analizaremos.

Por su parte, Javier Tamayo Jaramillo, ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, no cree que la aplicación del precedente garantice la coherencia del sistema jurídico, tomando en cuenta la naturaleza del mismo; en su opinión, para evitar una contradicción, el sistema debe estar fundamentado en la jurisprudencia o en la ley, no en ambas, como eventualmente sucedería; además, esto implica que en la práctica, los jueces no se atrevan a apartarse del precedente, por temor de incurrir en prevaricato como lo ha manifestado la Corte Constitucional[121].

El doctrinante Luis Fernando Álvarez, ex presidente del Consejo de Estado, plantea algo que resulta ser completamente atinado frente a nuestro problema jurídico, y es que la extensión del precedente, es una figura dirigida principalmente a la administración, y no tanto, a la jurisdicción, pues son la autoridades administrativas sobre quienes recae el deber que esta figura plantea. Considera él, que esta institución beneficia a los ciudadanos, garantizando el derecho a la igualdad, a la administración, brindándole nuevos instrumentos de acción y a los jueces por la seguridad jurídica. En su sentir, los funcionarios judiciales y administrativos no pierden su autonomía al poder argumentar las razones para apartarse del precedente[122].

Por su parte, Danilo Rojas Betancourth, explica que la novedosa figura de la extensión y unificación de la jurisprudencia, debe ser aplicada: por la administración, de manera

[120] ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis. Primera Edición. Bogotá. 2011. Pp. 28-29.
[121] La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley. Ámbito Jurídico. Legis. 4 de Febrero de 2011.
[122] Ibídem.

oficiosa, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1437; con ocasión de una petición especial, como señala el artículo 102; o por orden judicial de acuerdo al artículo 269. En su opinión, esta figura ha generado debates en torno al entendimiento insular y/o en conjunto de las normas o dogmático; frente a la validez constitucional de las mismas, es decir normativo; y en relación al sistema de fuentes en Colombia, de carácter teórico, que permiten entenderla de mejor forma y de proyectar adecuadamente su aplicación. Considera este doctrinante, que existen una serie de retos a cargo del Consejo de Estado, como órgano encargado de la unificación de la jurisprudencia que debe ser extendida por la administración –aplicada por los jueces y observada por la comunidad jurídica en general, dentro de los que resalta la vigilancia en la estructura de la sentencia, de modo que pueda distinguirse, de ser el caso, la ratio del obiter, en cualquier sentencia, no sin recomendar vivamente la exclusión definitiva de cualquier obiter, por el uso perverso de que puede ser objeto al aplicar o pedir la extensión de las sentencias de unificación. También apunta, que es imperiosa la consolidación y actualización de la información sobre sentencias de unificación, a fin de que tanto las autoridades administrativas como los jueces y la comunidad jurídica en general, sepan cuáles son las sentencias que se consideran como unificadoras de las posiciones jurisprudenciales existentes. Se tratará de una suerte de listado que no debe ser taxativo, atendido el hecho de que puede ser permanentemente enriquecido, a condición de que el estatus de sentencia de unificación le sea atribuido a través de alguna fórmula institucionalizada. Así, el debate dogmático puso de presente la necesidad de reglamentar pronto algunos aspectos de la extensión de las sentencias de unificación, como lo demuestran muchas hipótesis que se pueden producir a la hora de aplicar esta nueva figura y respecto de las que no existe total regulación normativa.[123]

Augusto Hernández Becerra, plantea como principal punto coyuntural de la entrada en vigencia de esta institución, las interpretaciones exegéticas que pueden hacerse del artículo 230 de la Constitución Política, en la medida en que las mismas deprecarían en concebir los artículos que consagran la extensión de la jurisprudencia como inconstitucionales, como se observa a continuación:

[123] Ob. Cit. ROJAS BETANCOURTH, Danilo. P. 120.

Otro punto de controversia surge de la lectura literal y rígida del artículo 230 de la Constitución, en el cual se postula que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, en tanto que las demás fuentes formales de derecho, incluida la jurisprudencia, "criterios auxiliares de la actividad judicial". Los intérpretes exegéticos de la norma estiman, por esta razón, que cualquier grado de sujeción de los jueces a precedentes judiciales colocaría la jurisprudencia al mismo nivel de la ley, contrariando, por tanto, el artículo 230 de la Constitución. [124]

*S*e infiere de la anterior consideración, que la interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política, supone una vulneración al sistema de fuentes, en que se apoya el sistema jurídico. En ese sentido, es importante hacer referencia al concepto de sistema jurídico como posteriormente se hará en esta investigación.

Empezamos entonces este segundo capítulo con el análisis de la afectación de la estructura del ordenamiento jurídico del país con ocasión de la extensión de la jurisprudencia conforme se ha señalado en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en ese sentido tenemos que se presentan tres problemas jurídicos de relevancia constitucional; el primero, a nivel de fuentes del derecho, en tanto el artículo 230 establece que la jurisprudencia será criterio auxiliar de interpretación; el segundo, por un traslado de competencias entre distintas ramas del poder público, en contra vía del artículo 113, en tanto son las autoridades administrativas las crearían justicia; y el ultimo, por la posible vulneración del debido proceso, no obstante este último será tratado en la segunda parte de esta investigación. De tal manera entraremos en la "Sección A" a revisar el conceptos propios de los dos primeros problemas jurídicos señalados, para luego en la "Subsección 1" revisar la posible afectación al sistema de fuentes en el caso concreto y en la "Subsección 2" "Sección B" se procederá a analizar los efectos de la figura sobre el artículo 113 de Carta política.

[124] HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. La jurisprudencia en el Nuevo Código. En: Memorias Seminario internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Bogotá. Consejo de Estado. P.p. 237.

SECCIÓN A. Análisis al concepto de sistema jurídicos.

Como advertimos al mirar lo dicho por Hernández Becerra[125], uno de los conceptos a tratar, al abordar la problemática del sistema de fuentes, es el de los sistemas jurídicos, toda vez considerando que la característica más distintiva de éstos son sus fuentes creadoras de derecho.

Antes de adentrarnos en el análisis de ambos sistemas, aproximémonos en la presentación de esta revisión bibliográfica al concepto de sistema jurídico de forma genérica y posteriormente a los de sistema continental europeo y sistema anglosajón. En primer lugar, observemos la siguiente definición respecto de sistema jurídico:

> *"Sistema jurídico. Conjunto de principios y normas jurídicas conectadas entre sí de forma lógica y estructurada, donde las normas de mayor rango son fuente de las de menor jerarquía, las cuales se ajustan a lo preceptuado por las de rango superior."*[126]

La anterior cita, a pesar de que nos brinda importantes características, no clarifica el concepto en su totalidad, en la medida de que se puede confundir con la definición de ordenamiento jurídico. De hecho, existen numerosas teorías en cuanto al concepto de sistema jurídico, tales como las de Jhon Austin y Hans Kelsen. Teorías que han sido estudiadas por Joseph Raz (traducido al castellano por Rolando Tamayo y Salmorán); en su obra, se dice que para Austin, una disposición jurídica[127] es un mandato general de un

---

[125] HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *La jurisprudencia en el Nuevo Código*. En: *Memorias Seminario internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Bogotá*. Consejo de Estado.

[126] DURAN URREA, Margarita María. AMAYA León, William. Diccionario Hispanoamericano de Derecho. Grupo Latino Editores LTDA. Bogotá, Colombia. P.p. 2169.

[127] *RAZ, Joseph. El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico. Editado por: Dirección General de publicaciones. México D.F. 1986. P.p. 23 – 24.*
"una disposición jurídica es un (1) mandato general (2) emitido por alguna persona la expresión usual de Austin es "establecida" o "dada", (3) el cual es un soberano (esto es, habitualmente obedecido por una cierta comunidad y no presta obediencia habitual a ninguno).
De la segunda parte de esta definición se puede derivar un criterio de identidad, así como un criterio de membrecía:

soberano dirigido a su súbditos. Además, considera Raz que en esa definición queda implícito el concepto de sistema jurídico.

Por otro lado, tenemos a Kelsen, quien en palabras de Joseph Raz[128], a pesar de no ser muy distante de Austin, en su teoría de sistema jurídico, sí logra evitar entrar en las complicaciones del anterior autor en la medida de que Austin, tenía como piedra angular el concepto de soberanía. ¿Que suponía esto forzosamente para la teoría de Austin? que todo cambio de legislador imponía un cambio de sistema jurídico. Kelsen considera que un sistema jurídico solo existe si tiene un cierto mínimo de eficacia, lo que en cierta medida tiene similitud con Austin. Las diferencias entre estos dos autores estriban en que Kelsen sustituye el concepto de soberano que utiliza Austin, por el de norma fundamental, como podemos observar en las citas que a continuación se hacen del texto de Raz:

> *"un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente, por una norma fundamental. En palabras de Kelsen: "todas las normas cuya validez pueda ser remontada a una y a la misma norma fundamental, forman un sistema de normas o un orden.*
> *(…) una disposición jurídica pertenece a un sistema si, y solo si, fue creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la norma fundamental por las cuales todas las otras disposiciones jurídicas del sistema fueron creadas. En sus propias palabras: "que una norma pertenece a un cierto sistema de*

Criterio de identidad: Un sistema jurídico contiene todas y solo las disposiciones jurídicas emitidas por una persona (o cuerpo de personas.)
Criterio de Membrecía: Una disposición jurídica dada pertenece al sistema jurídico que contiene disposiciones emitidas por el legislador que produjo tal disposición. Esta es la respuesta de Austin al problema de identidad.
La tercera parte de la definición contiene la mayor parte del material del cual puede ser obtenido un criterio de existencia:
Criterio de existencia de Austin: (1) un sistema jurídico existe si el legislador común de sus disposiciones es un soberano. Por tanto: (2) un sistema jurídico existe si éste es generalmente eficaz. La transición de (1) a (2) es garantizada por el hecho de que una persona es soberano únicamente si es habitualmente obedecido y, es habitualmente obedecido, si, y solo si, sus mandatos son generalmente obedecidos.(…)"
[128]Ibídem. P.p. 121 -150.

normas… puede verificarse únicamente determinando que ella deriva su validez de la norma fundamental que constituye tal orden".[129]

A continuación José Joaquín Ugarte Godoy nos explica dos conceptos importantes para entender la teoría de Kelsen; primero el de norma fundamental donde se asienta todo el sistema jurídico y posteriormente el de sistema social, como un sistema regulador superior al Derecho:

"(…) Que la validez de una norma se base en la norma fundante a la que en definitiva se llega no significa que su contenido pueda inferirse de ella mediante un argumento deductivo, lógico, sino que significa tan solo que ha sido producido, en última instancia, de la manera determinada por la norma fundante básica. "De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho"[130]

Continúa el autor diciendo:

"(…)La norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la Constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres son interpretados como hechos productores de normas; cuando en última instancia el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la Constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas"[131]

Además de los anteriores aspectos juega un importante papel en los sistemas jurídicos, el elemento sociológico que se ha venido a denominar cultura jurídica, esto es construido por elementos como la economía, la política, la religión y las costumbres y tradiciones jurídicas,

[129]Ibídem. P.p. 123 – 124.
[130] UGARTE GODOY, José Joaquín. *El Sistema Jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica*. In. Revista. Santiago de Chile. Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 Nº 1. P.P. 111-113. 1995
[131] Ibídem.

como se observa a continuación en la traducción que Viviana Díaz Perilla hace de la obra de Garapon y Papadopoulos:

> *"La cultura jurídica interna está constituida por las actitudes, las creencias, los razonamientos, las percepciones y los valores, más o menos explícitos, comunes a un grupo de profesionales del derecho."*[132]

> *"La cultura judicial es un fenómeno total, título que le será justificable a partir de una explicación económica (el mercado del derecho), histórica (la creación del Estado de derecho), lingüística y hasta geopolítica (la estabilidad política es, como uno sabe, una de las condiciones del desvanecimiento del liberalismo)."*[133]

Sin embargo esta opinión respecto de lo que constituye cultura jurídica no es universal, de hecho, la misma doctrina ha dejado claro la dificultad de concretar lo abstracto del concepto:

> *"La cultura es algo que ya ha sido dado, algo de los miembros de un mismo pueblo, con mucha frecuencia sin saberlo. La cultura siempre trabaja inconscientemente; es necesario comprenderla como un instituyente. Ésa es la razón por la cual la cultura se sitúa en el espíritu de todos los actores, de todos –no únicamente de los juristas".*[134]

Esta dificultad se observa más precisamente en la idea de cultura jurídica de Savigny, quien antepone el elemento sociológico al jurídico, distanciándolos y estableciendo el segundo de los mencionados como secundario, tal como se ve a continuación:

[132]GARAPON, Antoine. PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Cultura Jurídica Francesa y Common Law. Legis Editores S.A. Traducida: DIAZ PERILLA, Viviana. 2006. P.p. 13.
[133]Ibídem. P.26.
[134]Ibídem. P.p. 4-5.

"Para Savigny, la idea de cultura es antinómica a toda legislación: el espíritu del pueblo debe desarrollarse espontáneamente, pues el derecho no es nada diferente de la formalización secundaria."[135]

Respecto del pensamiento de Savigny continúa diciendo:

"Yo considero el derecho de cada pueblo, decía Savigny, el jefe de la escuela histórico alemana como, un miembro corporal de dicho pueblo, no como un hábito arbitrariamente diseñado, que puede también ser retirado y cambiado por otro"[136]

SUBSECCION 1. Reflexiones doctrinarias respecto del sistema de derecho romano germánico y el sistema del *Common Law*.

Continuando con este tema, hemos de señalar que el sistema jurídico al que pertenece nuestro ordenamiento, tiene una larguísima tradición y extensión en el mundo del Derecho, que ha influenciado en las características que hoy le son presentes, de tal suerte observemos lo que anota Francisco Fernández Segado respecto al tema, citado en la obra de Torres Vásquez:

"El sistema de Derecho romano-germánico es el heredero del Derecho romano, en cuya evolución se han incorporado elementos de otros Derechos locales y del Derecho Canónico. Debido en parte a la colonización y en parte a las ventajas de la codificación, este sistema de Derecho se extiende por todo el mundo: Europa, América Latina, gran parte de África, los países del cercano oriente, Japón, Indonesia."[137]

[135]Ibídem. P. 6.
[136]Ibídem.
[137]TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho Teoría General del Derecho. Bogotá. Editorial Temis S.A. 2001. p. 729.

La principal característica de este sistema, en oposición al sistema anglosajón radica en su naturaleza escrita. Sin embargo debemos anotar que no siempre esto fue así, este Derecho es el resultado como vimos de la sumatoria de la evolución del Derecho Romano con influencias de otras culturas jurídicas. Evolución que género en la codificación del mismo:

> *"La escuela del Derecho natural del siglo XVIII rompe con esta concepción tradicional. Considera al soberano como legislador; le atribuye la función de reformar el Derecho a fin de acabar con errores del pasado; proclama la autoridad de normas que se ajustan al Derecho natural. Así es como en el sistema romano-germánico se pasa de un Derecho consuetudinario y de compilación (cuya obra más importante es la de Justiniano) a un Derecho legislado y codificado.*
> *La codificación nace acoplada al Derecho natural racionalista que deducía de los conceptos generales los conceptos particulares. La legislación racional es sistemática e impulsa hacia la codificación."*[138]

Resulta ser entonces claro que una de las mayores influencias que hoy tiene este sistema, estuvo en Francia, particularmente en la época napoleónica, la que en opinión de Fernández Segado, ha sido positiva:

> *"(...) El punto de partida del fenómeno histórico de la codificación se abrió con la dación de los códigos franceses:(...)"*
> (…)
> *"La codificación ha sido un instrumento admirable para la expansión por el mundo del Derecho romano-germánico. Pero en un comienzo también entraño una actitud de positivismo legislativo y a la vez de nacionalismo jurídico, (...)"*[139]

[138]Ibídem. P.739.
[139]Ibídem. P. 741.

Resulta apropiado entonces, acercarnos al concepto de derecho escrito como característica principal de este sistema, para ello remitámonos al Diccionario Hispanoamericano de Derecho, que nos trae una definición bastante atinada:

> *"Derecho escrito. Conocido también como Derecho Positivo, es aquel que un Estado promulga e impone a sus ciudadanos dándolo a conocer visualmente. Se diferencia del derecho consuetudinario, que no es promulgado estatalmente y se ha constituido como tal para la comunidad a través del tiempo."*[140]

Habiendo explicado de forma sucinta la evolución del sistema continental europeo y habiendo señalado sus principales características, pasamos a realizar lo correspondiente con el sistema anglosajón.

En este punto se debe considerar que el estudio del sistema anglosajón será un tema de particular importancia, no solo por ser el objeto de esta investigación una institución propia de este sistema, sino porque se pretende analizarlo como referencia para la implementación de la misma en nuestro ordenamiento. Es así como se busca con el estudio de este sistema dilucidar consecuencias de la inclusión de esta figura en el Derecho administrativo colombiano. Expliquemos esto: no se pretende al incluir este sistema en nuestro marco teórico, el estudio del sistema anglosajón como tal, por lo que es importante resaltar que en el proyecto nos enfocaremos exclusivamente en los aspectos que interesan para confirmar o negar las hipótesis planteadas, estos son; el precedente judicial en el Derecho administrativo, la teoría de la separación de poderes, el traslado de funciones públicas, la funciones judiciales asumidas por autoridades administrativas, principios similares a los de eficacia, economía y celeridad, y los actos judiciales versus los administrativos.

Dicho lo anterior, anotemos que en esta revisión bibliográfica intentaremos simplemente aproximarnos a las particularidades más relevantes de este sistema jurídico. Abordemos entonces este acercamiento distanciándonos del sistema continental europeo:

[140]DURAN URREA, Margarita María. AMAYA LEON, William. Ob. Cit. p. 582.

"Los precedentes, es decir las decisiones de casos análogos al examinado, contienen el Derecho vigente de manera no codificada: por esto se habla a veces del Common Law como de un Derecho no escrito, en cuanto que el Common law como Derecho jurisprudencial viene contrapuesto al Statue law, el derecho emanado del parlamento en forma de ley (Common law, así, tiene al menos tres significados distintos, según se le contraponga a Statue Law, a Civil Law o a la equity)."[141]

El anterior párrafo nos acerca un poco a las características de este sistema, explicando la principal y ampliamente conocida, diferencia con el derecho continental europeo, su fuente primaria de derecho: las decisiones judiciales; además nos comenta un punto interesante, las tres acepciones del derecho común: primero como sistema jurídico, por su origen distinto al Derecho Civil, es decir, es nombre alternativo para el sistema anglosajón. Segundo, como jurisprudencia, en el sentido de que constituye una fuente de Derecho de este sistema, distinta de la equidad, creado por decisiones judiciales anteriores.

Tercero, como una fuente de derecho, distinta de Derecho codificado. Ahora refirámonos un poco a su origen:

"En el proceso de unificación que origino un Derecho común (Common Law) para todo el país, adquirió realidad el proverbio Judge makes law (el juez hace el Derecho) por haber sido moldeado y establecido autoritativamente por los jueces, pero que nació y se desarrolló en el pueblo, pues de sus costumbres y de sus prácticas fueron sacados sus materiales."[142]

Lo anterior, nos permite inferir que el principal origen de este Derecho parte del mantenimiento de una cultura jurídica en las sociedades anglosajonas, en las que ha permanecido el juez como creador de Derecho, aspecto que importa mucho en la medida de

[141]Ibídem. P. 177.
[142]TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho Teoría General del Derecho. Bogotá. Editorial Temis S.A. 2001. p. 764.

que esto no es otra cosa sino el precedente, sin embargo no significa esto que la fuente única de Derecho en la cultura jurídica anglosajona fuese el precedente judicial:

> *"El Derecho judicial ingles tiene tres fuentes: 1) El Common Law, 2) Ciertos Sistemas extranjeros que han tenido autoridad, y 3) La equidad.*
>
> *El Common law no solo fue el primitivo Derecho Judicial, sino que llego a ser tal por la actuación de los jueces. El Common Law se presenta como un Derecho completo. Si no existe ley ni sentencia aplicable al caso, el Common law nos dará la respuesta por el procedimiento de analogía, semejanza y comparación, por el cual se llega al precedente judicial. Por vía del precedente más semejante por sus circunstancias, el juez hace algo más que declarar la ley. Pero esa labor legislativa del juzgador está encerrada en los estrechos límites y es útil porque permite adaptar las leyes a las nuevas circunstancias y le da flexibilidad al Common Law.*[143]

La marcadísima importancia que tiene el respeto por el precedente judicial en el derecho anglosajón, hace parecer imposible el apartarse del mismo, esto podemos observarlo en la obra de Mario Losano en frases como las siguientes:

> *"A pesar de la cada vez más clara afirmación de esta línea evolutiva, el Derecho británico era y sigue siendo un Derecho hecho por los jueces. Esta continuidad jurídica es la expresión de la continuidad política que caracteriza la historia constitucional inglesa; su mismo nombre –doctrina del precedente- expresa el lazo que vincula al juez actual con las decisiones con las decisiones de sus predecesores hasta los siglos más lejanos."*[144]

Continúa anotando este autor:

[143]Ibídem. p. 767.
[144]LOSANO, Mario Giuseppe. Los Grandes Sistemas Jurídicos Introducción al Derecho Europeo y Extranjero. Madrid. Editorial Debate, S.A. 1993. p. 176.

"Frente a un caso concreto, el juez debe preguntarse cómo se han decidido precedentemente casos análogos. La situación más frecuente es que ya exista un ordenado núcleo de sentencias que determinan con claridad la decisión a tomar; ateniéndose a ellas, el juez dictará entonces una sentencia que entrará a formar parte del Common Law como <<declaratory precedent>>, esto es, como precedente que continúa una determinada tradición jurisprudencial."[145]

Por otro lado, considerando que el tema central que se analizará en la investigación será ponderar las implicaciones de la figura, el estudio de este sistema nos permite compararlos, por lo menos en relación en cuanto a sus fuentes, para determinar las ventajas de uno y otro. Por ahora anotemos como preámbulo los siguientes apuntes de Mario G. Losano:

"Las ventajas y los defectos del Common Law son en cierta medida simétricos a los del Derecho Continental: es mayor su posibilidad de adaptarse al caso concreto que en los sistemas jurídicos de normas generales y abstractas, las cuales son sin embargo reductibles a un corpus limitado y sistemático, mientras que los precedentes tienden a formar una selva inextricable y extensa. La extensión de los precedentes hace a veces materialmente imposible tener una clara visión de la situación jurídica de ciertos sectores, produciendo vacilaciones en la certeza del Derecho (...)."[146]

"En cualquier nivel, la vinculatoriedad del precedente se halla en la ratio decidendi. La estructura de una sentencia anglosajona consta generalmente de una sucinta exposición del hecho, de la decisión y del motivo por el que el juez ha decidido en ese sentido (ratio decidendi)."[147]

Explicados ambos sistemas jurídicos, tenemos que es entendible, que de las anteriores consideraciones, y de la interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, se haya planteado una vulneración al sistema de fuentes

[145]Ibídem.
[146]Ibídem.
[147]Ibídem. p. 178.

SUBSECCION 2. La importancia del precedente judicial en la formación del derecho administrativo, en ambos sistemas.

Ahora bien, para clarificar del todo el asunto, observemos la cercana relación que tiene el estudio de los sistemas jurídicos, con las posiciones respecto de la evolución histórica del derecho administrativo, como parte de esos sistemas.

Al respecto, es menester tener en cuenta la posición que tiene el tratadista Libardo Rodríguez Rodríguez respecto de la incidencia de la jurisprudencia en la formación del Derecho Administrativo; en efecto, en su obra, el tratadista Rodríguez al referirse a la importancia de esta rama del derecho empieza por tocar lo concerniente a la evolución que el mismo tuvo durante el siglo XIX, la cual se dio a partir de en una serie de fallos franceses que formarían en su sentir la ciencia de derecho administrativo, en ese sentido anota el tratadista:

> *"Es al célebre fallo Blanco, dictado por el Tribunal de Conflictos francés el 8 de febrero de 1873, que se atribuye el haber consagrado, si bien no por primera vez, si de manera clara y expresa el principio consistente en que la administración no puede regirse por los mismos principios vigentes para las relaciones entre los particulares, sino que a ella deben aplicarse principios propios y especiales, cuya existencia, en definitiva, es la justifica la identificación de una nueva rama jurídica llamada derecho administrativo."*[148]

Otro ejemplo de la misma importancia es el fallo *Cadot,* en cuanto a que éste, tiene el mismo carácter creador de derecho; frente al mismo el profesor Rodríguez, realiza un breve repaso anotando:

[148] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Decimotercera Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2002. P. 23

"Pero el mismo Consejo de Estado puso fin a esa situación de limitación a su competencia, mediante fallo Cadot de 1889, con lo cual demostró definitivamente el poder jurídico que había adquirido a través del tiempo: allí se autoconfirió la competencia general en materia de litigios de la administración a pesar de que hemos visto que la ley solo le confería una competencia especial."[149]

Como se observó en Libardo Rodríguez, el tratadista Francis-Paul Benoit sostiene que el Derecho Administrativo francés es fundamentalmente pretoriano lejos de ser una materia reglamentaria, en tanto su característica más notable es que éste ha posibilitado adaptar reglas jurídicas a las controversias de hecho que se ponen a disposición de juicio, al respecto comenta este autor en su obra "*El Derecho Administrativo Francés":*

"La jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales administrativos es la fuente esencial de las grandes construcciones del derecho Administrativo propiamente dicho: especialmente en lo que concierne a los actos unilaterales, los contratos administrativos, la responsabilidad. Todas las reglas generales del Derecho administrativo se desprenden así del conjunto de decisiones jurisdiccionales administrativas.[150]"

En contraposición de la anterior tesis, autores como Malagón Pinzón, consideran que el derecho administrativo tiene origen en un lugar distinto a Francia; se considera pertinente incluir su posición en este artículo porque permite equilibrar lo planteado por el doctrinante Libardo Rodríguez, de tal suerte el profesor Malagón expone:

"Parte de la doctrina en el derecho administrativo continental europeo sostiene que éste nace con la Revolución Francesa y como consecuencia concreta del principio de separación de poderes. Y expone como uno de sus principales logros el haber cuando un juez especial para controlar a la

[149] Ibídem. P. 24
[150] BENOIT, Francis-Paul. *El Derecho Administrativo Francés*. Traducción: Rafael Gil Cremades, Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. 1977. p. 19.

administración. De igual forma plantea que el derecho administrativo será la lucha constante para controlar las potestades discrecionales de la Administración. No obstante como último reducto de estas inmunidades del poder, quedará la figura del acto político o de gobierno, que surgirá por creación artificial del Consejo de Estado francés. Nosotros no compartimos este pensamiento, pues sostenemos que el derecho administrativo tiene un nacimiento anterior (…)"[151]

De tal manera, concluimos esta Sección señalando: que no obstante se observaron claras diferencias entre ambos sistemas, desde su antecedentes históricos, hasta sus actuales características, y si bien éstas, en principio, hacen parecer que incorporar la fuente principal de derecho, del Sistema Anglosajón, el precedente judicial, en un Ordenamiento Jurídico, de estirpe del Sistema Continental Europeo; sea imposible, por ser contrario a la fuente primaria de este último Sistema (el derecho positivo); encontramos que ambos sistemas también tienen peculiaridades que permiten identificarse, que ante todo, los dos, son sistemas jurídicos, reguladores de sociedades, fruto de culturas jurídicas propias, y sobre todo que más allá del Sistema, el Derecho Administrativo, ha estado fuertemente marcado por la jurisprudencia, así que no es posible aseverar que no pueda considerarse el precedente judicial como fuente de derecho administrativo en el Sistema Continental Europeo, contradice necesariamente el sistema de fuentes de derecho.

SECCIÓN B. El precedente judicial: Otra fuente de derecho.

Comencemos esta sección, haciendo referencia a la jurista, María Victoria Parra, quien en su artículo "*El precedente judicial en el derecho comparado*", de forma independiente a la figura de la extensión de jurisprudencia en el procedimiento administrativo, expresa la transformación que supone para la administración judicial, transformar el sistema de fuentes del derecho con ocasión de la incorporación del precedente judicial; respecto de su incidencia, agrega que los jueces pasan de ser meros ejecutores de la ley a ser integradores

[151] MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. Vivir en Policía: *Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombian*o. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.19.

de los vacíos del ordenamiento. A su turno, manifiesta que corresponde a la Corte Constitucional, resolver mediante la jurisprudencia las coyunturas que plantea la introducción de esta fuente de derecho a la luz de la existencia del artículo 230 de la Constitución Política.[152]

Al referirse al precedente judicial la prestigiosa jurista, Silvia Diez Sastre considera:

> *"(...) el precedente está al servicio de la legalidad y la completa. Junto a la vinculación necesaria a la ley, se restringe la actuación administrativa con base en un principio general de coherencia –o de consistencia– interna, que se concreta en algunos principios constitucionales como la igualdad, y que se hace más visible en los casos en que la Ley no determina con suficiente precisión todos los extremos para controlar la actividad administrativa.*
>
> *El precedente se configura, así, como un instrumento que fomenta la predictibilidad de los resultados de la actuación administrativa y la estabilidad. Así mismo, quita poder al decisor, en la medida en que limita su margen de actuación en función de su comportamiento anterior"*[153].

Ese deber de definición de los asuntos por parte de las autoridades, con fundamento en los casos precedentemente resueltos, se torna mucho más imperativo y exigente cuando el asunto a resolver ya ha sido tratado y decidido en forma unificada por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, y, en su caso, por la Corte Constitucional. Aquí de lo que se trata, adicionalmente, es de propiciar y proteger la igualdad de trato de los asociados frente a las decisiones administrativas y judiciales, por una parte, y, por la otra, la de hacer respetar y cumplir efectivamente las providencias de los jueces, particularmente cuando ellas responden a una posición consolidada de la Jurisdicción respectiva. Se trata, entonces, de la instauración del "precedente judicial con efectos vinculantes", como un instrumento que busca mediante un

[152] http://www.puj.edu.co/banners/EL_PRECEDENTE_JUDICIAL.pdf
[153] DIEZ SASTRE. Silvia. El Precedente Administrativo- Fundamentos y Eficacia Vinculante, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 66 y 279.

procedimiento expedito materializar el otorgamiento de los derechos a quienes les corresponde, tratando de superar con ello antiguas y nocivas prácticas administrativas, prototipo de una inveterada praxis discriminatoria y degenerativa de los postulados de la función pública.

Para el profesor Fernado Arias García, al derecho nacional no puede ser aplicable el razonamiento de algún sector de la doctrina comparada que considerando a la jurisprudencia comunitaria europea como la fuente de facto de derecho comunitario[154]; es el caso de la citada doctora Silvia Diez Sastre, quien estima:

> *"La mayoría de los principio más importantes del Derecho comunitario se han formado a través de su case law, que, precisamente por ello, ha llegado a considerarse de facto una fuente más del Derecho comunitario."*[155]

Para el doctrinante Araujo Rentería, la importancia que tiene el precedente es la que la constitución le da, sostiene que al revisar cuál es el valor del precedente judicial en nuestro sistema jurídico, resulta ser necesario precisar los siguientes aspectos: i) es distinto el respeto de las Supremas Cortes a su propio precedente judicial del respeto que tienen de éste, los jueces que se encuentran funcionalmente en una posición inferior; ii) las Cortes Supremas no quedan ligadas por sus propios precedentes, considerando nuestro sistema jurídico de carácter legislado y; iii) la jurisprudencia como fuente creadora de derecho, genera diversos interrogantes[156] desde el punto de vista hermenéutico. En su obra, "*El derecho fundamental a la Igualdad: Precisiones",* se observa el pensamiento del tratadista al respecto:

[154] ARIAS GARCÍA, Fernando. *Estudios de Derecho Procesal Administrativo Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso*. Grupo Editorial Ibañez, Universidad Santo Tomas. Bogotá 2013. P. 363.
[155] Op.Cit. DÍAZ SASTRE, Silvia. P. 161.
[156] a) si la jurisprudencia es o no fuente de derecho, es decir, si es fuente o aplicación de la ley; b) si es o no creadora del derecho, es decir, si aporta nuevos elementos o simplemente declara la ley c) su importancia respecto de otras fuentes jurídicas, en el sentido de si está o no, subordinada a la ley; d) si hay obligatoriedad del precedente judicial para los jueces al fallar casos análogos; e) cuándo corresponde el cambio de la jurisprudencia y; f) cuándo corresponde unificar jurisprudencia.

"¿Cuál es entonces el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico? El propio artículo 230 de la Constitución da la respuesta al señalar que la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar de la actividad judicial, de modo que el juez de inferior jerarquía al momento de fallar estudiará esta jurisprudencia y la acogerá si la encuentra razonable, pero podrá separarse de ella si la encuentra irracional, ya que no está obligado a seguirla."[157]

Por su parte, el maestro Juan Carlos Galindo Vácha considera que la Jurisprudencia constituye na destacada fuente del derecho, en la medida en que aporta unos conceptos que derivan de interpretaciones jurisdiccionales, elaboradas por verdaderos conocedores del derecho a la hora de juzgar situaciones y circunstancias particulares. Según él, las decisiones judiciales muestran, especialmente en sus partes motivas, las bondades y dificultades de las instituciones y las limitaciones de las normas jurídicas a la hora de dar aplicación al valor máximo de la justicia. Considera Galindo Vácha, que esos pronunciamientos, tomados por el legislador y por la doctrina, constituyen un elemento dinámico y de progreso del derecho.[158]

De otra parte, citando al doctor Juan Carlos Henao Pérez[159], quien se pronuncia en la obra: "*Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*" del equipo de profesor de derecho administrativo de la universidad externado de Colombia, con motivo de los cien años de la jurisdicción contenciosa, refiriéndose a la marcada importancia de la jurisprudencia en el derecho administrativo colombiano, en los siguientes términos:

"En el campo de la responsabilidad de Estado y del principio de legalidad, la jurisprudencia, más que la norma escrita, ha estructurado y consolidado sus elementos definitorios. Dicho de otra manera: con independencia de que nuestro sistema jurídico nacional sea de estirpe anglosajona o continental, el

[157] ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. *El Derecho fundamental a la Igualdad*. Corporación Universitaria Republicana. Bogotá, 2004, p.77.
[158] GALINDO VACHA, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2013
[159] Rector de la Universidad Externado de Colombia, ex presidente de la Constitucional de Colombia, doctor en derecho por la Universidad de Paris II, Pantheon-Assas.

papel de la jurisprudencia en la creación y afirmación del derecho administrativo ha sido determinante, a tal punto que se puede verificar que no ha sido el texto de la ley el que ha promovido dicho avance."[160]

Para finalizar esta introducción al precedente judicial como fuente de derecho, pasaremos a relacionar algunos antecedentes de derecho positivo en Colombia en los cuales se le da valor jurídico al precedente judicial; en primer lugar tenemos la Ley 169 de 1896, sobre reformas judiciales, la cual, en relación al recurso de casación, dispone:

Artículo 1º. Con el fin principal de unificar la jurisprudencia y de enmendar los agravios inferidos a las partes, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia contra las sentencia definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

(...)

Artículo 4º. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituye 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 administrativas.

De otra parte, en el contencioso administrativo, el ordenamiento registra algunos antecedentes que han venido fijando cierto valor al precedente, aunque no con la fuerza vinculante que hoy le ha dado la Ley 1437 de 2011, de tal manera la Ley 11 de 1975 señaló:

Artículo 2º.- Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

[160] HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creado derecho a partir de Precedentes Jurisprudenciales. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. P.19.

En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto o del fallo.

Por su parte el Decreto 2304 de 1989, al referirse a recursos extraordinarios y asuntos remitos por las secciones señaló:

Artículo 130. Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

A su turno, tenemos la Ley 446 de 1998, respecto de la cual, se puede leer lo siguiente, en relación al recurso extraordinario de súplica:

Artículo 194.- Del recurso extraordinario de súplica. El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la Sección o Subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la Sala así lo determina.

Por último, tenemos la Ley 954 de 2005 y 1395 de 2010, que disponen:

Ley 954 de 2005 Artículo 2o. Recurso extraordinario de súplica. Derógase el artículo 194, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, del Código Contencioso Administrativo.

Ley 1395 de 2010. *Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos."*

SUBSECCION 1. El precedente constitucional en Colombia.

Iniciemos esta Subsección trayendo los conceptos de Jorge Andrés Contreras Calderón[161], quien explica que en Colombia existen dos clases de precedentes judiciales, por una parte el que elabora la Corte Constitucional, desde la sentencia C-104 de 1993, y de otra, el que elaboran los demás tribunales y juzgados del país, desde la Sentencia C-836 de 2001.

En cuanto al precedente de la Corte Constitucional, comienza este profesor señalando que es preciso hacer una diferenciación que en su sentir, tal Corporación no ha logrado hacer con contundencia, se trata de la distinción entre el "*decisum*" y "*la ratio decidendi*" en las sentencias de Constitucionalidad; toda vez que, mientras el decisum goza de cosa juzgada erga omnes explicita, la ratio decidendi goza de cosa juzgada erga omnes implícita, lo que significa, que si bien ambas gozan de cosa juzgada erga omnes, no por eso, ambas constituyen precedente judicial de la Corte Constitucional, pues más allá de la decisión de la Corte, ésta no es norma jurídica, y por tanto no es precedente;[162] salvo los fallos de constitucionalidad condicionada, en los cuales el sentido normativo acogido por la Corte Constitucional sí constituye precedente judicial en sentido estricto.

[161] Abogado y profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros.
[162] CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. *El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho.* En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 41. No. 115 P. 331-361. Medellín. Julio – Diciembre de 2011.

Al respecto es pertinente, traer el concepto de Norma Jurídica, de Norberto Bobbio, para este tratadista, una norma jurídica es una proposición prescriptiva perteneciente a un ordenamiento jurídico, entendiendo por proposición una, palabra o un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, es decir, en su conjunto; y agrega, que en las normas jurídicas el carácter prescriptivo proviene de su función, la cual enseña es influir en el comportamiento ajeno para modificarlo.[163]

Volviendo al profesor Contreras Calderón, tenemos que, la norma o normas jurídicas de carácter general y abstracto que motivan la decisión de declarar exequible una determinada disposición, esto es, la *ratio decidendi* de las Sentencias de Constitucionalidad, sí constituyen precedentes judiciales en el derecho colombiano; esto desde la Sentencia C-104 de 1993, en la que curiosamente se señaló, que el precedente existía en nuestro derecho desde antes de la Constitución Política de 1991 y que se consagró expresamente en el artículo 243 de la misma; no obstante, en su sentir, esa creencia parte de la misma imprecisión que ahora increpa, es decir, la Cosa Juzgada de la que trata este articulo versa claramente sobre el d*ecisum* de los fallos de constitucionalidad, que sólo excepcionalmente podría dar lugar a un precedente: en los fallos de constitucionalidad condicionada, como ya se advirtió. De tal manera hace el siguiente análisis respecto de dicha providencia:

> "*En esta sentencia, la Corte Constitucional sostuvo dos posturas: la primera, consiste en afirmar que la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad es precedente judicial de carácter obligatorio: la segunda, que éste era el único precedente aplicable en Colombia, pues en tanto "heredera de la tradición jurídica latina", en el país, la jurisprudencia de los demás tribuales y jueces sólo podría jugar un papel auxiliar o "secundario*".[164]

Antes de empezar a analizar esa primera postura, aclara que la segunda ya no tiene vigencia en nuestro ordenamiento. Luego comienza señalando, como ya se ha dicho, que llama la atención de la sentencia citada, al tratar las expresiones "jurisprudencia", "providencias" o

[163] BOBBIO, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. Octava Reimpresión. (Trad.E.G.Valdez). México D.F. 2004 (Original en italiano, 1965.) P. 43-45
[164] Ob. Cit. CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. P. 338.

"pronunciamiento jurisdiccional", la Corte se refiere indistintamente a la ratio decidendi de las sentencias de los jueces y tribunales, la única que podría predicarse propiamente el ser precedente obligatorio, y al decisum de las sentencias de control constitucionalidad, confundiendo ambos fenómenos.[165]

Confusión que estima, se constata, en tanto esta Corporación, propone además, como precedente obligatorio adicional, aquel que configurarían los fallos de nulidad dictados por el Consejo de Estado, en los términos de los artículos 158 y 175 del anterior Código Contencioso Administrativa. Lo que constituye un infortunado error, si se entiende que estas decisiones, si bien son actos jurídicos, no tienen por efecto, como se explicó anteriormente, la creación de nuevas normas jurídicas ni de carácter general y abstracto, ni de carácter particular y concreto. [166]

Seguidamente este autor recuerda el artículo 48 de la 270 de 1996[167], Ley estatutaria de la administración de justicia, el cual, se refiere al alcance de las sentencias en el ejercicio del Control Constitucional; en su consideración, esta norma aparece aprovechada por el legislador ante la confusión del máximo tribunal constitucional.[168]

Frente a esto, señala el profesor citado, que la Corte Constitucionalidad, advirtió oportunamente el coto que pretendió imponerle el Congreso de la Republica al espectro de sus recientes, y a si mismo atribuidas, potestades ampliadas, y decidió, respaldada en las

[165] Ibídem. P. 339
[166] Ibídem.
[167] Ley 270 de 1996. ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:
1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.
2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.
[168] Ibídem. P.p.339-340.

motivaciones empleadas en la Sentencia C-104 de 1993, lo más conveniente era declarar la inexequibilidad parcial de este artículo.[169]

De otra parte, enseña el doctor Contreras Calderón, que también es precedente la *ratio decidendi* de las Sentencias de tutela, como se observa en la sentencia T-260 de 1995, de la Corte Constitucional, en la que se manifestó por primera vez que los fundamentos esenciales de sus fallos de tutela también constituían precedente obligatorio para la guarda y protección de derechos fundamentales. Esta posición se vio reiterada en la Sentencia T-175 de 1997.

Posteriormente, apunta que al hablarse de precedente, la doctrina y la jurisprudencia, hacen referencia a un conjunto de decisiones uniformes respecto de un mismo punto de derecho, es decir, que éste aparece cuando la *ratio decidendi* se reitera en varias providencia. No obstante, la Corte Constitucional, prescinde de esta reiteración como requisito, para la configuración de sus precedentes, siendo estos las providencia que profieran y que inmediatamente obligan.[170]

En cuanto al precedente de los demás tribunales y juzgados del país, explica este profesor, que con la Sentencia C-836 de 2001, considerada hito para el derecho colombiano, se introduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo al emanado por la Corte Constitucional, conduciéndonos a un sistema de precedentes.[171]

Señala además, que la Corte tuvo que responder dos interrogantes, a saber: ¿pueden los jueces de instancia apartarse de las decisiones tomadas por el tribunal de cierre en su respectiva jurisdicción? Y ¿pueden estos tribunales apartarse de su propio precedente? Respondiendo en ambos casos de forma negativa.[172]

[169] Ibídem. P. 340.
[170] Ibídem. P. 341.
[171] Ibídem. P.342.
[172] Ibídem. P. 343.

Seguidamente, manifestó que los fundamentos de esta decisión han sido retomados una y otra vez por las sentencias de la Corte Constitucional, y los resume, exponiendo que el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 de la Corte Suprema de Justicia y a los demás jueces de la jurisdicción ordinaria a apartarse de la doctrina probable dictada por aquella. Esta prerrogativa tenía, a su vez, claro sustento constitucional en el artículo 228 de la Carta, el cual consagra el principio de autonomía judicial. Sin embargo prevalida el principio de razón suficiente, el cual establece que para que una prerrogativa sea adecuada a la Constitucion es necesario que exista para cumplir una finalidad. La Corte reinterpretó estos dos artículos a la luz de dos principios consagrados en la parte dogmática de la Constitución: el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13, y el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83, entendida como la confianza legítima en las actuaciones del Estado. De esta interpretación se derivó la constitucionalidad condicionada del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, cuyo efecto inmediato fue la supresión de la prerrogativa judicial analizada.[173]

De tal manera el resuelve de dicha providencia fue declarar exequible el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.[174]

De tal suerte, se observa que el deber de aplicar el precedente, no aparece en la parte resolutiva de la sentencia, por el contrario éste aparece en sus considerandos, primero, se encuentra el deber de los jueces y tribunales de instancia de someterse a las decisiones previas del máximo órgano de su respectiva jurisdicción, en el numeral 18 así:

> *"(...) 18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte*

[173] Ibídem.
[174] Ibídem. P.p. 344 - 345

Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación (…)"[175]

De otro lado, aparece en el numeral 21, el deber de los tribunales máximos de someterse a sus propias decisiones, de la siguiente manera:

"(…) 21. La expresión "errónea" que predica la norma demandada (artículo 4 Ley 169 de 1896, que modificó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887) de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios, jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segunda lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explicita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante."[176]

Es así como explica este autor que, en adelante, el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, modificatorio del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, habrá de entenderse de la siguiente manera: "tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina probable y los jueces deberán aplicarla, lo cual no obsta para que la Corte varíe su doctrina en caso de que juzgue erróneas sus decisiones anteriores."[177]

[175] Ibídem. P. 345.
[176] Ibídem.
[177] Ibídem. P. 346.

Hasta aquí los conceptos del doctor Jorge Andrés Contreras Calderón, traigamos ahora para enriquecer la investigación del precedente judicial en nuestro ordenamiento a otros doctrinantes. En opinión de Carlos Bernal Pulido, profesor de la Universidad Externado de Colombia, recogida en las memorias de las V jornadas de derecho constitucional y administrativo; el precedente constitucional es un caso especial de jurisprudencia. Señala, que es un precedente constitucional toda ratio decidendi que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya. En ese sentido, plantea, el precedente constitucional, como un argumento contenido en la parte motiva toda sentencia de la Corte Constitucional, que se diferencia del fallo y de los obiter dicta o afirmaciones de carácter general, que en estricto sentido no representan un pilar de la sentencia, sino sólo una razón argumentativa de orden secundario; de tal suerte expone:

> *"El precedente constitucional es entonces una parte de toda sentencia de la Corte Constitucional, en donde se explicita qué es aquello es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias clausulas."*[178]

De tal manera, considera Bernal Pulido, al precedente constitucional, como una parte de la jurisprudencia y apunta, que como consecuencia, su obligatoriedad depende de la obligatoriedad que se atribuya a la jurisprudencia en el sistema jurídico de que se trate. Frente a lo cual, hace las siguientes precisiones: en el derecho comparado la jurisprudencia no tiene siempre el mismo carácter, en el common law es una fuente prioritaria del derecho. En cambio, explica que los países de corte romano-germánico, no han sido categóricos al atribuir a la jurisprudencia este carácter; de hecho, ha sido tomada más como un conjunto de principios deontológicos auxiliares de la interpretación judicial, o que en el mejor de los casos sirve para integrar el derecho en caso de lagunas, lo que en su sentir, contrasta con el acrecentamiento de la jurisprudencia en la práctica para este sistema; señala este autor que este fenómeno llega al punto, que incluso en un sistema jurídico tan aparentemente

[178] BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente Constitucional*. En: M*emorias de las V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. P. 143.

racionalista y legalista como el francés, la jurisprudencia ha sido el baluarte para la renovación del derecho civil y el sustrato para la construcción de derecho administrativo; no obstante precisa:

> *"En el derecho comparado, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha gozado siempre de un estatus particular. A raíz de las discusiones que se suscitaron en Europa cuando apenas se fraguaba el modelo concentrado de control de constitucionalidad, la figura del tribunal constitucional surgió con rasgos peculiares, que lo diferenciaban del poder judicial ordinario y que, a pesar de su indubitable tamiz jurisdiccional, lo aproximaban en su carácter al legislador, como órgano creador- o por lo menos colaborador en la creación- de derecho. Tal vez sea por ello que, como hemos advertido en otro lugar (Carlos Bernal Pulido. "La fuerza vinculante de la Jurisprudencia en el orden jurídico colombiano" Revista Precedente, Cali, Universidad ICESI.) las leyes orgánicas del tribunal constitucional, de países como Alemania o España no vacilaron a la hora de atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia de este órgano y establecieron, desde los primeros años de funcionamiento, de la jurisdicción constitucional, un sistema de precedentes constitucionales, de obligatorio acatamiento para el poder judicial, la administración, el parlamento y los particulares."*[179]

Respecto del caso Colombiano, Bernal Pulido hace la salvedad que, la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional, es decir, el reconocimiento del precedente constitucional, y la correlativa sujeción a esta fuente de derecho por parte de todos los poderes del Estado, y de los particulares, no ha tenido un reconocimiento claro, y explícito en ningún constitucional ni legal. Antes bien, si se observa la carta política, pues pareciera que existe una tensión por una parte, entre la aceptación de la supremacía de la constitución, como se observa en el artículo 4[180], la creación de la Corte Constitucional, como guardián

[179] *Ibídem. P.p. 143 – 144.*
[180] *Constitución Política de Colombia. Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

de la misma de conformidad señala el artículo 241[181] y el carácter de criterio auxiliar que el articulo 230 atribuye en general a la jurisprudencia, y que será correlativo al deber del juez de sujetarse en sus decisiones exclusivamente al imperio de la ley, es así como señala:

> *"En otras palabras, la Constitución, de un lado, parece respaldar la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, pero, por otro, parece negarla, al otorgar a toda la jurisprudencia, no n carácter obligatorio sino solo de "criterio auxiliar y cuando comité establecer el deber del juez de sujetarse al preceden constitucional y restringirlo únicamente al imperio de la ley"*[182]

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

[181] *Constitución Política de Colombia. Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

[182] *Ibídem. P.p. 144 – 145.*

A renglón seguido apunta Carlos Bernal Pulido, que esta tensión se acentúa, si se tiene en cuenta lo prescrito por otros textos constitucionales y legales. A favor de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional juega el artículo 243 de la carta magna, que atribuye fuerza de cosa juzgada a las sentencias proferidas por dicha Corte, en ejercicio de control jurisdiccional. A su turno señala, que en esta dirección se encamina el primer inciso del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que establece sin ambages que las sentencias de la Corte Constitucional son obligatorias para las autoridades públicas y los particulares. Sin embargo, en general se ha considerado que estos artículos hacen referencia más bien a la obligatoriedad y a la fuerza de cosa juzgada de la parte resolutiva de las sentencias de la corte constitucional.[183]

Continúa el profesor Carlos Bernal Pulido, expandiendo que el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, es ahora una fuente normativa que juega en contra de la atribución de la fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional. Y en esta misma dirección se dirigía el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, denominada: "Ley Estatutaria de la administración de Justicia", que señalaba:

> *"Alcance de las sentencias en el ejerció del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: I. Las de las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho general. (Sólo) la*

[183] Ibídem. P. 145. *Continua señalando: "En cambio, de capital importancia para fundamentar la fuerza vinculante ya no sólo de la parte resolutiva, sino de la parte motiva de tales sentencias, es decir, de la jurisprudencia o también llamada "doctrina constitucional", fue el artículo 23 del mencionado Decreto 2067 de 1991. Este artículo atribuía a tal "doctrina constitucional" el carácter de "criterio auxiliar obligatorio para las autoridades". No obstante, la propia Corte Constitucional, mediante Sentencia C-131 de 1993, declaro la inexequibilidad de la expresión "obligatorio", propiedad que se atribuía al "criterio auxiliar de la jurisprudencia" ene le mencionado artículo 23 y, de este modo, inclino la tensión haca lo prescrito por el artículo 230 de la constitución."*

interpretación que por vía de autoridad hace (el Congreso de la República) tiene carácter obligatorio general. II. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen el carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.''[184]

No obstante, recuerda Carlos Bernal Pulido, que mediante sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional declaro inexequibles los apartes entre paréntesis, y condicionó, de este modo, la aplicación artículo al reconocimiento de la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad y de las de tutela, en su parte resolutiva y en la ratio decidendi de la parte motiva. A su vez, menciona, que esta declaración de constitucionalidad no esclarece todo el problema de la fundamentación del precedente constitucional en Colombia, toda vez que, tal como queda el texto legal, parece indicar que la interpretación por vía de autoridad que la Corte Constitucional hace de la constitución, tiene carácter obligatorio general; sin embargo, este enunciado deja abiertos múltiples interrogantes sobre el fundamento de dicho carácter obligatorio, sobre su alcance, sobre la vinculación que la jurisprudencia constitucional despliega sobre poderes públicos y sobre el concepto de cosa juzgada constitucional, para colmar el vacío legal, la jurisprudencia se ha referido a estos temas.[185]

Continua su estudio el profesor Carlos Bernal Pulido, refiriéndose al reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional, de tal manera entra a mostrar la evolución jurisprudencial sobre estos asuntos. Siguiendo a parte de la doctrina[186], apunta el autor citado, que el reconocimiento del precedente constitucional en Colombia ha sido obra de la propia jurisprudencia constitucional; de tal suerte, afirma por una parte, que sin lugar a dudas, la propia Corte Constitucional debía reconocer el carácter de precedente a sus sentencias, para llenar un vacío, ante el silencio del constituyente y legislador, se trataba, dice, de un vacío porque el precedente jurisprudencial es una técnica indispensable para el

[184] Ibídem. P.146.
[185] Ibídem. P.p. 146-147.
[186] LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Legis. Bogotá. 1999.

mantenimiento de la coherencia en los sistemas jurídicos, siendo ésta, aún más necesaria cuando se trata de la interpretación de la Constitución.[187]

Considera Bernal Pulido, que dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural de sus enunciados y su conexión con la política y la ideológica, la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos, qué es lo que está constitucionalmente prescrito. Esta red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución. Es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica.[188]

De otra parte afirma, Bernal Pulido, que el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional pude interpretarse como un objetable signo de activismo de la Corte Constitucional. En tal sentido, explica, este fenómeno puede concebirse como un ejercicio de activismo del máximo calibre, como una estrategia de la propia Corte para otorgar, al producto del ejercicio de sus funciones, el mayor rango jurídico posible dentro del sistema de fuentes. Colige entonces, que desde esa perspectiva difícilmente puede imaginarse una auto-atribución de poder mayor, que la que un órgano jurisdiccional se hace a sí mismo, cuando sostiene que sus actos son una fuente de derecho que se integran en la Constitución, es decir, en la fuente de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, y que como tales, dichos actos deben ser obedecidos por todos los poderes públicos y privados y no pueden ser revisados sino por propio órgano jurisdiccional. Desde esta óptica, el legislador habría pagado caro la falta de una regulación específica del precedente constitucional, que reconociese la necesidad de esta figura en el derecho colombiano. El precio habría sido el desplazamiento de la ley, por parte de la jurisprudencia constitucional, del lugar de la fuente prioritaria del derecho.[189]

Aclara el profesor Bernal Pulido, que, con todo, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional no tuvo lugar desde el comienzo del ejercicio de funciones por parte de la Corte Constitucional. Como todo nuevo tribunal de estas características, bien

[187] Ob. Cit. BERNAL PULIDO, Carlos. P. 146.
[188] Ibídem. P. 147.
[189] Ibídem.

distinto de la anterior sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional vaciló en un comienzo a la hora de definir el valor de sus propias sentencias es más, en la primera oportunidad en que la Corte se pronunció sobre el tema (Sentencia C-131 de 1993), considera este autor, que se asestó un duro golpe contra sí misma, al declarar que el carácter de "criterio auxiliar obligatorio para las autoridades", que el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 reconocía a la "doctrina constitucional" contenido en sus sentencias, era incompatible con el sistema de fuentes colombiano.[190]

Señala Bernal Pulido, que desde aquel entonces, la evolución jurisprudencial sobre el tema ha sido una lucha de la Corte contra sí misma, contra ese primer precedente que eliminaba la posible existencia de un sistema de precedentes. Por tanto, concluye, se ha tratado de una evolución sinuosa y zigzagueante que, como bien, lo sintetizó la sentencia C-252 de 2001, se ha movido entre dos polos, dos posturas sobre el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional, a saber, la postura "tradicional" y la "reformadora".[191]

Posteriormente, apunta el autor seguido, que de acuerdo a la Corte, antes de la Constitución Política de 1991, se gestó una postura "tradicional", consistente en el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia, pero únicamente como "valor supletorio". Esta tendencia, expone, se caracteriza por reconocer que la ley es la fuente principal del derecho, y que la jurisprudencia es una fuente supletoria, cuya eficacia está condicionada a la existencia de los siguientes problemas hermenéuticos: Oscuridad de a disposición legal, falta de coherencia entre disposiciones de igual jerarquía, o falta de plenitud del ordenamiento normativo. La segunda postura, en cambio, es la corriente "reformadora," que en el año 2001, ya la corte considera como propia de la Carta Política del 91, que ve en la jurisprudencia una fuente principal de derecho y aboga por su aplicación obligatoria atreves de la creación de líneas precedentes.[192]

Finaliza esta evolución, apuntando Bernal Pulido, que de esta forma se hace evidente que ya en el anos 2001 la Corte considera que la corriente reformadora es la correcta, es decir,

[190] Ibídem. P. 148.
[191] Ibídem.
[192] Ibídem.

que la jurisprudencia en Colombia es una fuente principal del derecho, y que, muy acorde con ello, en nuestro país existe el precedente constitucional.[193]

Otro aspecto que se permite tocar Bernal Pulido, y que colaboro en la consolidación del precedente constitucional por vía jurisdiccional, fue la afirmación, por parte de la Corte Constitucional, de la idea, según la cual, este precedente vincula a los poderes públicos.[194]

Empieza este punto señalando, que la Sentencia C-037 de 1996, es determinante en este sentido, por cuanto sujeta al Congreso de la República al respecto del precedente constitucional, y la sujeción al legislador sólo se había visto, excepto en cuanto se derivara de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la Sentencia C-586 de 1995. A su turno, pone de presente, que esta postura se refleja en sentencias posteriores del mismo año, tales como la C-386 de 1996; en esta providencia, la Corte Constitucional, resalto la providencia de la interpretación constitucional contenida en sus fallos sobre la proveniente del Congreso de la República; añadió también la sentencia, que la Corte Constitucional es la guardiana de la Carta Política, y por ende su interpretación constitucional funge como auténtica dentro del ordenamiento jurídico colombiano.[195]

Agrega el autor seguido, que en la Sentencia SU-047 de 1999, la Corte dispone que están sujetos al deber de aplicar el precedente judicial, todo tribunal y en especial el juez constitucional, y establece como razones que fundamentan la fuerza vinculante de la jurisprudencia en general y, en particular, de la jurisprudencia constitucional las siguientes:

1. Seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.
2. Protección de la libertad ciudadano y del desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad

[193] Ibídem.
[194] Ibídem. P. 164.
[195] Ibídem.

individual, así como la estabilidad de los contratos u de las transacciones económicos, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

3. Derecho Fundamental a la igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.
4. La fuerza vinculante, como mecanismo de control judicial, pues el respecto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que le es planteado de una manera que estaría dispuestos a aceptar en otro caso diferente, pero que presente caracteres análogos.[196]

Apunta además, que la Sentencia C-252 de 2001, la Corte Constitucional, señaló que el fundamento de la obligatoriedad de la aplicación del precedente se encuentra en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, el cual de conformidad con dicha providencia, consiste en dotar al ordenamiento jurídico, de una coherencia interna que permita crear derroteros claros de acción judicial, materializados, en la efectiva garantía de los derechos consagrados en la Constitución y en la ley.[197]

A su turno, señaló la Corte, en esa oportunidad, que mediante la unificación de la jurisprudencia, se logra la unificación del ordenamiento jurídico, con el objeto de mayor seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento normativo[198].

De igual forma, enseña el profesor Carlos Bernal Pulido, que la Corte sostuvo que el respeto al precedente tiene su fundamento en la necesidad de garantizar principios

---

[196] Ibídem. P.p. 164-165
[197] Ibídem. P. 165.
[198] Ibídem. P.165. *En la Sentencia C252 de 2001 además se señalaron los siguientes objetivos:*
1. Asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material. Art. 2. C.P.
2. Procurar Exactitud.
3. Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces. Art. 83. C.P.
4. Unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad.
5. Permitir estabilidad.
6. Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.
7. Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

orientadores del ordenamiento jurídico, tales como la seguridad jurídica, igualdad, adecuada motivación de las sentencias de unificación de jurisprudencia, lo cual, trae como consecuencia el surgimiento de una administración de justicia más efectiva. Explica además, que esta doctrina fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-569 de 200, que además hizo eco de la Sentencia T-566 de 1998; pero no fue, sino hasta la Sentencia C-1439 de 2000, en donde la idea de sujeción de los jueces al precedente encuentra uno de sus mayores sustentos, en ésta, la Corte resalta que la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional deviene de su función de lograr la unidad interpretativa de la carta política, y que la fuerza vinculante se predica de la ratio decidendi. Según lo anterior, para la corte, la inaplicación del precedente, salvo debida justificación, constituye una vía de hecho.[199]

En seguida el doctrinante Bernal Pulido, entra a recordar las Sentencias T-009 de 2002, que señaló el deber de los funcionarios judiciales de argumentar y justificar, cuando decidan apartarse del precedente. Luego, expone que con la providencia T-082 de 2002 de la Corte Constitucional, se reiteró, el anterior fallo con relación al carácter supremo de la interpretación de ese tribunal, y recuerda el concept de doctrina constitucional. En ese mismo sentido, anota que en la Sentencia SU-1553 de 2000 la Corte resalta que el funcionario está sometido a la Constitución para la elaboración de sus fallos y que toda interpretación que el juez haga debe estar sometida a la interpretación hecha por el máximo tribunal, además aclara en esta providencia que en caso de una contradicción entre ambas interpretación prevalecerá esta última.[200]

En relación a la inobservancia al precedente constitucional, el autor estudiado, recuerda la Sentencia T-399 de 2001, mediante la cual se revocó un fallo proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, por considerarla contraria a lo establecido por la Corte en la Sentencia T-1035 de 2000 y las sentencias SU-090 y SU-995 de 2000.[201]

Finalmente, apunta el tratadista, que en la Sentencia C-569 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las autoridades administrativas, al igual que los jueces, deben sujetarse

[199] Ibídem. P. 166.
[200] Ibídem. P.p. 166-167.
[201] Ibídem. P. 168.

estrictamente a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional y sólo podrán apartarse de ellas en los casos en que se encuentran frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales, como se había pronunciad en la providencia T-566 de 1998[202]. De tal manera, concluye que: teniendo en cuenta que los jueces y la administración se regirán, igualmente, por el respeto al precedente judicial, es obligación, también para la administración, justificar suficientemente las razones por las cuales decide no ajustarse al precedente.[203]

Apartándonos del doctor Carlos Bernal Pulido, opina el profesor Arias García previamente citado, que la Sentencia C-634 de 2011 también ya referida, determina que el grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional es de incidencia superior, al que tiene el del Consejo de Estado en razón de la jerarquía del Sistema de Fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional.

Señala este autor, que de manera reiterada la Jurisprudencia Constitucional ha expuesto, como el respeto del precedente judicial va de la mano, con el derecho fundamental al derecho a la igualdad, la que en este caso se predica de la igualdad de trato frente a la aplicación de la ley. De tal forma, considera que el éxito de la aplicabilidad de la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, dependerá de cómo estas se ajusten a la dinámica constitucional que ha forjado la misma Corte Constitucional en más de 20 años de historia.

Finalmente, el profesor Arias García recuerda la sentencia C-836 de 2001, respecto de la que señala que no solamente reafirma la obligatoriedad del precedente constitucional, sino que consolida la doctrina del precedente frente a sus órganos de cierre, haciendo que la autonomía del juez se encuentre limitada por el respeto hacia las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía, salvo la existencia de motivos razonados de cada caso concreto.

[202] Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1998. *"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 aquellos."*
[203] Ibídem.

En relación a esta misma sentencia, el profesor Diego López Medina, señala en su obra: "El Derecho de los Jueces", lo siguiente:

> *"Esta sentencia es de la mayor importancia por lo menos por tres razones fundamentales: en primer lugar, porque le permitió a la tercera Corte posicionarse frente a la doctrina del precedente: y en tercer lugar, porque mediante esta sentencia se reabre el tema de la vinculatoriedad, ya no del precedente de la jurisdicción constitucional, sino del precedente de la jurisdicción común".*[204]

De tal manera se observa otros antecedentes que tuvo la figura de la extensión de la jurisprudencia de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

SUBSECCIÓN 2. La extensión de la jurisprudencia como posible afectación del sistema de fuentes del Derecho Nacional:

El profesor Fernando Arias García[205] plantea como cuestionamiento en su obra: "*Estudios de Derecho Procesal Administrativo Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso*"[206], si el valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, suponen una alteración al sistema de fuentes de derecho en el proceso contencioso administrativo.

Frente a tal cuestionamiento, el autor llega a cuatro conclusiones, en primer término colige que no hay dicha afectación, basándose en la interpretación que ha hecho la jurisprudencia y frente a la cual coincide del concepto de "imperio de la ley" de tal manera señala:

> *"No se altera el sistema de fuentes del derecho colombiano frente a la implementación del carácter vinculante de las sentencias interpretativas de la de la Corte Constitucional y de unificación emanadas del Consejo de Estado*

[204] LOPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Pg. 73. Legis. Bogotá. 2007.
[205] Docente Investigador USTA Tunja. Juez Noveno Administrativo de Tunja. Magister en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho procesal.
[206] ARIAS GARCÍA, Fernando. *Estudios de Derecho Procesal Administrativo* Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Grupo Editorial Ibañez, Universidad Santo Tomas. Bogotá 2013.

pues el concepto de "imperio de la ley" contenido en el artículo 230 de la C.P., al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, no solo comprende formalmente la norma constitucional y legal, sino la interpretación jurisprudencial de las máximos órganos judiciales."[207]

La segunda conclusión a la que llega este autor, se refiere a la extensión de la jurisprudencia en el procedimiento administrativo, más que a la problemática del sistema de fuentes, señalando que el éxito de esta figura dependerá de lo decantado de los temas frente a los que se haya pronunciado el Consejo de Estado, como se observa a continuación:

"La estructuración de un trámite de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, puede tener una vasta incidencia en la descongestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en la medida en que temas como la reliquidación y reconocimiento de pensiones, prestaciones sociales y salariales, daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, conflicto tributarios o aduaneros, han sido suficientemente decantados por la Jurisprudencia, con lo que se tiene, que si la administración aplica derroteros establecidos por los órganos de cierre de lo contencioso administrativo,, puede evitarse en buena medida que se inicien procesos nuevos. No obstante el éxito de la figura dependerá de la existencia de sentencias de unificación en temas decantados por Consejo de Estado pues la enunciación que de ellas se hace en el art. 270 de la Ley 1437 de 2011es limitada, en comparación a otras normas que delimitaban precedentes como el art. 114 de la Ley 1395 de 2010."[208]

La tercera conclusión a la que llega el doctor Fernando Arias García, es que la consolidación de la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional, no alteran el sistema

[207] Ibídem. Pg. 363.
[208] Ibídem. PP. 363-364.

de fuentes, toda vez que lo que se hace es volver vinculante la interpretación que de la Ley haga la sentencia; en palabras del autor, "volviendo imperiosa la mirada de la ley y no la sentencia entendida como un elemento independiente a lo que interpreta."[209]

Como última conclusión, y de forma aislada al problema de las fuentes, este autor señala:

> *"En un "estado de las cosas" donde el ejecutivo, el legislativo y los medios de comunicación discuten la conveniencia de los fallos judiciales, ejerciendo una indebida presión frente a los operadores judiciales, el precedente pone a salvaguarda a los jueces porque genera un parámetro objetivo de obedecimiento al superior."*

Volviendo al asunto, Augusto Hernández Becerra, plantea como principal punto coyuntural de la entrada en vigencia de esta institución, las interpretaciones exegéticas que pueden hacerse del artículo 230 de la Constitución Política, en la medida en que las mismas deprecarían en concebir los artículos que consagran la extensión de la jurisprudencia como inconstitucionales, como se observa a continuación:

> *Otro punto de controversia surge de la lectura literal y rígida del artículo 230 de la Constitución, en el cual se postula que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, en tanto que las demás fuentes formales de derecho, incluida la jurisprudencia, "criterios auxiliares de la actividad judicial". Los intérpretes exegéticos de la norma estiman, por esta razón, que cualquier grado de sujeción de los jueces a precedentes judiciales colocaría la jurisprudencia al mismo nivel de la ley, contrariando, por tanto, el artículo 230 de la Constitución.* [210]

Frente a este último argumento surge otro debate enorme, sin embargo se puede resumir

[209] Ibídem. P. 364.
[210] HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *La jurisprudencia en el Nuevo Código. En: Memorias Seminario internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Bogotá.* Consejo de Estado. P.p. 237.

como sostiene Augusto Hernández Becerra en que la Corte Constitucional ha venido morigerado la interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política, consolidando una nueva cultura jurídica en torno al precedente, como quedaría expresamente manifestado en las función de unificación de las jurisprudencias, de lo que deriva la vinculatoriedad de los fallos judiciales, es así como se manifestó en el Auto 208 de 1 de Agosto de 2006, Ponente: Jaime Córdoba Triviño, que:

> *"En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante."*

El desarrollo jurisprudencial en esta materia ha sido supremamente amplio como pueden observarse en las siguientes sentencias: C-083/95, T-123/95, C-037/96, T-175/97, T-321/98, T-566/98, SU-047/99, C-836/01, T-698/2004, T-158/06, T-117/07, T-766/08. Como ejemplo podemos citar el siguiente extracto jurisprudencial:

> *"Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas. Por esa razón,*

se ha advertido que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando exponga de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición, de ahí que al juez corresponde la carga argumentativa de la separación del caso resuelto con anterioridad."[211]

En ese sentido se tendría que tal problemática ha sido superada por la jurisprudencia misma y no sería dable argüir en contra del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, que este sea inconstitucional por vulnerar el artículo 230 de la carta política, lo cual hace que se evidencie que la verdadera coyuntura sea la transgresión del artículo 29 de la Carta Política.

Por otro parte, considerando lo contradictorio de incluir una institución del Sistema jurídico de casos, contrariando el sistema de fuentes de derecho, particularmente el artículo 230 de la constitución Política[212], como se anticipó en la referencia que se hizo al citar doctrina en este artículo concretamente en lo relativo a lo dicho por Enrique José Arboleda y Augusto Hernández Becerra, en materia jurisprudencial se tiene que Corte Constitucional ha venido morigerado la interpretación exegética del artículo 230 de la Constitución Política, consolidando una nueva cultura jurídica en torno al precedente, como quedaría expresamente manifestado en las función de unificación de las jurisprudencias, de lo que deriva la vinculatoriedad de los fallos judiciales, es así como se manifestó en el Auto 208 de 1 de Agosto de 2006, con ponencia Jaime Córdoba Triviño, que:

"En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe

[211] Sentencia de Tutela 443 de 15 de junio 2010. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
[212] ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis. Primera Edición. Bogotá. 2011. Pp. 28-29.

comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante." [213] (Subrayado fuera del texto original.)

"(...) Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas. Por esa razón, se ha advertido que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando exponga de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición, de ahí que al juez corresponde la carga argumentativa de la separación del caso resuelto con anterioridad."[214] (Subrayado fuera del texto original.)

El citado profesor Juan Carlos Galindo Vácha, estima, que a pesar de que el texto constitucional colombiano vigente, dispuso que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, lo que en principio podría sugerir que la única fuente del derecho colombiano lo sería la ley, a continuación ordenó existen unos criterios auxiliares de la actividad judicial, léanse otras fuentes del derecho, entre las cuales menciona la equidad, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia.[215]

A su vez, apunta el profesor Galindo Vácha, que la jurisprudencia resulta, en materia administrativa y procesal administrativa, de reconocida importancia como fuente de conocimiento, en tanto que, constituye la interpretación de las normas y de las relaciones

[213] Corte Constitucional. Auto 208 de 1 de Agosto de 2006, Ponente: Jaime Córdoba Triviño
[214] Sentencia de Tutela 443 de 15 de junio 2010. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
[215] GALINDO VACHA, Juan Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2013. P.14.

jurídicas, su alcance y contenido; y permite condensar el pensamiento judicial sobre diferentes aspectos que, muchas veces el legislador, por su naturaleza de creador abstracto de normas jurídicas no tuvo ocasión de tener en cuenta y que van surgiendo de la aplicación práctica en los casos concretos. Agrega que la jurisprudencia, en Francia como en Colombia, ha sido un instrumento de gran valía para el desarrollo de las instituciones procesales administrativas, y para el avance de la legislación en esa materia y del propio derecho administrativo[216]. Seguidamente señala:

> *"De igual modo, los pronunciamientos jurisdiccionales dan luces sobre la hermenéutica de las disposiciones procesales administrativas sobre su aplicación a los casos concretos, lo que ilustrara a los operadores jurídicos para su correcta utilización."*[217]

En relación a la Ley 1437 de 2011, anota el autor seguido, que ésta, confirma el papel trascendente de la jurisprudencia como fuente del derecho y particularmente del derecho procesal. En su concepto, este Código, incorpora el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, plasmado en los artículos 256 y siguientes, que consiste en la posibilidad de acudir en forma extraordinaria a la jurisdicción respecto de sentencias dictadas por los tribunales administrativos, con la finalidad de mantener la unidad de la jurisprudencia, cuando se considere que se ha desconocido los derechos de las partes, se ha aplicado en forma diversa o para reparar los agravios causados a las partes por tales providencias[218]; y a renglón seguido agrega:

> *"Incluso, el Código de 2011 le ha otorgado especial valor a la jurisprudencia en tanto creo un procedimiento para la aplicación extensiva de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Cuando la autoridad administrativa niegue los efectos de la extensión de los efectos de un fallo de unificación o cuando guarde silencio, el interesado puede acudir ante la jurisdicción en un trámite breve y sumario, para que sea el propio Consejo de Estado quien*

[216] Ibídem.
[217] Ibídem.
[218] Ibídem.

ordene la aplicación del pronunciamiento de unificación jurisprudencial a un caso semejante. Este procedimiento que busca descongestionar la administración pública y la jurisdicción de lo contencioso administrativa, reconoce el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho, y del derecho proceso al administrativo en particular.''[219]

Concluye, Juan Carlos Galindo Vácha, que en este caso, las providencias judiciales serán objeto de un pronunciamiento jurisdiccional superior, y darán alcance a los derechos reconocidos en otras providencias judiciales, y si refieren a aspectos del proceso o del debido proceso, se podrán considerar fuente del derecho procesal administrativo.[220]

[219] Ibídem. P.15.
[220] Ibídem.

PARTE II. CONTRADICCIONES DE LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 1437 DE 2011

Empecemos la parte segunda de la investigación, a modo de transición entre las dos partes que conforman están investigación, recapitulando lo expresado hasta el momento: en primera medida se logró identificar las normas que han regulado lo atinente al Derecho Administrativo, inclusive, desde principios de siglo XX; se trajeron elementos del Acto Legislativo 01 de 1984, que incidieron en la Ley 1437 de 2011; de igual forma, se analizó la importancia de la Carta Política de 1991, en la misma.

De otra parte, se recogieron antecedentes tanto de la Ley 1437 de 2011 en general, como del mismísimo artículo 102, en particular. Vimos también, como por medio de la doctrina se explicó el procedimiento señalado en esa norma. A su turno, se pudo recoger diversos conceptos en torno en torno a las Sentencias de Unificación Jurisprudencial, elemento fundamental en la aplicación de este artículo.

De otro lado, de manera incipiente, se plantearon las posibles contradicciones del procedimiento de extensión de jurisprudencia estudiado, con el ordenamiento jurídico nacional, entre los que apareció la afectación, el artículo 230 de la Carta Magna. Debido a ello, se analizó el concepto de Sistema Jurídico, se expusieron las diferencias entre el sistema del precedente Judicial y el codificado y se analizó la importancia del precedente judicial en la formación de ambos sistemas.

Una vez expuesto lo anterior, se revisó el concepto de presente judicial, y se apuntó cual ha sido el valor del precedente constitucional en Colombia. Finalmente, se concluyó la primera parte, con la posición de varios tratadistas sobre la ya referida inconstitucionalidad de la norma por ir en contravía del artículo 230 superior.

Ahora bien, como se anticipó, se dividió esta segunda parte en dos capítulos con los que se pretende, en primer término, confirmar o desestimar la tesis según la cual, el artículo 102 de

la Ley 1437 de 2011, tal y como está dispuesto, supone la asunción de parte de autoridades administrativas, de una función jurisdiccional; y de confirmarse, poderse establecer qué consecuencias podrían deprecarse de esto.

La anterior supone de manera menesterosa, referirse a la teoría de la separación de poderes públicos y a diversos conceptos que ésta lleva aparejados, no sólo para determinar si en efecto se está trasladando, con esta norma, una función jurisdiccional a la administración pública, sino para clarificar si va en contravía de la estructura del Estado, concretamente del artículo 113 de la Constitución Política[221], en razón de la aplicación del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

No obstante, hay que anotar que el estudio de la teoría de la Separación de lo Públicos, no es el objetivo del proyecto, y que pretender analizar su historia, como sus efectos en los Estados modernos, sería un tema completo para otras investigaciones. En este proyecto se pretende analizar solamente su vulneración, en Colombia desde el punto de vista organizacional de la estructura estatal, en virtud al traslado de funciones entre ramas del que ya se ha hablado, de tal manera la aproximación que a continuación se hará a la misma será en estricto estudio del objeto de esta investigación.

De otro lado, es de recordar que se planteó, como una posible consecuencia de este traslado, o inclusive como argumento, para señalar que es efectivo el traslado señalado; que al extender los efectos de la jurisprudencia, las autoridades administrativas, estarán siendo dadoras de justicia, pero al hacerlo, los administrados no cuentan con las mismas garantías

Por lo anterior, esta segunda parte requiere, para entender las tesis planteadas, referirse a conceptos muy propios de la administración de justicia como del debido proceso, la independencia y autonomía judicial, la seguridad jurídica; como otros que permitirán distinguir las funciones que ejerce, como la discrecionalidad administrativa, la diferencia

[221] *Constitución Política. Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.*

entre los actos jurídicos, judiciales y administrativos; lo que estudiara en el segundo capítulo. Para luego entrar a concluir las tesis planteadas. Dicho lo anterior demos paso al primer capítulo.

CAPITULO PRIMERO. Presuntas contradicciones del artículo 102 de la ley 1437 de 2011 con principios de la estructura administrativa del estado.

Para iniciar este capítulo, nuevamente resulta pertinente, recordar algunas de las hipótesis planteadas en la parte inicial de este documento; la primera, aquella según la cual el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, tal y como está dispuesto, supone un traslado de la función jurisdiccional a la rama ejecutiva, considerando, que el deber de las autoridades administrativas de 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, observando con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, de conformidad con la Sentencia C-816 de 2011; causa que la administración decida asuntos, que debieran ser resueltos por rama judicial, en tanto crean derecho.

La segunda de la hipótesis que debemos recordar al iniciar este capítulo, es que la asunción de funciones jurisdiccionales por parte de la administración pública, implica que se ponga en peligro el objetivo que tuvo la Carta Política de 1991, con la inclusión de la separación de funciones y teoría de pesos y contrapesos, en el artículo 113 de la misma.

De tal manera, en este segundo capítulo, la norma previamente citada recobra particular importancia. Recordemos que este artículo señala:

> *Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran*

armónicamente para la realización de sus fines.

Es decir, esta norma, como se advirtió, es la positivización de la teoría de estado: de la separación de poderes públicos. Por lo mismo, desvirtuarlas o confirmarlas implica la referencia a esta teoría, como a algunos de los conceptos relativos a esta.

Por lo anterior, en primer término, se procederá en este Capítulo, a hacer una breve referencia a los orígenes de esta teoría, sin perder de vista, los objetivos de esta investigación. De tal forma se continuará con posiciones doctrinarias, respecto de la importancia de esta teoría en las constituciones de los estados modernos. Posteriormente se pasará a la aplicación de esta teoría en Colombia, donde se revisará diverso material jurisprudencial al respecto.

Como segundo segmento de este capítulo, es oportuno recordar otra de las tesis planteadas; se señaló, que esta norma, más a allá de que la función que este ejerciendo la administración, sea jurisdiccional o ejecutiva, se puede dar la afectación de algunos de los principios de la función pública.

Por lo anterior, y considerando que estos principios, por expresa disposición normativa, imponen un deber sobre la administración de justicia y la administración pública, es menester primero hacer referencia a la administración, como ente, símbolo de la rama ejecutiva, a la diferencia de las funciones que a ésta le atañen con la rama ejecutiva y a esos principios comunes, para el ejecutivo, como para lo judicial, que están en peligro. No obstante, antes de adentrarnos con estos temas, y considerando que ahora nos estamos introduciendo en las dificultades constituciones, legales y de principios jurídicos, que se pueden deprecar del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 respecto del ordenamiento jurídico colombiano, es del caso señalar las que se presentan frente al principio de legalidad, que como se explicará tienen, desde nuestro punto de vista, íntima relación con la tesis planteada y por lo que se evidenciará es del caso, incorporar en este punto de la investigación.

Al respecto, es plausible ver esta dificultad desde dos perspectivas: en primera medida, la que la jurisprudencia y doctrina ha observado, entendiendo al principio de legalidad como uno de los fundamentos de la supremacía legal en que se basa el artículo 230 de la Constitución Política, es decir como otro argumento en el ya superado debate de constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, a la luz de la citada disposición normativa, que como veremos se estudió en la Sentencia C-816 de 2011.

La segunda perspectiva, respecto de la cual podría verse esta problemática, y que en esta tesis se plantea, es el principio de legalidad como un limitante para las autoridades administrativas para el reconocimiento de derechos en vía administrativa, entendiendo al principio de legalidad, como históricamente lo ha hecho la doctrina, de que las autoridades solo pueden hacer lo que expresamente les este permitido, y concibiendo la limitante, en el sentido de que las autoridades administrativas no cuentan, en virtud de ese principio, con las prerrogativas de los funcionarios judiciales, al administrar justicia, pese a que con la extensión de jurisprudencia, precisamente la justicia se está materializando; en virtud, principalmente, de la falta de autonomía, que en cambio le es propia a la función judicial.

De tal manera podemos evidenciar que esta última perspectiva, tiene el mismo fundamento lógico, que la tesis planteada dentro de esta investigación en el sentido de que las autoridades administrativas, no pueden, en virtud de este principio realizar acciones que no le están encomendadas por ley, y de hacerlo en cumplimiento del artículo 102 podrían estar asumiendo funciones jurisdiccionales al reconocer estos derechos, o al apartarse del precedente judicial, yendo en desmedro del debido proceso de los administrados.

Volviendo a la cuestión planteada por la jurisprudencia de si se vulnera el principio de legalidad con la extensión de jurisprudencia conforme el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del 230 de la Carta Política; la Sentencia C- 816de 2011[222] adelantó este

[222] Resulta pertinente citar el siguiente extracto de la Sentencia C - 816 de 2011 en la que se analiza lo atinente al principio de legalidad:
"Por oposición a las fuentes materiales, que determinan el contenido de los preceptos legales, históricamente la doctrina ha entendido las fuentes formales del derecho objetivo como los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, trátese de la legislación, la jurisprudencia o la costumbre. La sujeción del ciudadano y del poder al orden jurídico es condición esencial

análisis; en ésta la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la disposición analizada, que ordena a las autoridades administrativas la extensión de los efectos de

---

de existencia del Estado de Derecho. El derecho legislado, con la Constitución Política como norma de normas en la cúspide del orden jurídico interno, constituye la fuente formal primaria de nuestro sistema de derecho. En tal sentido, la Constitución -art 4, inc 2- dispone: "Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes (...)". Y todas las personas -particulares y servidores públicos- son responsables de su infracción (CP 6, 95).

5.2.2. La primacía de la Legislación como fuente del ordenamiento jurídico, es regla de los estados democráticos y constitucionales que dan prevalencia a las reglas de conducta dictadas por los representantes del Pueblo o el propio Pueblo soberano para regular el poder y la libertad, a través de los procesos legislativos ordinarios o constituyentes, esto es, de la Legislación como principal fuente formal del Derecho.

5.2.3. El poder vinculante de la Legislación, como fuente primaria del derecho, es indiscutible. De este modo, la actuación de las autoridades -para el caso administrativas y judiciales-, se ha de regir por lo dispuesto en las reglas constitucionales, legales o reglamentarias que conforman el sistema jurídico (CP 121 y 123), a cuya cabeza la Constitución ostenta supremacía normativa, goza de eficacia directa y es principio de interpretación de todo el ordenamiento. La Constitución dispone que "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley" (CP, 121).

5.2.4. Específicamente, las autoridades administrativas -como todo servidor público- toman posesión del cargo jurando "cumplir y defender la Constitución" y ejercen sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento" (CP 122 y 123.2). Así, la idea del Estado de Derecho se concreta para la administración en el principio de legalidad, según el cual la actividad administrativa se halla sometida a las normas superiores del ordenamiento jurídico, no pudiendo hacer u omitir sino aquello que le está permitido por la Constitución, la Ley y los Reglamentos pertinentes. La efectividad de tal principio, como deber ser, busca asegurarse a través del control de legalidad, en prevención de actuaciones ilegales o arbitrarias del Poder Ejecutivo o de las autoridades que realizan la función administrativa.

5.2.5. Respecto del poder judicial, la Constitución ha dispuesto el funcionamiento "autónomo" de la administración de justicia y ha instruido a los servidores judiciales que "sus actuaciones son independientes" (CP, art 228). En cuanto a los jueces, la Carta Política repite el mandato superior de subordinación al orden jurídico, disponiendo para ellos que en sus providencias "sólo están sometidos al imperio de la ley" (CP 230). Tal aserto lo reitera el inciso segundo de la misma norma superior, referido a la "jurisprudencia" -junto con la doctrina, la equidad y los principios generales del derecho- como "criterios auxiliares" del ejercicio de la función judicial. Así, la disposición constitucional expresa que la jurisprudencia tiene para los mismos jueces que la producen un valor de fuente auxiliar de su labor de interpretación del derecho, no estando la autoridad jurisdiccional sujeta en principio a las reglas de decisión con base en las cuales otros jueces hayan fallado casos anteriores. En principio, las disposiciones del artículo 230 de la Constitución Política tienen como destinatarios a las autoridades del Poder Judicial, pero son reiteración de enunciados genéricos que sientan el principio de supremacía de la Constitución sobre la ley y cualquiera otra norma (CP, art 4), la obligación para toda persona de cumplimiento de la Constitución y la ley (CP, art 95, inc 3) o la sujeción de todo servidor público a la Constitución, la ley o el reglamento en el ejercicio de sus funciones (CP, art 123, inc 2).

5.2.6. En suma, la Constitución Política está disponiendo que, en el orden jurídico, la Ley ocupa el lugar preeminente del sistema de fuentes del derecho en todos los ámbitos de su aplicación, entendida en su acepción genérica y más comprensiva de derecho legislado y escrito, a cuya cabeza se halla la propia Constitución como Ley Superior.

5.2.7. Con fundamento en lo anterior, el demandante insiste en que el deber constitucional de las autoridades administrativas de ejercer sus funciones con arreglo a lo previsto "en la Constitución, la ley o el reglamento" (CP 123.2), se opone a la posibilidad de reconocerle obligatoriedad a la jurisprudencia. En otras palabras, que sus actuaciones relativas al reconocimiento de derechos a los administrados no han de estar regidas por decisiones judiciales precedentes -criterio auxiliar-, así lo haya ordenado por el Legislador en los términos del artículo 102 de la Ley 1427/11 demandado, en virtud de la primacía de la Ley como fuente del derecho.

Con todo, existen otros principios relevantes para ser considerados en el presente juicio de constitucionalidad, y entre ellos, la igualdad."

sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, a las personas solicitantes que se hallen en la misma situación jurídica en ella decidida, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, las autoridades administrativas solo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución y la ley en la forma allí prevista. De la misma manera, la función administrativa tiene como fin el servicio de los intereses generales y se adelanta con fundamento en reglas de igualdad, además de otras, que implica un deber de trato igualitario a las personas en la protección y reconocimiento de sus derechos. En virtud de ello, tanto la extensión administrativa de las sentencias de unificación, dispuesta en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, norma demandada; como la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos o herramientas puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas.

Por lo anterior, la orden legal de aplicación de mecanismos de adjudicación igualitaria del derecho, como la extensión de los efectos de sentencias de unificación, encuentran un primer fundamento constitucional en el deber administrativo de asegurar igualdad de las personas ante la ley, es decir el artículo 13 de la Carta Política.

En segundo lugar, al señalar la Ley 1437 de 2011, para las autoridades administrativas, el deber de extender las sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, se exige a su vez, que tales autoridades procedan a la aplicación de tales precedentes jurisprudenciales, en desarrollo además del principio de igualdad, en cumplimiento del propio principio de legalidad, al dar acatamiento a la voluntad del Legislador.

Lo anterior máxime la condición dada a las altas cortes de *"máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria", de "tribunal supremo de lo contencioso administrativo", de "guarda de la integridad y supremacía de la Constitución"* de la cual emana el deber de unificar la jurisprudencia en las respectivas jurisdicciones, del cual emerge la prerrogativa de conferirle a su jurisprudencia un carácter vinculante. Es decir que, la citada fuerza

vinculante, es un atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial dentro de su jurisdicción.

En tercer lugar, el mandato de extensión jurisprudencial, dispuesto en el artículo 102 de la Ley 1437, no desconoce la preeminencia de la Legislación como fuente de derecho para ejercer su función conforme a la Ley, en tanto que la autoridad administrativa puede abstenerse de aplicar el precedente contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado y negarse a la extensión de tal jurisprudencia de conformidad con la ley, apartamiento administrativo que tendrá que ser expreso y razonado, figura a la que nos referiremos con posterioridad.

Es pertinente tener en cuenta que sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, como órganos de cierre de las jurisdicciones, se le asigna fuerza vinculante y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la facultad interpretativa de los funcionarios judiciales no lleva a la completa negación del la autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por ello, como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la posibilidad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previa argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial

En cuanto a la doctrina, el doctor Juan Carlos Garzón Martínez[223] se refiere también a la sujeción del principio de legalidad por parte de la autoridades administrativas en aplicación de la figura de la extensión de jurisprudencia dentro de su artículo: "*La extensión de la jurisprudencia como expresión del principio de legalidad de la actuación administrativa*"

[223] Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Especializaciones en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y de Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, 1990. Maestría en Derecho, Universidad Nacional. Participó en el curso sobre "Dimensión jurídica de la integración política y económica" en la Escuela Judicial de Barcelona, España. Actualmente es candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado litigante, funcionario de la Rama Ejecutiva. Actualmente Magistrado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y catedrático universitario, facilitador de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

anotando:

> *"d) La vinculación de la administración al principio de legalidad:*
>
> *La discusión se centra en definir si rige el principio de legalidad en sentido estricto, o por el contrario comprende un sentido amplio de juridicidad.*
> *El principio de legalidad se concreta en dos exigencias: supremacía legal (el necesario sometimiento de las demás normas y de la actuación administrativa a las prescripciones formuladas por el legislador) y reserva de ley (la regulación de una serie de materias por el legislador; y en concreto la existencia de una autorización legal de la actuación administrativa).*
>
> *La interpretación de la amplitud de la "reserva de ley" dividió la doctrina alemana: Por un lado se defendía la existencia de una norma habilitadora con rango legal, para cada actuación administrativa. Por otro lado (Merkl) abogó por la exigencia de una norma habilitadora previa para las acciones de la administración, sin dar importancia a su rango; creando el denominado principio de juridicidad.*
>
> *De ahí la aceptación del principio de legalidad en sentido amplio, para entenderlo no solamente como la exigencia de una habilitación normativa previa, sino como la sujeción de la administración al ordenamiento jurídico general.*
>
> *En este orden de ideas el principio de legalidad se traduce en la obligación general de cumplir el ordenamiento jurídico."*[224]

Este mismo se observa en el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del diez de diciembre de 2013, con ponencia del doctor William Zambrano Cetina, en el que se

[224] https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/21juan-carlos-garzon-m.pdf

hizo referencia a este tópico dentro del título: "*La vinculación de la administración a la jurisprudencia del consejo de estado como expresión del principio de legalidad."* En el que se señaló:

> *"Una cuestión que surge de la presente consulta es la relativa al grado de vinculación de la Administración a la Jurisprudencia de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Dicho de otra manera, surge la cuestión de hasta qué punto las autoridades pueden resolver los asuntos administrativos a su cargo y las conciliaciones en las que participan sin tener en cuenta la interpretación normativa fijada para el Consejo de Estado especialmente cuando esta última es pública, clara e inequívoca o reiterada, o es resultado de un mecanismo de unificación jurisprudencial. AI respecto se observa lo siguiente.*
>
> *Inicialmente la jurisprudencia se había ocupado de analizar, en el contexto del principio de autonomía judicial (artículo 230 C p), el deber de los Jueces y tribunales de seguir los precedentes fijados por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, en orden a garantizar que la unificación jurisprudencial cumpliera sus fines dentro del aparato Judicial frente a esa cuestión la jurisprudencia ha sido uniforme y reiterada al señalar que existe un deber de los órganos judiciales de seguir el precedente vertical y horizontal y que la posibilidad de separarse del mismo solo es posible cuando (i) se trata de un caso diferente o (ii) se hace necesario aplicar una regla interpretativa distinta can la que se garanticen mejor los derechos, principios y valores constitucionales (con lo cual se garantiza el carácter dinámico de la jurisprudencia); (iii) en cualquier caso, recae sobre el juez una fuerte carga de contra-argumentación, la cual debe ser seria, razonada y suficiente."*

Seguidamente continua la Sala de Consulta y Servicio Civil explicando cómo, en el escenario de la revisión de constitucionalidad del nuevo código de procedimiento

administrativo y de lo contencioso administrativo, el deber de seguir el precedente judicial que históricamente recayó sobre los jueces, con recientes fallos de la Corte Constitucional, ha venido a convertirse en deber de las autoridades administrativas, considerando que sobre las mismas recaen los mismos principios de seguridad jurídica e igualdad, como se observa a continuación:

> *"Aun cuando al estudiar esa materia se habían hecho algunas alusiones generales respecto a que el deber de seguir el precedente judicial también se extendía a las autoridades administrativas, en la medida en que estas no eran ajenas a los principios constitucionales de Igualdad y seguridad Jurídica, el asunto en relación con ellas solo vino a tratarse de manera directa a partir de la sentencia C-539 de 2011, en la que se revisó la constitucionalidad del artículo 114de la ley 1395 de 2010. La línea jurisprudencial fijada en dicha sentencia se desarrollaría y ratificaría en las sentencias C-634 Y C 816 de 2011 y C-588 de 2012 a partir de la revisión de constitucionalidad de los artículos 10, 102 Y 269 del CPACA respectivamente."*

Dicho esto, el Consejo de Estado, entra a detallar el cambio en la interpretación del concepto de principio de legalidad, que estos pronunciamientos jurisprudenciales han causado, de tal manera colige ya no entender el principio de legalidad como el respeto solo a la ley, sino, de manera sistemática, a todo el ordenamiento. A renglón seguido continúa señalando:

> *"En estas providencias se hace evidente la evolución del principio de legalidad, que en su concepción clásica hacia énfasis en la sujeción formal de la Administración a la ley y que actualmente está referido a la observancia de la totalidad del ordenamiento Jurídico, en cuyo vértice se encuentra la Constitución Política; así, no es un simple cambio lingüístico que el nuevo CPACA se refiera de forma expresa a la sujeción de las autoridades a "la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico" (artículo 1) en remplazo de las formulas clásicas que utilizaba el Decreto 01 de 1984 cuando*

establecía que el procedimiento administrativo tenía por objeto el cumplimiento de los fines estatales como lo señalan las leyes y la protección de los derechos económicos en la ley (artículo 2).

Se entiende entonces que el principio de legalidad es mucho más amplio que la simple sujeción a la ley comprende el sometimiento de las autoridades a la totalidad del ordenamiento jurídico. Incluidas no sólo la ley y las disposiciones infra-legales, sino por sobre todo la Constitución misma, con sus reglas, valores principios y derechos:

(…)

De manera que en ese nuevo entendimiento del principio de legalidad, las autoridades administrativas están sujetas también a la Interpretación que de las normas aplicables al caso hacen los órganos de cierre de cada Jurisdicción lo cual asegura la validez de sus decisiones y la plena efectividad de los derechos a la Igualdad ya la seguridad jurídica:

Luego, habiendo hecho la claridad de que la sujeción ya no es estrictamente a la Ley, sino al ordenamiento jurídico general, como se había anticipado en el artículo del doctor Juan Carlos Garzón Martínez se dictan una serie de reglas respecto de la sujeción de las Autoridades Administrativas a los fallos de las altas cortes[225]. De lo anterior, podemos que colegir lo siguiente:

[225] *Con base en este entendimiento del principia de legalidad administrativa, la jurisprudencia constitucional ha derivado varias reglas sobre la sujeción de la Administración a la jurisprudencia de los órganos de cierre. En lo que se refiere a esta consulta se destacan las siguientes:*
(i) Las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en las que se han interpretado las normas aplicables al caso concreto.
(ii) EI deber de observar las interpretaciones hechas por la Corte Constitucional Y por el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, forma parte del debido proceso y del principio de legalidad al que se encuentran sujetas las autoridades administrativas; por tanto, su inobservancia afecta directamente la validez de las decisiones administrativas.
(III) EI deber de motivación adecuada de los actos administrativos (artículos 29 C P y 42 CPACA) conlleva para las autoridades administrativas la obligación de considerar expresamente no solo la normatividad aplicable al caso concreto, sino también la jurisprudencia de los orgarnos de cierre en que dichas normas se han interpretado.

La problemática o debate alguna vez planteado por la jurisprudencia y la doctrina, entre el principio de legalidad y la extensión de los efectos de la jurisprudencia por parte de autoridades administrativas, fue resuelto cambiando, o más bien dando claridad respecto de la manera de entender el concepto de principio de legalidad.

Se observó entonces que, del concepto de sujeción a la ley, se pasó al concepto de sujeción a todo el ordenamiento jurídico, entendiendo en éste la jurisprudencia de las altas cortes; de tal manera quedó, resuelto el problema ontológico de incluir la figura de extensión de jurisprudencia, precisamente considerando entre otras cosas el principio de legalidad como sujeción, estricta y forma a la ley, como pilar de este sistema jurídico.

No obstante lo anterior, también queda como conclusión, por lo menos en consideración de quien escribe, que es plausible otro punto de vista, que como dijimos crearía otra problemática en relación con este principio, y que no se resuelve con el cambio en el concepto; pues más allá de que la sujeción deba ser entendida respecto de todos los elementos que componen el ordenamiento jurídico, resulta al menos factible, considerar que la autoridad administrativa, en acatamiento del principio de legalidad, quede

---

(IV) Las autoridades administrativas no pueden invocar el principio de autonomía judicial del artículo 230 de la Constitución Política para defender una facultad de autonomía interpretativa de las normas; por tanto, en su caso, la vinculación a las sentencias de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y contencioso administrativo es aún más estricta de lo que lo es para los propios Jueces.

(v) La posibilidad de apartamiento del precedente judicial para las autoridades administrativas solo procede de manera excepcional y exige una carga rigurosa de argumentación que debe ser suficiente y motivada

(VI) En los casos en que aún no exista una interpretación aplicable al asunto o de que existan interpretaciones judiciales disimiles que no han sido unificadas, la Administración está obligada en todo caso a optar de manera motivada por la interpretación que mejor desarrolle los principios y valores constitucionales y la protección de los derechos reconocidos a las personas:

En síntesis, el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está delimitado a su vez par la Interpretación de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones en relación con la normatividad aplicable al caso concreto, lo cual incide también en la reducción de su discrecionalidad.

Por tanto como a la Administración no le es aplicable el principio de autonomía Judicial (artículo 230 CP) según ya se señaló, le resultará aún más exigente la carga de argumentación cuando pretenda apartarse del precedente judicial. En consecuencia, no se trata de una simple regla de opinabilidad administrativa sobre el precedente judicial aplicable y, por tanto, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte valida "deberá demostrarse que esa opción es <u>imperiosa</u>, en tanto concurren razones <u>sustantivas y suficientes</u> para adoptar esta postura en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable" (subrayado del texto original)

restringida, respecto de la extensión de los efectos de jurisprudencia, ya sea cuando decide extender la jurisprudencia, como cuando decide apartarse de ésta, toda vez que no cuenta con las prerrogativas, que al administrar justicia se tienen, concretamente la autonomía judicial, debiendo sujetarse de manera mucho estricta al precedente.

La respuesta a esta esta disyuntiva, queda imbuida en las conclusiones que se hagan cuando descarte o confirmen las hipótesis planteadas en esta tesis, pues de conformidad con lo dicho, la afectación al debido proceso por el presunto traslado de la función judicial a la administrativo con ocasión de esta figura, devendría también de la contradicción planteada entre lo consignado en el artículo 102 y el principio de legalidad.

Sección A. Posiciones doctrinarias respecto de los orígenes de la teoría de la separación de los poderes públicos.

El nacimiento de la separación de funciones del Estado, como una teoría, se causa no en un momento en particular sino que evoluciona, desde las ideas políticas de la Grecia antigua hasta convertirse en una de los Estados modernos y democráticos, como lo afirma el mismo Aristóteles en su obra "*La Política*", citado por Vladimiro Naranjo Mesa:

> "*En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultara bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial*".[226]

[226]NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá. Editorial Temis S. A. 2003. P. 246.

El doctor Vladimiro Naranjo, explica lo que Aristóteles denomina "*partes*", anotando que corresponden a las modernas funciones así: los órganos deliberativos son el poder legislativo, los órganos de magistratura son el poder ejecutivo y los tribunales son el poder judicial. Esta incipiente aproximación nos permite comprender el origen de la teoría que tememos pueda servulnerada dentro de nuestra investigación.

Modernamente, encontramos el desarrollo de la teoría de Aristóteles, primero en John Locke, en su obra: "*Ensayo sobre el Gobierno Civil*" como lo explica el doctrinante colombiano Enrique Ibáñez Najar:

> *"(…) quien distinguió tres potestades del Estado a las cuales debían someterse los hombres libres, de las que surgen las tres funciones públicas esenciales y con ellas los poderes del Estado, a saber: el legislativo, para fijar establecer y promulgar la ley; el judicial para resolver los litigios mediante aquellas leyes y el ejecutivo para hacer ejecutar tanto las leyes como las decisiones de los jueces rectos e imparciales, así como conservar el orden y la seguridad de la comunidad".*[227]

Se observa entonces la fijación de tres poderes públicos, dentro de ellos el judicial, el que tiene como característica esencial o propósito la resolución de los conflictos, en esa medida la institución reiterada, constituye un traslado de funciones, pues la administración al tener que extender la jurisprudencia resuelve los conflictos de los particulares.

Debemos tener en cuenta en esta presentación que la teoría de Locke no es interpretada de forma unánime por todos los doctrinantes, consideremos la opinión que de este tiene Jellinek:

> *"La teoría de Locke, por importante que haya sido para la doctrina del Estado democrático, singularmente a causa de su influjo en la ley constitucional*

[227] IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Las funciones Públicas y la Estructura del Estado para cumplirlas. Bogotá. Justicia y Desarrollo Sostenible Ltda. 2006. P. 31.

americana, no rompe en modo alguno con la antigua concepción del rey al apoyarse completamente en las bases de la teoría de la soberanía del pueblo.

(...) El rey posee además toda iura majestica tal como hablaba de ello la teoría, desde la época de Bodino y Hobbes, y a pesar de su obediencia y subordinación a la ley se le ha de considerar como el órgano supremo del Estado, como el soberano."[228]

Jellinek, empieza a referirse posteriormente a Montesquieu, quien intentará entonces darle una valor superior a sus postulados que a los de Locke, a pesar de haberse basado en este.

"A pesar de haberse inspirado en las concepciones de algunos autores anteriores, fue Montesquieu el primero que hizo dar un paso decisivo a la teoría de que venimos ocupándonos, por cuanto no solo diferencia, como había acontecido hasta entonces a menudo, las funciones objetivas del Estado conforme a las Constituciones existentes, sino que quiere atribuir aquellas a órganos separados entre sí. Hay en todo Estado tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El segundo aparece en Montesquieu en lugar del que Locke había llamado federativo, y representaba por tanto, la actividad del Estado."[229]

Anotemos, que como hemos observado en las anteriores citas, la separación de funciones, ha sido el resultado de un largo proceso teórico evolutivo el cual ha influenciado gran parte de la estructura de los Estados modernos, que se fundamenta en un sistema de pesos y contrapesos así como en una colaboración armónica entre las ramas del poder público, en aras de limitar el ejercicio abusivo por parte de las mismas, garantizando un ejercicio democrático de las diferentes funciones de la actividad Estatal, cuestión que es confirmada por Jellinek a continuación:

[228]JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Buenos Aires. Euros Editores S.R.L. 2005. pp. 734-735
[229]Ibídem. P.p. 735-736

"La teoría constitucional franco-americana ha visto en la separación de las funciones formales la garantía más firme del ejercicio legal del poder del Estado, y por tanto, la seguridad de la libertad política de los ciudadanos. Los poderes independientes forman entre sí, al propio tiempo, una red que enlaza unos con otros, influyéndose mutuamente como reguladores. "[230]

"La formación normal de las funciones formales debe, por tanto, llevar en si un sistema de checks and balances, que se propone impedir a los poderes particulares rebasar su esfera legal. Esta fórmula abstracta, al igual de otras muchas, solo tiene valor dentro de ciertos límites. Vale, sobre todo, cuando se trata de separar la justicia y la administración; pero si se otorga, como sucede, por ejemplo, en América, un derecho ilimitado al juez, para comprobar si la ley concuerda materialmente con la Constitución, lo que allí no es sino una consecuencia del "principio de división de poderes", entonces la experiencia enseña que la actividad legislativa, en muchos puntos importantes, puede reducirse a la inacción."[231]

En otros autores como Jorge Ulises Carmona Tinoco, podemos encontrar la alusión a otro principio, que constituye parte fundamental para la separación de funciones y que posteriormente se explicará, para ello este autor citando a otro autor anota:

"*Felipe Tena Ramírez opina que en el caso de Aristóteles la distinción entre la asamblea deliberante, el grupo de magistrados y el cuerpo judicial obedecía a una cuestión de especialización de funciones o un tipo de división de trabajo, en cambio para Locke y Montesquieu la separación pretendía contener el posible exceso de poder en algún órgano en detrimento de la libertad de individuos."*[232]

[230] JELLINEK, Ob. cit. 749-750.
[231] Ibídem.
[232] CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La división de Poderes y la Función Jurisdiccional. In. Revista. México D.F. Revista Latinoamericana de Derecho. Año IV, núm. 7-8. 2007. pp. 175-211.

Como observamos, se trata del sistema de pesos y contrapesos. El cual aparece como una necesidad advertida por el mismo Montesquieu:

> "*cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en una misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad, falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente"*[233].

Se encuentra la necesidad del sistema de pesos y contrapesos en la protección a la libertad de los ciudadanos, como un impedimento a la actividad despótica de quien detenta el poder, al respecto Carmona Tinoco escribe:

> *"No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está el Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos; como que el juez seria legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.*
>
> *(...) Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes y el de juzgar o los pleitos entre particulares.*
>
> *Respecto al Poder Judicial el Barón de Montesquieu no solo postulo su separación del resto de los poderes, sino que declaro que el Legislativo, se encontraba sobre los tribunales ordinarios y que de los tres poderes el de juzgar es casi nulo.*
>
> *La forma en que el Barón de Montesquieu concebía la función judicial quedo condensada en la lapidaria frase: "los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos la boca de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma."*[234]

[233] Ibídem.
[234] Ibídem.

SUBSECCION 1 La teoría de la separación de poderes públicos, en las constituciones políticas de los Estados modernos.

Terminemos esta introducción a la teoría de la separación de los poderes públicos, refiriéndonos a su importancia sobre las plasmación en las Constituciones Políticas de los Estados modernos. Al respecto, ensena el jurista Santiago Muñoz Machado[235] que la separación de poderes y la garantía de derechos, son bases filosóficas de las Constituciones de los Modernos, de tal manera recuerda que el artículo 16 de la Declaración de Derechos del hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789 estatuyo que toda sociedad que no asegure la garantía de los derechos, ni determine la separación de los poderes no tiene constitución. Considera este autor al respecto, que es acertado decir que de tales dos elementos depende el carácter de un Estado y la posición que en él tienen los ciudadanos, asimismo, apunta que las soluciones que sobre ambos extremos adoptaron las primeras constituciones, están inmediatamente vinculadas a las posiciones ideológicas que triunfan con las dos grandes revoluciones de finales de siglo XVIII: la americana y la francés, y ambas, a su vez, son tributarias de elaboración filosóficas que son sustancialmente comunes.[236]

De tal manera empieza señalando que fundamentada la sociedad civil, fue preciso organizar un gobierno que se expresará, por lo menos, a través de una función legislativa, otra judicial y otra coactiva, de conformidad fue traída la teoría de la división de poderes, expuesta en los parágrafos 143 a 148 del Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Señala que el legislativo aparece descrito con bastante precisión, tiene que limitarse a proveer el bien público de la sociedad; apunta que las leyes han de conformarse con las de la naturaleza, además de ser, generales y abstractas, no particulares, ni arbitrarias. A su turno señala que el legislativo no puede entregar a otro el poder de hacer las leyes ni asumir la función de juzgar, lo que dice se logra mediante la separación de poderes. Además anota que, el legislativo hace leyes en poco tiempo y para siempre. Por eso necesita tener al lado un

[235] Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.
[236] MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho. Tercera edición. Iustel Portal Derecho S.A. Madrid. 2011. P.P. 433-434.

poder que se ocupe permanentemente de su ejecución. Siendo esa la función única del ejecutivo, de acuerdo a Locke, según anota, y que por ello, necesita idear, un poder federativo, que se ocupe de la paz y la guerra, las ligas y las alianzas. De tal manera, explica Muñoz Machado, que para Locke, esto más que un poder, son dos funciones de una misma entidad.[237]

Seguidamente, anota el autor citado, que en la consideración de Locke, es llamativo que no se describe un poder judicial, toda vez que el poder legislativo y el judicial aparecen confundidos, siendo la misma función, se trata de hacer derecho, por lo que el poder, en ambos casos, tiene el mismo contenido; frente a esto cita el siguiente apartado, contenido el parágrafo 89 del Tratado:

> *"Lo que saca a los hombres de estado de naturaleza y los pone en un Estado es el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado, y dicho juez es la legislatura, o el magistrado nombrado por ella."*[238]

A renglón seguido, explica Santiago Muñoz Machado, que fijados los poderes y funciones, Locke se ocupa de recuperar ideas del gobierno mixto, para señalar algunas fórmulas que deben servir para equilibrarlos y contrapesarlos: la convocatoria de la Asamblea por el ejecutivo; la determinación de que aquella sólo se reúna de forma ocasional; la posibilidad de que el Rey haga uso de sus prerrogativas de regular en determinadas ocasiones… etc.; pero exalta, que lo importante en la obra de Locke, no sólo se teoriza sobre la idea de separación sobre la necesidad del ejercicio contrapesado y equilibrado del poder, elemento éste de la teoría de la separación sobre el que expone, profundizara Montesquieu.[239]

Luego, señala este tratadista, que en la filosofía política inglesa, aparecerían importantes aportes sobre la necesidad del gobierno mixto que era la parte de la teoría de Locke que

[237] Ibídem. P.P. 440-441.
[238] Ibídem. P. 441.
[239] Ibídem.

había tenido menos aceptación práctica; en contraposición, a sus tesis sobre la propiedad o su refutación de Filmer, sobre la monarquía absoluta de derecho divino, habían tenido éxito inmediato. Expone que incluso la recuperación de los poderes del monarca frente al parlamento, en los años centrales del siglo XVIII, hacen especialmente relevantes los aportes de William Blackstone, en sus influyentes Commentaries on the laws of England, publicados en 1756 y 1769. Señala Muñoz Machado, que para Blackstone, lo esencial de la Constitución británica, es su carácter mixto, ya que combina la monarquía, la aristocracia y la democracia; residiendo la soberanía en el parlamento y asegurando esto que las leyes tengan siempre como norte el bien del pueblo y puedan combinar los intereses del Rey, los lores y los comunes.[240]

De acuerdo al doctrinante Santiago Muñoz Machado, Blackstone expone en su obra la división de los poderes inglesa en términos que influirán claramente en Montesquieu: el poder judicial se atribuye a órganos independientes del ejecutivo, pero no del legislativo; lo determinante es que el legislativo estuviera separado del ejecutivo y este último del judicial; además sostiene, que según Blackstone, en todos los gobiernos tiránicos el poder de hacer y ejecutar las leyes reside en el mismo hombre o en un mismo cuerpo de hombres, y allí en donde ambos poderes están unidos la libertad política no puede existir.[241]

No obstante, agrega el autor estudiado, que la exposición depurada y finales de la organización equilibrada del gobierno mediante poderes contrapesados y coordinados corresponde a la obra de Montesquieu, en el capítulo VI del libro II de *El espíritu de las leyes*, denominado *De la Constitución de Inglaterra*. Pero dice, Montesquieu saca sus ideas de los frenos y contrapesos de la experiencia de su visita a Inglaterra durante 1729 y 1732, no parece que lo que él describe fuera verdaderamente el sistema política que estaba consolidado en la Inglaterra de su tiempo, en la que el Parlamento había recuperado mucho poder y se había consolidado el gobierno de gabinete, sobre todo con la llegada al poder de Robert Walpole.[242]

[240]Ibídem.
[241] Ibídem. P. 442.
[242] Ibídem.

Expone además, que la separación de poderes es una herramienta para la defensa de la libertad frente al despotismo, lo que se evidencia en El Espíritu de la Leyes, en el Libro XI cuando señala, que para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder.[243]

A su turno, recuerda Santiago Muñoz Machado, que en el famoso Capítulo VI del Libro XI de la obra previamente señalada, se describen tres poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Señala que cada poder tiene una función característica, pero ningún poder monopoliza la función que se le atribuye. Anota, que al menos parcialmente, cada poder puede intervenir en una función distinta de la suya propia, siendo esta beneficioso.[244]

De otro lado, explica el autor estudiado, que de esta separación resultan un conjunto de frenos y contrapesos que unos poderes reciben de los otros, de acuerdo a Muñoz Machado Montesquieu no hace un catálogo de todas las combinaciones posibles, a pesar de que muchos autores se han ocupado de teorizar sobre ellas. Agrega, que según este autor, el poder legislativo no tiene que disponer de la facultad de contener al poder ejecutivo, pues es inútil limitar la ejecución que tiene sus límites por naturaleza, aunque, según Muñoz Machado, sí reconoce al poder legislativo facultades generales de supervisión y control, mientras entiende el autor que seguimos que para Montesquieu, el legislativo, está compuesto de dos partes, de modo que su acción siempre podrá compensarse, aunque ello no tiene por qué ocurrir sino cuando resulta imprescindible.[245]

Sostiene además, que en esta obra se propone para el ejecutivo, una fórmula que habrá de tener extraordinario éxito y desarrollo en la gran reorganización de la Administración contemporánea que propicia el Estado constitucional, pues como el legislativo, tienen que adscribirse a órganos permanentes, pero así como las cosas que corresponden al legislativo se ordenan mejor por varios que por uno solo, el ejecutivo debe corresponder al monarca

[243] Ibídem.
[244] Ibídem.
[245] Ibídem. P.P. 442-443.

porque esta parte del gobierno, que necesita casi siempre de una acción rápida, está mejor administrada por una sola persona que por varias.[246]

Explica Muñoz Machado, que la función legislativa la podría ejercer directamente el pueblo pero habida cuenta de su incapacidad para decidir sobre asuntos relevantes para la comunidad, es mejor que actúe a través de representantes en la Asamblea.[247]

Cabe también señalar dentro de la aproximación que hace el profesor Santiago Muñoz Machado en el análisis que hace de la separación de la función legislativa y judicial de acuerdo a Montesquieu lo siguiente:

> *"La separación que propone entre el legislativo y el judicial es total. Las excepciones que admite son la existencia de un fueron especial para los nobles, las facultades de indulto o de amnistía y a la facultad de las Asambleas de conocer de los delitos políticos."*[248]

De tal manera concluye señalando que respecto de los órganos que deben ejercer cada uno de estos poderes establece que el poder judicial no tiene que ser atribuido a ningún órgano del Estado que se ocupe de modo permanente de su ejercicio, y no debe atribuirse a ningún senado permanente sino a personas del pueblo nombradas en ciertas épocas del año y solo para el tiempo imprescindible, con esto, dice Muñoz Machado, Montesquieu persigue que el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se haga invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión, y se convierte simplemente en el instrumento que pronuncia las palabras de la ley.[249]

[246] Ibídem. P. 443.
[247] Ibídem. P.444.
[248] Ibídem. P. 443.
[249] Ibídem.

SUBSECCION 2. Teoría de la separación de funciones públicas en Colombia.

Esta Sección, perentoriamente debe iniciar con la citación del artículo 3 de la Carta Política, esto es así porque al tener que referirnos a las funciones del estado, concretamente a la función judicial o jurisdiccional y a la función administrativa o ejecutiva, tenemos que hacer mención de donde provienen estas; de tal manera la mencionada norma dispone:

> *"Constitución Política. Artículo 3°. "La soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio d sus representantes, en los términos que la Constitución establece".*

El citado artículo 3°, señala que de la soberanía deviene el poder público y que es sobre el pueblo sobre quien recae esa soberanía, no obstante también dispone, que el pueblo la ejerce directa o por medio de sus represente en los términos de la misma Carta Política.

De acuerdo, el doctor Oscar Aníbal Giraldo Castaño[250], lo anterior supone, que los poderes que establece la Constitución no son los supremos, no son originarios, sino que son poderes subordinados al Superior o Soberano, por quien fueron creados o constituidos, de quien reciben sus facultados, las cuales solamente son ejercitables válidamente en tanto se sometan a las decisiones de dicho soberano contenidas en las normas constitucionales, de las cuales deriva su existencia y en la cuales encuentran fundamento las funciones que es que le están asignando.

De tal suerte, estima este autor, que este artículo 3° debe relacionarse con el artículo 113 de la Carta Política, que claramente distinga como ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial además de otras disposiciones.

De tal manera se encuentra como actividades estatales, la función jurisdicción y la

[250] GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal. Derecho Administrativo General. Octava Edición. Señal Editora. Medellín 2010. PP. 15 y Ss.

administrativa que son las que en esta investigación nos conciernen, en tanto se plantea un posible traslado de competencia, inconveniente además, de la función administrativa a la otra.

En relación la función jurisdiccional el citado doctor Giraldo Castaño, señala:

> *"La función jurisdiccional tiene por objeto la comprobación con fuerza de verdad legal, de la existencia, extensión o violación de un derecho. Esa fuerza de verdad legal es lo que se llama la cosa juzgada, característica del acto jurisdiccional."*[251]

En cuanto a la actividad administrativa, el austriaco Adolfo Merkl, expone en su obra: "Teoría General del Derecho administrativo:

> *"el concepto de administración es el resultado de una sustracción, en el que el minuendo lo constituye la suma de las actividades del Estado y el sustraendo la suma de legislación y justicia"*
> *(...)*
> *La administración es aquella de actividad del Estado que no es legislación ni justicia*
> *(...)*
> *Todas las variantes en la determinación del concepto de administración coinciden, sin embargo, en que la presentan como aquel residuo que una vez eliminada resulta al desglosar el complejo de la total actividad del Estado, la legislativa y la judicial. Todas las nuevas concepciones viables de la administración tiene además de común que la determinan, expresamente, de una manera mediata y negativa; el concepto de administración es el resultado de una sustracción, en el que el minuendo lo constituyen la suma de las actividades y el sustraendo la suma de legislación y justicia."*[252]

[251] Ibídem. P. 17.
[252] MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. México, Editora Nacional. 1975 pág. 12.

Las anteriores definiciones si bien aclaran los conceptos, no resuelven el problema de deslinde de lo que es la actividad administrativa; esto considerando que como bien lo señala el doctor Giraldo hay dos criterios para ello, el real o material, que califica la actividad por su contenido, y el orgánico o subjetivo, que la califica teniendo en cuento el órgano de donde proviene. Siendo el segundo criterio, el que se aplica en Colombia, y no obstante el artículo 113 no define las funciones, enumera, como ya se dijo, las ramas del poder y enuncia los órganos respectivos.

De tal suerte, cada órgano cumple la función que le es propia, salvo las siguientes excepciones:

Todo acto de la rama judicial se considera propio de esa función, salvo los nombramientos realizados fuera de proceso y otros actos relacionados con el manejo de personal, los cuales son actos administrativos.

Asimismo, recuerda el doctor Giraldo Castaño, que la rama judicial, cumple función legislativa, cuando las altas cortes, presentan proyectos de ley, de conformidad con el artículo 156 de la Constitución Política[253].

Por su parte, todo acto del legislativo, encabezado por el Congreso es legislación, aunque por su contenido material no implique formulación de una norma jurídica. Excepcionalmente cumple función administrativa en el caso de nombramientos, y judicial, cuando juzga a los altos funcionarios del Estado.

> ***ARTICULO 174.*** *Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia,*

[253] Constitución Política. Artículo 156. *La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones.*

del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.

ARTICULO 175. *En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:*

1. El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida.

2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes

(…)

ARTICULO 178. *La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:*

(…)

3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del

Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.

En cuanto al ejecutivo, este cumple funciones legislativas en los eventos en que dicta decretos en ejercicio de las facultades que les otorga el artículo 150 en el numeral 10[254]; las relativas a los estados de excepción señaladas en el Capítulo 6 de la Carta Política[255]; y del artículo 341, en la parte final del inciso tercero.[256] La constitucionalidad de tales decretos

---

[254] Constitución Política de Colombia. Artículo 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
(…)
10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.
Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

[255] *Constitución Política. CAPITULO 6. DE LOS ESTADOS DE EXCEPCION*
ARTICULO 212. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.
La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.
Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.
Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.
ARTICULO 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.
Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.
Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.
Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.
En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

[256] *Constitución Política. Artículo 341. El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el*

debe ser decidida por la Corte Constitucional de conformidad con los numerales 5 y 7 del artículo 241 que a renglón seguido se citan:

> ***"Constitución Política. Artículo 241.*** *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*
> *(…)*
> *5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
> *(…)*
> *7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución."*

Señala el doctor Oscar Aníbal Giraldo Castaño, que en razón del criterio orgánico o subjetivo, se ha considerado que aquellos decretos de cuya constitucionalidad conoce la Corte Constitucional, se expiden en ejercicio de función administrativa y le corresponde decidir al Consejo de Estado, conforme al numeral 2° del artículo 237 de la Constitución

---

proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.
Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.
El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.
El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional. (Negrillas y Subrayado fuera del texto original.)

Política que señala:

> *"Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional."*[257]

Ahora bien, en cuanto a las funciones judiciales, ejercidas por el ejecutivo, explica el inmediatamente citado actor que lo hace cuando falla querellas de policía. Es de recordar que, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, la ley podrá investir en casos específicos a autoridades administrativas y particulares con funciones judiciales. De tal manera esta norma dispone en el inciso tercero:

> *"Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos."*

Por otro lado, no debe dejar de considerarse el amparo constitucional que tiene el traslado de funciones judiciales a lado autoridades administrativas, en ese sentido el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia[258], establece de forma restringida tal posibilidad, frente a la que la Corte Constitucional se ha pronunciado anotando.

> *"Según el artículo 116 de la Carta, las facultades judiciales en cabeza de entidades administrativas son excepcionales. Por ello, la interpretación del alcance de las facultades judiciales radicadas en autoridades administrativas*

[257] Constitución Política. Artículo 237. Numeral 2°.
[258] Constitución Política. Artículo 116. *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*
El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.
Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.
Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Subrayado y negrillas fuera del texto original.)

debe ser siempre restrictiva, pues de lo contrario se corre el riesgo de convertir la excepción en regla. En tales circunstancias, y tal y como esta Corporación lo ha señalado, a menos que el legislador haya establecido expresamente con precisión y especificidad que las funciones ejercidas por una autoridad administrativa son jurisdiccionales, el intérprete deberá asumir que son funciones administrativas.

(...) Una interpretación constitucional sistemática del artículo 116 de la Constitución, que permite que algunas autoridades administrativas ejerzan funciones judiciales, lleva a la conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos que son exigidos a los jueces en general: el haber sido asignado por la ley para conocer de asuntos delimitados por ella misma con anterioridad a los hechos que deba conocer, y contar con independencia e imparcialidad."[259]

Los anteriores dos extractos de la sentencia C-1071 de 2002, inclinan la balanza a pensar que en el caso sometido a examen, no hay traslado de funciones entre ramas del público; i) porque no está expresamente manifiesto en la ley y ii) porque las autoridades administrativas no gozan de la autonomía que tienen las autoridades judiciales. Este punto ya había sido tratado por dicha corporación la que manifestó mediante sentencia C-1641 de 2000 que:

"La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial.[260]

[259] Sentencia C-1071 de 2002
[260] Sentencia C-1641 de 2000

Sin embargo, no basta con una omisión legislativa para determinar el tipo de función pública que se ejerce es decir no se puede considerar que en virtud a que el legislador nada dijo en relación a si hay o no el traslado de funciones, de suyo ello implique que no lo puede haber, pues lo determinante radica en las características esenciales de cada función

Considera el doctor Pedro Alfonso Hernández, otrora Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que la Constitución Política usa la expresión Función Pública con dos sentidos diferentes, que hay que mantener separados; uno para aludir a las actividades cuya titularidad está reservada al Estado, que están relacionadas con el ejercicio de su soberanía y corresponden al interés general que éste representa, y otro para referirse a las relaciones laborales en el sector público. Por consiguiente, por determinación del constituyente de 1991, la función administrativa, la función judicial o la función de control fiscal, entre otras, son funciones públicas de conformidad con los artículos 209, 228 y 267 de la Constitución Política, pero no son función pública, de conformidad con el artículo 122 y siguientes de la Carta magna.[261]

Añade, que aunque parezca extraño o contradictorio, al separar los dos significados a que se ha hecho referencia, puede afirmarse que la función administrativa es una función pública pero no hace parte del régimen de función pública. Además, por ser *función pública* una expresión constitucional homófona, no parece necesario fusionar sus diversos significados porque se podrían confundir o refundir los alcances que corresponden a cada uno de ellos, así las funciones públicas se asignen a través de empleo y corporaciones públicas o los servidores públicos cumplan funciones públicas. Finalmente, apunta que, expresiones homófonas al interior de las instituciones públicas o privadas son usuales en este y en los demás sistemas jurídicos.[262]

Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso 3o. del artículo 324 de la Ley 5a. de 1992.

[261] *ALFONSO HERNÁNDEZ, Pedro. Temas de la Función Pública. Subdirección Imprenta Distrital. Bogotá. 2008. P. 21.*
[262] *Ibídem.*

"De otra parte, y en concordancia con lo anterior, la norma impugnada[263] *vulnera el artículo 113 de la Constitución Nacional, el cual determina la estructura básica del Estado, bajo el supuesto de que el poder público es uno solo, que se manifiesta a través de sus propios órganos, que son autónomos e independientes, pues cumplen funciones separadas, sin perjuicio de que los órganos colaboren en la realización de sus fines."*[264]

Mediante la Sentencia No. C-283/95, se decidió la constitucionalidad de la Ley 104 de 1993, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dicta otras disposiciones. En ésta, se resolvió: en cuanto a los artículos 94, 96 y 97, estarse a lo resuelto por la Corte en Sentencia C-425 del 29 de septiembre de 1994; en lo referente al artículo 95 de la misma Ley, estarse a lo resuelto por la Corte en Sentencia número C-562 del 6 de diciembre de 1994; en lo que respecta a los artículos 17, 98, 99, 100 y 101 de la misma norma, estarse a lo resuelto por la Corte en la Sentencia C-055 del 16 de febrero de 1995; y declarar exequibles los demás artículos de la Ley 104 de 1993, únicamente en cuanto, al expedirla, el Congreso no invadió la órbita de competencia del Presidente de la República en el manejo del orden público.

"No puede desconocerse, por otra parte, que en el ejercicio de las funciones públicas, si bien la Constitución ha establecido el criterio general de la separación, que reserva a cada rama una órbita de atribuciones en la que no pueden inmiscuirse las demás, ella misma ha señalado que todas colaboran

---

[263] *Ley 5° de 1992. Artículo 324. Del Presidente de la República. "Las ausencias en el ejercicio del cargo por parte del Presidente de la República, sin el cumplimiento de las condiciones constitucionales y legales, constituye abandono del cargo declarado por el Senado de la República.*
El Presidente de la República o quien haga sus veces, no podrá trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo, sin previo aviso al Senado, cuando quiera que éste se encuentre reunido. Su desconocimiento constituye un claro abandono del cargo.
Si, conocido el aviso previamente, el Senado expresare desacuerdo y rechazo a la decisión presidencial, deberá por el Presidente de la República cancelarse la misión internacional si se hallare aún en suelo colombiano".

[264] Corte Constitucional. Sentencia C-151 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

armónicamente para la realización de los fines del Estado (Artículo 113 C.P.)''[265]

Posteriormente en la Sentencia C-344 de 1995[266], se volvió sobre a demandar la misma norma[267], por la vulneración del artículo 113 de la Carta política, en la misma se señala respecto del tema que atañe a esta investigación lo siguiente:

''El objeto primordial de las disposiciones sobre protección a intervinientes en el proceso penal no es otro que el de asegurar una administración de justicia eficiente, mediante el señalamiento de pautas y normas de política criminal que permitan adelantar los procesos penales, descubrir y sancionar a los delincuentes, sin sacrificar a los jueces, testigos e intervinientes en aquéllos, ni

[265] Corte Constitucional. Sentencia No. C-283/95. Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta del veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

[266] *Corte Constitucional. Sentencia C-344 de 1995. Ref.: Expediente D-804. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 63 y 72 de la Ley 104 de 1993. Actor: Santiago Uribe Ortiz. Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta del dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995)*

[267] *"LEY 104 DE 1993*
(Diciembre 30)
Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan
otras disposiciones.
El Congreso de la República de Colombia,
DECRETA:
(...)ARTICULO 63.- Créase con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, el "Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso, y Funcionarios de la Fiscalía", mediante el cual se les otorgará protección integral y asistencia social, lo mismo que a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, primero de afinidad, primero civil y al cónyuge y a la compañera o compañero permanente, cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención en un proceso penal".
(...)
"ARTICULO 72. El Presidente de la República celebrará convenios con otros estados y organizaciones internacionales con el fin de facilitar a la Fiscalía obtener la información y la colaboración necesaria para el desarrollo del programa.
El Fiscal General de la Nación podrá requerir el apoyo de las instituciones internacionales que cuenten con programas similares de protección de víctimas y testigos cuando sea necesario su traslado a otros países.
Igualmente se autoriza al Gobierno para recibir donaciones nacionales e internacionales con destino al programa de protección, las cuales serán manejadas por el Fiscal General de la Nación".

a las víctimas de los delitos, pues tales objetivos, propios de la actividad del Estado, deben ser compatibles con el más elemental deber de las autoridades públicas, que consiste en salvaguardar la vida y la integridad personal de los asociados, lo cual requiere, además de una normatividad interna, la indispensable cooperación internacional, de parte de estados y organizaciones, que se cristaliza y traduce en convenios, acuerdos y tratados de esa índole. La norma demandada no pugna con la Constitución Política y, por el contrario, se inscribe dentro de la necesaria colaboración entre las ramas del Poder Público para la realización de los fines estatales, de conformidad con el artículo 113 C.P."

Posteriormente tenemos la Sentencia C-564 de 1995[268], por medio de la cual se decide la demanda de constitucionalidad contra algunos apartes[269] de la Ley número 182 de 1995,

[268] *Corte Constitucional. Sentencia C-564 de 1995. Ref.: Expediente D-957. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial) de la Ley 182 de 1995. Actora: María Teresa Garcés Lloreda. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta del treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).*

[269] *"(...) Artículo 33.- televisión regional, cualquiera que sea el ámbito de cubrimiento territorial, deberá Programación Nacional. Cada operador de televisión abierta, concesionario de espacios de televisión o contratista de cumplir mensualmente los siguientes porcentajes mínimos de programación de producción nacional:*
a) Canales nacionales y zonales:
De las 19:00 horas a las 22:30 horas (triple A), el 70% de programación de producción nacional.
De las 00:00 horas a las 10:00 horas, el 100% será de programación libre.
De las 10:00 horas a las 14:00 horas el 55% será de programación de producción nacional.
De las 14:00 horas a las 19:00 horas el 40% será de programación de producción nacional.
De las 22:30 horas a las 00:00 horas, el 55% será de programación de producción nacional.
Sábados, domingos y festivos el triple A será el 60% de programación de producción nacional, y
b) Canales regionales y estaciones locales:
En los canales regionales y estaciones locales, la emisión de programación de producción nacional deberá ser el 50% de la programación total.
Las repeticiones de los programas de producción nacional solamente serán incluidas en los anteriores porcentajes de acuerdo a las siguientes equivalencias:
1. Primera repetición, la mitad del tiempo de su duración.
2. Segunda repetición, la tercera parte del tiempo de su duración.
3. La tercera y sucesivas repeticiones, la cuarta parte del tiempo de su duración.
PARAGRAFO.- La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión podrá modificar dichos porcentajes.
Para efectos de esta ley se establecerán las siguientes definiciones:
a) Producción Nacional. Se entiende por producciones de origen nacional aquéllas de cualquier género realizadas en todas sus etapas por personal artístico y técnico colombiano, con la participación de actores nacionales en roles protagónicos y de reparto. La participación de actores extranjeros no alterará el carácter de nacional siempre y cuando ésta no exceda el 10% del total de los roles protagónicos.

por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la comisión nacional de televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones; por vulneración de igual forma del artículo 113. En esta providencia se declaró inexequible la norma acusada y se hicieron las siguientes reflexiones:

> *"Es claro que, establecidas en normas legales las reglas que se aplican a una materia reservada por la Constitución al legislador, sólo éste puede modificarlas, y, por ende, fuera de los eventos enunciados, el Presidente de la República y en general los funcionarios de la Rama Ejecutiva y de los otros órganos estatales, se hallan excluídos de la función de reformar la ley, ya sea para ampliarla, adicionarla o restringirla, y, si actúan en alguno de tales sentidos, lo hacen inconstitucionalmente, en cuanto invaden la órbita propia del legislador.*
>
> *(...)*
>
> *Si el Congreso se desprende de la función que le es propia y la traspasa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos, viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía. Por eso, el parágrafo demandado, al autorizar de manera permanente e ilimitada a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión para modificar los*

La participación de artistas extranjeros se permitirá siempre y cuando la normatividad de su país de origen permita la contratación de artistas colombianos, y
b) Coproducción. Se entenderá por coproducción, aquélla en donde la participación nacional en las áreas artística y técnica no sea inferior a la de cualquier otro país.
El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a la imposición de sanciones por parte de la Comisión Nacional de Televisión, que según la gravedad y reincidencia, pueden consistir en la suspensión del servicio por un período de tres (3) a seis (6) meses o a la declaratoria de caducidad de la concesión respectiva, sin perjuicio de las acciones judiciales a que haya lugar y del cumplimiento de la norma y principios del debido proceso"

porcentajes mínimos de programación nacional fijados en la propia ley, vulnera la Carta Política."

En esta revisión cronológica de los fallos de la Corte Constitucional, en los que la separación de las ramas del poder público ha sido considerada, a la hora de definir la constitucionalidad de parte del ordenamiento, de conformidad se señala en el artículo 113 de la Carta Política, es pertinente entrar a estudiar ahora, un fallo de particular importancia sobre el que volveremos en el siguiente capítulo, en relación a otros asuntos; se trata de la sentencia C-037 de 1996[270] por medio de la cual se hizo la Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia"; concretamente el artículo 13 [271] relativo al ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares.

Al respecto considero la Corte Constitucional que esta disposición se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 116 de la Carta, respecto de las otras autoridades y personas habilitadas por la norma superior para administrar justicia. En ese orden de ideas, se sostuvo en dicha providencia que la referencia que se hace a las autoridades administrativas y al Congreso de la República respeta los lineamientos previstos en el citado precepto y, para el caso del órgano legislativo, se fundamenta igualmente en los artículos 174 y 178-3 del Estatuto Superior. No obstante señala, que a pesar de los problemas de redacción que presenta la norma que se revisa, el término de las acusaciones,

---

[270] *Corte Constitucional Sentencia No. C-037/96 REF.: P.E.-008 magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Santafé de Bogotá, D.C.; cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).*

[271] *"ARTICULO 13. DEL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:*

1. El Congreso de la República, con motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos;

2. Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal; y

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad."

formuladas por el órgano legislativo, resulta exequible siempre y cuando se entienda, que hace referencia únicamente a los delitos en que pudiesen incurrir los funcionarios con fuero constitucional.

En cuanto al ejercicio de la administración de justicia por los particulares, señaló el tribunal constitucional:

> "(…) *el referido artículo 116 constitucional prevé la posibilidad de encargarlos para cumplir esa labor en la condición de conciliadores o la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, tal como lo dispone el artículo bajo revisión. Resta agregar que en estas situaciones, los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley."*

En consecuencia, la disposición se declaró exequible. Definido lo anterior, finalicemos esta subsección, haciendo referencia a uno de los últimos pronunciamientos en cuanto al tema central de esta investigación: la función jurisdiccional ejercida por la administración;

> *"La Constitución señala que en principio corresponde a las autoridades judiciales ejercer las funciones judiciales, pero autoriza a la ley para que excepcionalmente y en materias precisas confiera a las autoridades administrativas el ejercicio de una función de esta naturaleza, siempre y cuando no se trate de adelantar la instrucción de sumarios ni de juzgar delitos (CP art. 116). En ocasiones anteriores, esta Corte Constitucional ha indicado hasta donde puede la ley conferir esas atribuciones a las autoridades administrativas, análisis que se sintetiza a continuación."*[272]

[272] *"En primer término, es claro que este ejercicio jurisdiccional por autoridades no judiciales representa una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder, por lo cual "su alcance es restrictivo: únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible".*

Seguidamente anota tal Corporación en esa misma providencia, que de una lectura aislada y literal del artículo 116 parecería indicar que la ley puede atribuir funciones judiciales a cualquier autoridad administrativa, puesto que esa disposición constitucional no establece que el funcionario a quien se le confieran esas competencias jurisdiccionales deba reunir determinados requisitos.

No obstante señala el fallo, que una interpretación constitucional sistemática lleva a la inevitable conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad. De tal manera, de acuerdo a la sentencia, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (CP art. 228), mientras que las normas internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales se deben interpretar los derechos constitucionales (CP art. 93), indican que toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1 Convención Interamericana y art. 14-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). En tales condiciones, es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de conferir funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. Por lo que la misma Corporación concluye: La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren

---

Sin embargo, en segundo término, esta Corte ha precisado que ese carácter excepcional no significa que a las autoridades administrativas no se les puedan atribuir funciones jurisdiccionales permanentes, pues lo excepcional no es "aquello que no reviste el carácter de permanente" sino aquello que constituye una excepción de la regla común. Por ende, si "la regla común es el ejercicio de funciones administrativas por parte de las superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional. Lo que el constituyente quiso fue esta excepcionalidad, no la transitoriedad de dicho ejercicio. Si hubiera querido autorizar sólo el ejercicio transitorio, así lo habría dicho". En tercer término, la Carta señala campos en donde no es posible conferir atribuciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas pues establece que éstas no podrán instruir sumarios ni juzgar delitos."

previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial.[273]

Finalmente, la Corte Constitucional, en otro pronunciamiento, del año 2011, señaló, que es dentro de los estrictos límites señalados por la Constitución, que el legislador puede otorgar excepcionalmente funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, resaltando que la restricción introducida por la norma estatutaria, referida a que sólo se trate de resolver controversias entre particulares, encuentra explicación, en la necesidad de que las autoridades administrativas se comporten como un tercero imparcial, con facultades de autonomía e independencia predicables de los jueces, de tal forma que se asegure objetividad para adoptar las decisiones judiciales, bajo la garantía del debido proceso, sin perjuicio de la facultad conservada por el Legislador para conferir nuevas funciones de tal índole, dentro de los términos supralegales indicados.[274]

SECCÍON B. Reflexiones frente al concepto de Administración Pública.

Iniciemos esta Sección, Volviendo al citado, Adolfo Merkl, quien entiende por "administración", en su sentido más amplio, toda actividad humana planificada para alcanzar determinados fines humanos; en ese sentido, este concepto abarca toda actividad económica, pudiendo incluso rebasar esta esfera. No tiene alcance heurístico, ni tiene importancia jurídica.[275]

Luego explica que en sentido restringido, se entiende por "administración" la actividad total del Estado para alcanzar sus fines; de tal manera, expone que con la inclusión del concepto "Estado" dentro de la definición de "administración" se consigue por primera vez relevancia jurídica.[276]

[273] Corte Constitucional. Sentencia C-1641/00. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
[274] *Corte Constitucional. Sentencia T-302/11. Magistrado Ponente. Juan Carlos Henao Pérez.*
[275] MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Edición al cuidado de José Luis Monerreo Pérez Catedrático de la Universidad de Granada. Editorial Comares S.L. Albolote, Granada. 2004. *P. 6.*
[276] Ibídem. P.P. 6-7.

Finalmente, Merkl denomina como concepto dominante de administración, el más estrecho de todos, apartando la actividad legislativa, del conjunto de la actividad estatal. "Administración" en ese sentido, coincide en primer lugar con el concepto de ejecución, que abarca la administración, junto con la actividad judicial.[277]

No obstante, este autor desarrolla este último concepto, por considerarlo provisional en tanto se encasilla más en el sentido restringido de administración al no excluir la función judicial, concluyendo que es "administración": i) todo aquello de lo que se ocupa el Estado, fuera de la legislación y de la justicia o ii) una serie de funciones de naturaleza técnica, espiritual, jurídica que se proponen cada una, aportar resultados prácticos al bienestar común.[278]

A renglón seguido, entra Adolfo Merkl, a citar una serie de doctrinantes, que aportaran sus conceptos al respecto. En primer lugar cita a Fritz Fleiner, para quien "administración" constituye el objeto de la disciplina especial de derecho administrativo, y a su vez, el derecho administrativo puede ser comprendido como objeto parcial de la teoría de la administración.[279]

Asimismo trae a Otto Mayer, distinguido teórico alemán de derecho administrativo, quien define el concepto de administración, colocándolo como base de teoría jurídico-administrativa, como la actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su orden jurídico, exceptuada la justicia.[280]

Posteriormente recuerda a Lorenzo Stein y a O. Sarwey, el primero, gran representante de la teoría administrativa metajurídica, quien define la administración como la actividad orgánica del Estado en el mundo de las cosas reales; y el segundo, fundador de la teoría del derecho administrativo que define administración como aquella actividad que con exclusión

[277] Ibídem. P. 7.
[278] Ibídem. P.P.7-8
[279] Ibídem. P.8.
[280] Ibídem.

de la actividad legislativa y judicial se encamina a la realización de un interés público y se mantiene hasta la realización efectiva del mismo.[281]

Frente a lo anterior, colige Adolfo Merkl, que todas las variantes del concepto de administración, coinciden, en que la presentan como aquel residuo que una vez eliminada resulta al desglosar del complejo de la total actividad del Estado, la legislativa y la judicial. Lo que resume, señalando que el concepto de administración, es el resultado de una sustracción en el que el minuendo lo constituyen la suma de las actividades del estado y el sustraendo la suma de la legislación y justicia. De tal manera, se tiene el único elemento común no es algo positivo, sino negativo a saber: el hecho de no ser legislación y no ser justicia.[282]

En opinión de este autor, el concepto provisión de administración aceptada, nos descubre que este concepto está condicionado por los de legislación y justicia. Con esto, la existencia de la administración, se hace dependiente de la de legislación y de la de justicia. Enseña además, que solo un orden estatal que comprenda ese paralelismo de funciones y órganos que se designan como la triada de los poderes del Estado, posee una administración que se destaca del complejo de su actividad, y un derecho administrativo que se destaca del conjunto del derecho estatal, y viene a formar, de esta suerte, una parte constitutiva de aquella experiencia positivo-jurídica sobre la que se edifica la teoría del derecho administrativo. [283]

Agrega, que si la llamada división de poderes no tuviera de algún modo realidad jurídico-positiva sino que siguiera siendo un mero postulado político, nos faltaría la posibilidad de existencia de semejante disciplina. De tal manera, explica que el proceso de diferenciación que se designa con el nombre de división de poderes, diferenciación que afecta la actividad estatal que originariamente se presenta funcional y orgánicamente indivisa, ha separado del complejo de la actividad estatal la administrativa y, con ello, ha ofrecido el supuesto para cualquier ciencia de este nombre y ha particularizado, dentro del todo jurídico, como una

[281] Ibídem. P.p. 8-9
[282] Ibídem. P.p.9-10
[283] Ibídem. 11

parte del mismo, el derecho administrativo, y, por ende, el objeto de la teoría del derecho administrativo, y por ende, el objeto de la teoría del derecho administrativo.[284]

Posteriormente apunta, que si los conceptos de legislación y justicia condicionan el de administración, esto significa que el concepto fundamental de la teoría jurídica-administrativa depende de los conceptos fundamentes de otras disciplinas jurídicas. La teoría del derecho administrativo no se encuentra en tal caso en una postura tan favorable que le permita dar por supuestos, como sobreentendidos y firmes, los conceptos a los que hace referencia en la determinación del suyo propio, porque semejantes conceptos no son firmes de hecho; pero tampoco puede abandonar la determinación de los mismo a las disciplinas a que corresponden. Porque si vacilan los conceptos de legislación y justicia y fundamos, sin embargo, el concepto de administración sobre los dos anteriores, ipso facto aunque no hayamos definido con ello la teoría del derecho administrativo, ésta vacila en sus cimientos.[285]

SUBSECCIÓN 1. De la función jurisdiccional y la función ejecutiva.

A la hora de diferenciar las funciones que atañen esta investigación, esto es, la judicial y la administrativa, sigamos estudiando a Merkl, quien señala que los métodos para separar, lo ejecutivo en justicia y administración, se ofrecen en dos direcciones principales: unas veces se busca diferencia en las funciones, otras en los órganos. No es posible apartar con rigor cada una de esas direcciones, porque la diferencia organológica entre justicia y administración puede ser referida a una diferencia funcional y recíprocamente.[286]

Empieza el análisis del concepto, refiriéndose a la terminología. Señala que la justicia no se identifica justicia ordinaria, sino que esta expresión designa un tipo especial de justicia, junto al cual cabe imaginarse y existen posibilidades diversas de jurisdicciones extraordinarias. La identificación corriente entre ambos términos es un vicio del lenguaje, porque las notas conceptuales que suelen atribuirse a la justicia pura y simple se aplican

[284] Ibídem. P.12.
[285] Ibídem.
[286] Ibídem. P. 30.

también a otras funciones diferentes, precisamente en casos de jurisdicción extraordinaria. Con mejor sentido, aunque el lenguaje científico no se atiene siempre a él, debiera designarse como justicia, por un lado, todas aquellas funciones a las que se aplican las notas conceptuales de la justicia, pero también sólo a ellas.[287]

Entre las formas de teoría de jurisdicción extraordinaria interesa preferentemente a teoría del derecho administrativo la justicia administrativa, cuya calificación como uno de los tipos de jurisdicción extraordinaria es muy discutible, y explicables por razones históricas, pero que no parece justificable. Sin anticipar la investigación de este concepto, debemos de hacer constar de una manera clara que, como su uso idóneo del lenguaje, no podemos designar como justicia administrativa, más que una rama de lo judicial y no una rama de la administración. Esa adscripción corriente de la justicia administrativa a la administración implica, o una falta de lenguaje, al presentar como justicia administrativa, esto es, como justicia, una función semejante a la judicial pero en su esencia, de naturaleza administrativa, o una falta de lógica, ya que una justicia autentica, aquella que por su objeto se designa como justicia administrativa, es tratada como administración. Ciertamente, bajo el titulo justicia administrativa, aparecen manifestaciones propias de lo administrativo junto a otras propias de lo judicial.[288]

De tal manera, señala, de acuerdo con las leyes del lenguaje aunque sea contrariando el uso del mismo, solamente alguna de las manifestaciones de lo judicial deben ser designadas y tratadas como justicia administrativa. Si limitamos la expresión justicia administrativa a una clase cualificada de justicia, no es posible mantener en adelante la sinonimia de las expresiones "justicia administrativa" y "administración de justicia administrativa". Porque esta última designa, a diferencia de aquella, una rama de la administración, es decir, aquellas funciones a las que puede aplicársela expresión más exacta y expresiva de jurisdicción administrativa. Por tanto, entiende que se cae de su peso que estas dos expresiones, en oposición a la justicia administrativa, que relegamos a lo judicial, deben ser

[287] Ibídem.
[288] Ibídem. P. P. 30 -31.

referidas a las autoridades administrativas en la medida que crean derecho, en cada caso concreto, mediante actos administrativos.[289]

Con lo anterior, este autor rechaza, esa equiparación habitual de la justicia o lo judicial con la administración de justicia y con la jurisdicción. Claro es que a nadie se le puede prohibir identificar los tres términos, pero es difícil que esta libertad pueda calificarse de adecuada. Porque, de un lado, no hay ninguna necesidad de aumentar con dos sinónimos nuevos el ropaje de un concepto que ya de por si lleva otros dos. Es posible construir un concepto peculiar, distinto del de justicia y del de administración, que requiere una designación, y como tal podría servir, por su sentido, la de jurisdicción[290].

Comenta posteriormente Merkl, respecto de la expresión administración de justicia, que según el sentido de las palabras, pretende significar una actividad que garantice o realice el orden jurídico.[291]

Un punto de trascendental importancia en esta investigación es la independencia judicial, este elemento de la justicia lo trae el autor seguido, señalando que la independencia judicial ha desempeñado mayor papel en la política que en la jurisprudencia y agrega:

---

[289] Ibídem. P. 31.

[290] Cabe en este punto mencionarse, que para Merkl la palabra jurisdicción significa una actividad por cuya mediación se dice o declara el derecho, activad que señala, se ejercita dentro del derecho positivo, no sólo por órganos judiciales, sino también por administrativos, y que, por otra parte, no toda actividad de los órganos judiciales es jurisdiccional en sentido indicado. Es así como manifiesta, que cuando más tarde se haga la crítica de ese intento de hallar la esencia de la justicia en la función jurisdiccional, más detalladamente se expondrá que la equiparación de la justicia con la jurisdicción en su sentido propio de actividad declaratoria de derecho, produce un desplazamiento total de los límites aceptados hasta el presente entre justicia y administración.

[291] Continua señalando: *"Esta expresión encierra un equívoco sobre la naturaleza del orden jurídico y de la aplicación del derecho, que explicaremos al tratar de esclarecer las relaciones entre producción del derecho y de ejecución del mismo. Si aceptamos con la doctrina corriente que existe una actividad específica para asegurar o realizar el orden jurídico que no coincide por completo con la ejecutiva, no podremos desconocer que el tipo de actividades cobijadas bajo aquella expresión las vemos esparcidas en los dos dominios parciales de la ejecución, el propio de los órganos administrativos y el de los órganos judiciales. Si identificamos justicia y administración de justicia, y nos mantenemos estrictamente en el significado de esta última expresión, se produce como en el caso anterior, una demarcación de las lindes entre justicia y administración, que se aparta mucho de la corriente. Pero, la cuestión, por el momento, no es la de rectificar, la demarcación corriente, sino la de justificarla. Lo que se pregunta es la razón de la diversificación de lo ejecutivo, en el sentido de la total actividad sub legal del Estado, en justicia por un lado y administración por otro."* Ibídem. P.32.

"Aceptado como requisito del derecho natural en todas la Constituciones modernas la independencia judicial, al igual de otros contenidos constitucionales tradicionales, se ha convertido en una institución de papel a la que se ha dedicado más consideración académica que atención profunda. Y, sin embargo, el problema de la independencia judicial y de la dependencia de las autoridades administrativas constituye el punto inguinal para la compresión del dualismo entre justicia y administración, y la diferenciación jurídico-positiva de las funciones ejecutivas en unas que se manifiestan con independencia y otras con subordinación, constituye el supuesto previo para el reconocimiento jurídico-teórico de ese dualismo. La doctrina dominante se sirve para distinguir justicia y administración de este criterio de independencia o dependencia junto con otros criterios. Pero este criterio, si algo sirve, puede y debe ser suficiente por sí solo para distinguir la justicia de la administración"[292]

El doctrinante Adolfo Merkl, continua apuntando, que la naturaleza de esa independencia, bajo cuya expresión se suele comprender la situación jurídica especifica del juez en la organización estatal, no es una cosa tan transparente como comúnmente se cree.[293]

Anota posteriormente, el tratadista estudiado, que la actividad judicial depende además, de otras fuentes del derecho que se hallan a la misma altura de la ley, o, por lo menos, consideradas como si lo estuvieran; y si se considera como compatible con la supuesta independencia de los órganos judiciales su dependencia respecto a actos administrativos.

[292] Ibidem. P.p. 51-52.

[293] "*Hay que entender la palabra cum grano salis para que adquiera un sentido razonable, porque una independencia absoluta no es imaginable dentro de la organización estatal ni del sistema jurídica, ya que todo orden implica y condiciona el ser ordenado, esto es, la dependencia. Aun el mismo legislador constituyente depende de la Constitución preexistente que le indica vía del cambio constitucional. El legislador se halla subordinado más intensamente a la Constitución del Estado, que lo vincula, no sólo formalmente, mediante prescripciones sobre el procedimiento para hacer las leyes, sino también materialmente, al delimitar las competencias y al establecer principios fundamentales de naturaleza jurídico-material, como los que nos encontramos a menudo –no siempre- en los códigos fundamentales. Si el legislador, considerado absolutamente no es independiente, un órgano administrativo lo ha de ser en mucho menor grado. La palabra ejecución, es decir, ejecución de la ley a punta ya certeramente la dependencia de todos los órganos ejecutivos, ya sean judiciales o administrativos, respecto de las leyes que se han de ejecutar*." Ibídem. P.52.

Adiciona, que no obstante la proclamación constitucional de la independencia judicial se considera que el juez está obligado a la aplicación de los actos administrativos, por lo menos, aquellos que considere conforme a derecho.

Explica Adolfo Merkl que esta subordinación de la sentencia al acto administrativo significa una excepción en esa coordinación entre la justicia y la administración, al respecto señala:

> *"El órgano que establece la ordenanza es en cierto sentido, superior a los Tribunales sostenidos a esa ordenanza, el tribunal es dependiente de una autoridad administrativa."*[294]

A renglón seguido, señala que la independencia judicial se revela como una variada dependencia. La idea de la independencia de los órganos judiciales, según él, asoma propiamente, al compararlos con la situación jurídica de los órganos administrativos, es así como el ordenamiento jurídico de esa dependencia pretende expresar que la situación jurídica del juez ofrece un carácter contrario al de los órganos administrativos. Si el juez, de una manera general es más independiente que el órgano administrativo, lo es con respecto a otros órganos ejecutivos. La forma jurídica admisible y corriente de influir un órgano ejecutivo en otro, es la llamada instrucción o circular. Para Merkl, la instrucción es un acto administrativo en cuya virtud un órgano ejecutivo prescribe a otro órgano ejecutivo, dentro del derecho que liga a éste se ha de hacer y cómo uso de su competencia. Agrega que semejante instrucción puede afectar una forma general de modo que sea aplicable a una porción de casos iguales, o, por el contrario, una forma que se agote en un solo caso de aplicación.[295]

Cabe también anotarse respecto a este autor, que el sentido de la llamada independencia judicial no es otro, que el de la inadmisibilidad y des obligatoriedad de las instrucciones de este tipo que se refieran al ejercicio de la actividad judicial, aunque esas instrucciones sean

[294] Ibídem.
[295] Ibídem. P. 53.

de un juez de mayor categoría. La actividad judicial entonces, no solo no necesita, sino que no debe ser influida por una instrucción de este tipo, ni siquiera por el mero intento en todo caso no obligatorio. Un acto mediante el cual un órgano, que por lo demás tiene poder para dar instrucciones intenta prescribir a un juez un determinado comportamiento en el ejercicio de su función judicial sería un acto aparente, inexistente en derecho.[296]

Concluye señalando que la teoría de derecho administrativo que se apoya en el concepto expuesto de administración y de derecho administrativo tiene la ventaja, sobre todas las demás determinaciones, conceptuales realizadas hasta ahora y, en ese sentido, posibles, que se le abren conocimientos específicamente jurídicos, acaso conocimientos mucho más pobres de lo que se esperara del manejo de la distinción habitual, generalmente sobreestimada, entre legislación, justicia y administración, pero, de todas maneras, tantos conocimientos y de tal clase, que de su conjunto resulta una disciplina jurídica particular: la teoría del derecho administrativo.[297]

No obstante, es oportuno en esta Subsección, referirnos al concepto de jurisdicción, como rama encargada de la función judicial o jurisdiccional. De acuerdo a Juan Rolando Hurtado Poma, Alcalá-Zamora, sostiene que la Jurisdicción es una función constitucional del Estado y que su contenido, objeto y fin es aplicar la ley material; en ese sentido constituye el principal supuesto de la Jurisdicción el de la alteración del orden normativo, ya sea por violación del interés privado o colectivo.

Continua anotando el autor referido, que si las personas adecuan sus conductas en las relaciones jurídicas a los preceptos de la ley, no hay alteración del orden que regula la misma, no obstante, si se produce alguna violación, puede alterarse el interés privado y surge la controversia de derecho privado; por su parte, expone, si se comete un delito, se altera el interés colectivo, y, en uno u otro caso, se necesita o se activa la Jurisdicción básica y esencialmente, como medio de resolución de los conflictos, que actúa para restaurar el orden jurídico violado y resguardar el orden público, en resumidas cuentas

[296] Ibídem. P.p. 53-54
[297] Ibídem. P. 59.

finaliza sosteniendo que el ejercicio de la función jurisdiccional es privativo del Poder Judicial, esa función principal de aplicar la ley, constitucionalmente en la división del Poder constituye la razón de ser del Poder Judicial, no obstante su voz autorizada reconocía que pese a ello no significa que la jurisdicción sólo pueda ser ejercida por aquel, desde que esta yace en el Estado y es uno de los fines primordiales del mismo en el sentido amplio y la jurisdicción lato sensu, comprende toda situación de aplicar normas sustanciales al caso particular y concreto, sin interesar en la órbita de qué Poder del Estado se encuentra el órgano que la ejerce, pero siempre y cuando ese órgano surja de la ley formal en sentido estricto, como acto emanado del Poder Legislativo, y contenido como órgano constitucional autónomo en el Código Político y tenga además, todos los atributos que exige el ejercicio de la jurisdicción, personificación, competencias y proceso a seguir en la resolución de los conflictos.

Además anota, que la jurisdicción en cuanto a su naturaleza jurídica y como concepto se presta a dificultades, pero puede admitirse un sentido amplio y estricto. Señal que en ese sentido estricto, el concepto de jurisdicción no solo está ligado a normas, doctrinas o posiciones judiciales tradicionales y sin mayor desarrollo, sino que es un concepto que tiene que ver con la realidad, con la práctica y el reconocimiento de los estamentos que también resuelven conflictos de manera definitiva; por ello la relatividad del concepto de Jurisdicción, esto es algo que, debe ser apreciado no solamente en su sentido histórico, sino en la realidad.

SUBSECCION 2. Del estudio de la celeridad, eficiencia y economía, como deberes del Estado, en relación con el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

Resulta importante, iniciar esta Subsección, señalando que se abordará, el estudio de ciertos principios de la función pública, señalados en el 209 de la Carta Política[298] y concretados en lo atinente a la administración el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011[299], propios de todas las distintas ramas de poder, que estimamos pueden verse afectados, con ocasión de la extensión de la jurisprudencia de conformidad con el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011; estos son en concreto: los principios de eficacia, economía y celeridad.

Lo anterior considerando que se puede evidenciar que esta figura, aparece como una expresión de algunos de los principios en que se fundamenta este Código, en razón de la necesidad de coherencia ideológica con la Constitución Política de Colombia; entre ellos los señalados precedentemente.

Al respecto cabe anotarse que, para Enrique José Arboleda Perdomo, fueron tres los argumentos a favor de esta figura que se discutieron en el Congreso, dos de ellos relacionados con estos principios; en primer lugar; se consideró que garantizaba los principios de Igualdad y Confianza legítima, toda vez que implican un tratamiento igualitario para personas en idénticas situaciones de hecho y de Derecho, además de que se

---

[298] Constitución Política, Artículo 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercer en los términos que señale la ley.*

[299] Ley 1437 de 2011 Artículo 3°. *Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*
Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
(…)
11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.
12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.
13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

asegura la confianza legítima de quienes acuden a la administración con bases a decisiones anteriores.

En segundo lugar, dice el Doctor Arboleda, se tomó en cuenta los posibles beneficios para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto a la congestión judicial que hoy por hoy reporta esta jurisdicción, a la luz del principio de eficacia y celeridad.

En tercer lugar, y como consecuencia del anterior, se consideró, en términos económicos, lo beneficioso que resulta para el Estado, si se observa el despilfarro en recursos que supone llevar estos procesos por la jurisdicción contencioso administrativa. Finalmente se dijo; que ante la posibilidad, hoy existente, de producir fallos contradictorios, esta figura brinda mayor seguridad jurídica.

Dicho lo anterior pasemos a estudiar al profesor Jacques Chevallier, en el sentido de que aborda, en su obra, *El Estado posmoderno*, el estudio de la administración pública desde una perspectiva de cambio; sostiene el profesor citado, que la concepción tradicional de la gestión pública, encuentra legitimidad en el cumplimiento del interés general, lo que ha evolucionado en gestión caracterizada por la racionalización, como en la empresa privada, de conformidad se observa en el siguiente extracto de su obra:

> *"El postulado según el cual la gestión pública, puesta al servicio del interés general, no podía medirse en términos de eficacia dio paso a la idea de que la administración está obligada, al igual que las empresas privadas, a mejorar sin cesar resultados y a reducir sus costos; ella debe efectuar sus misiones, en las mejores condiciones posibles, velando por la calidad de sus prestaciones y utilizando lo mejor posible los medios a su disposición".*[300]

[300] CHEVALLIER, Jacques. *El Estado posmoderno*. Traducción: Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.P.124.

Se torna interesante la importancia que le da a la eficacia dentro de la gestión pública, así como la forma en que este autor, distingue los conceptos de eficacia y eficiencia, que orbitan la evolución de la gestión y la administración pública:

> *"(...)para la administración, es irreductible a la simple "eficiencia" la administración debe administrar lo mejor posible los medios de los cuales dispone; pero la eficacia se aprecia, en primer lugar, en la relación del grado de realización de los objetivos fijados por los representantes, y no en función de la sola "rentabilidad" financiera."*[301]

Dicho lo anterior, traigamos al profesor Allan Bewer Carias, con su obra "P*rincipios del Procedimiento Administrativo en América Latina*"; empecemos por referirnos al principio de eficacia. Este autor señala al respecto, que éste, implica el principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad. Seguidamente anota el autor citado:

> *"En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado tanto al interés general, como al interés de la Administración y al del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible."*

Finalmente concluye, que este principio de interpretación del procedimiento administrativo, implica varios principios que las leyes latinoamericanas recogen, tales como el principio de la instrumentalidad; el principio de la simplicidad y de la economía procedimental; el principio de la presunción de la legalidad y validez, es decir, el del logro de los efectos de los actos, comenzando por presumir que son válidos y eficaces; el principio *favor acti*; el principio de la conservación del acto; el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a lo solicitado, a la acción o al requerimiento, cuando se trate de procedimientos que se inicien a petición de parte; y el principio de caducidad del procedimiento cuando no

[301] Ibídem, p.126.

se cumplen las obligaciones por parte del interesado en continuación del mismo así como el de la prescripción de la actuación administrativa.

De los principios señalados, revisemos algunos de ellos. De acuerdo al autor, el principio de la instrumentalidad exige interpretar el procedimiento administrativo, no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar un fin. Lo que importa en el tratamiento del procedimiento, por tanto es la finalidad perseguida, la cual puede ser: el interés general, el interés del ciudadano y el interés propio.

Anota el autor referido, respecto del principio de economía procedimental, que como consecuencia del principio de la eficacia, el principio de la economía procedimental también informa el procedimiento administrativo, a los efectos de que el cumplimiento del fin propuesto, se logre con el menor costo y en la forma más rápida posible. Además apunta que es con este principio, con el que se busca evitar trámites inútiles e innecesarios; agilizar las diligencias; y eliminar las demoras innecesarias.

En cuanto al principio de celeridad, el profesor Brewer Carias, apunta que se deriva del principio de oficialidad, además de que es formulado de forma expresa por las leyes de procedimiento latinoamericano[302]. Adiciona, que en efecto, si el procedimiento es un asunto

---

[302] *Ley peruana en el art. IV del Título Preliminar 1.9 Principio de Celeridad. Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.*

Adicionalmente, el artículo 148 de la Ley del Perú establece con precisión, diversas reglas generales para asegurar la celeridad en el procedimiento (además de las relativas a la celeridad en la recepción de peticiones, art. 118), así:

1. En el impulso y tramitación de casos de una misma naturaleza, se sigue rigurosamente el orden de ingreso, y se resuelven conforme lo vaya permitiendo su estado, dando cuenta al superior de los motivos de demora en el cumplimiento de los plazos de ley, que no pueden ser removidos de oficio.
2. En una sola decisión se dispondrá el cumplimiento de todos los trámites necesarios qué por su naturaleza corresponda, siempre y cuando no se encuentre entre si sucesivamente subordinados en su cumplimiento, y se concentraran en un mismo acto todas las diligencias y actuaciones de pruebas posibles, procurando que el desarrollo del procedimiento se realice en el menor número de actos procesales.
3. Al solicitar tramites a ser efectuados por otras autoridades o los administrados, debe consignarse con fecha cierta el termino final para su cumplimiento, así como el apercibimiento, de estar previsto en las normativa.

de la Administración, es decir, si la Administración es la responsable del procedimiento, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares, es que debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible.

Por su parte, el profesor Gabriel Rave Aristizábal, también hace su aporte a la materia; el citado tratadista, define el principio de celeridad, como el deber de las autoridades de dar impulso oficioso a los procedimientos, y suprimir trámites innecesarios y formularios para trámites en serie. Mientras que señala que en virtud del principio de eficacia, los procedimientos deben logar su finalidad, removiendo obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.[303]

En consecuencia, considerando la relación que tienen los principios que orientan la función pública, conforme se señala en el artículo 209[304] de la Constitución Política, concretamente la relación de los principios de eficiencia, economía y celeridad, con esta nueva institución;

---

4. En ningún caso podrá afectarse la tramitación de los expedientes o la intención del servicio por la ausencia, ocasional o no de cualquier autoridad. Las autoridades que por razones de licencia, vacaciones u otros motivos temporales o permanentes se alejen de su centro de trabajo, entregaran a quien lo sustituya o al superior jerárquico, los documentos y expedientes a su cargo.
5. Cuando sea idéntica la motivación de varias resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesione las garantías jurídicas de los administrados; sin embargo, se considerará cada uno como acto independiente.
6. La autoridad competente, para impulsar el procedimiento, puede encomendar a algún subordinado inmediato la realización de diligencias específicas de impulso, o solicitar la colaboración de otra autoridad para su realización. En los órganos colegiados, dicha acción debe recaer en uno de sus miembros.
7. En ningún caso la autoridad podrá alegar deficiencias del administrado no advertidas a la presentación de su solicitud, como fundamento para denegar su pretensión.

Ley General de Costa Rica. Art. 225.1. El órgano deberá conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado.
2. Serán responsables la administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.
Art.269.1. La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.
2. Las autoridades superiores de cada centro o dependencia velarán, respecto de sus subordinados, por el cabal cumplimiento de este precepto, que servirá también de criterio interpretativo en la aplicación de las normas de procedimiento.

[303] RAVE ARISTIZABAL, Gabriel. Compendio de Actuaciones Administrativas y Derecho Procesal Administrativo. Primera Edición. Librería Señal Editora. Medellín. 2000. P. 25.
[304] Constitución Política de Colombia. CAPITULO V. DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

resulta necesario referirnos a los modelos de administración pública, pues en atención a cada uno de ellos el enfoque principialistico será distinto; en esa medida, el profesor Manuel Alberto Restrepo Medina, analizando las nuevas tendencias del derecho administrativo realiza un examen respecto de los distintos modelos de administración pública para concluir respecto del caso colombiano lo siguiente:

> *"La Constitución colombiana de 1991 no opta por un modelo definido de administración pública ni regula sistemáticamente la materia, a pesar de la profusión normativa de su texto. Por el contrario, del conjunto del articulado se deduce un sincretismo involuntario que abarca prescripciones normativas del modelo burocrático y la gerencia pública, y anticipa algunos de los elementos de la gobernanza."*[305]

El profesor Restrepo, identifica como una de las nuevas tendencias del derecho administrativo la Constitucionalización del mismo, considerando que ésta ha sido una predisposición general que se observa dentro de la evolución de toda la ciencia jurídica. La importancia de referirse a ella dentro de esta investigación radica en que como se ha advertido, la extensión de la jurisprudencia como figura dentro del procedimiento administrativo, tuvo un fuerte fundamento en la necesidad de mayor eficiencia, eficacia y celeridad en la función pública; al respecto anota:

> *"La tendencia de Constitucionalización del Derecho Administrativo se enmarca dentro de una tendencia más amplía de constitucionalización del derecho, generada en virtud del reconocimiento de la Constitución, ya no solamente como valor político de creación y organización del Estado, sino, también, como norma jurídica, de aplicación directa e inmediata, sin necesidad del desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley.*

[305] *RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. "La administración pública en la Constitución de 1991: sincretismo involuntario entre la burocracia, el gerencialismo y la gobernanza" Revista de Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13(1) pp. 365-388*

Ello implica que la definición legal de la organización y la actividad de la administración pública empieza a estar condicionada por los valores que la Constitución reconoce y declara, y, en virtud de ese condicionamiento se efectúa el control judicial, tanto de validez jurídica de las reglas legales que positivizan el derecho administrativo, como de las actuaciones de la administración.''[306]

Por su parte, el profesor Jorge León Arango Franco, comenta en su obra[307], que la vinculación de la Administración Pública a los fines propuestos para el Estado Social de Derecho, proclamado desde la Carta Política, llevo al Constituyente a establecer de manera expresa y con rango de norma superior, un catálogo de principios que orientan la función administrativa entre los que se cuentan de manera concreta los contenidos en los articulo 29 y 209.

Recuerda del primero, que se constituye en una garantía del derecho de los asociados y un límite al obrar arbitrario de las autoridades, al establecer que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.[308]

Del segundo artículo 209, señala que establece mandatos de optimización bajo los cuales han de ejercer su función las entidades y funcionarios administrativos; y anota, siguiendo al ilustre jurista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que del estudio del ordenamiento positivo se puede concluir que las fuentes de los principios rectores de las actuaciones administrativas constituyen un todo complejo que implica abordar no solamente el texto constitucional, sino también sus principios y valores inspirados al igual que las directrices establecidas por el legislador en los diferentes cuerpos normativos.[309]

---

[306] - RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones del Estado Social de Derecho*. En: *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2007. P. 41.
[307] ARANGO FRANCO, Jorge León. *Derecho Administrativo. Estructura de la Administración Pública.* Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 2013. P.61.
[308] Ibídem. P. 62.
[309] Ibídem.

Posteriormente apunta el doctor Arango Franco, que estos principios a los que se alude no deben confundirse con los principios generales del Derecho, pues se trata de dispositivos constitucionales de consagración positiva expresa, de aplicación directa, los cuales en virtud del mandato contenido en el artículo 4° de la Carta, tienen la potestad de desplazar a la ley y otra norma jurídica que les sea incompatible, con lo que queda claro que su labor trasciende a la función integradora que cumplen aquellos. Por último, resalta que tales principios se predican de la función y no del órgano; por lo tanto, vinculan no sólo a los entes administrativos del Estado, sino a cualquier autoridad pública que permanente, o transitoriamente, ejerzan función administrativa y aun a los particulares cuando con la debida autorización, cumplan función administrativa.[310]

Volviendo a la Sentencia C-037 de 1996, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, *"Estatutaria de la Administración de Justicia",* pasemos en esta subsección a traer el análisis que se hizo respecto de la Celeridad en la administración de justicia, en el Artículo 4 de ese proyecto.[311]

Al respecto, tenemos que la Corte Constitucional expresó que el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, implica necesariamente que el juez resuelva en forma imparcial, efectiva y prudente, las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento, para lo cual es requisito, que el juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que define el legislador.

Se señaló además en esa sentencia, que debido a lo anterior, esa Corporación ha calificado, como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de

[310] Ibídem. P. 63.
[311] *"ARTICULO 4o. CELERIDAD. La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.*
"Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.
"PARAGRAFO: Los memoriales que presenten los sujetos procesales deberán entrar al despacho del funcionario judicial, administrativo o disciplinario, a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación".

justicia, el derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos. Como se observa a continuación:

> *"(…) cabe agregar que la labor del juez no puede jamás circunscribirse únicamente a la sola observancia de los términos procesales, dejando de lado el deber esencial de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial. Es, pues, en el fallo en el que se plasma en toda su intensidad la pronta y cumplida justicia, como conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio judicial permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente y es fundamento real del Estado social de derecho.*

Explica la providencia, que los argumentos precedentes, lograron la consagración en el artículo 228 superior, del deber del juez de observar con diligencia los términos procesales y, principalmente, de sancionar su incumplimiento.

De otro lado, tenemos la revisión del Artículo 7°[312] relativo al principio de eficiencia en la administración de justicia; al respecto la Corte Constitucional expone en la sentencia, que guarda estrecha relación con el principio de celeridad ya analizado. En efecto, mientras éste busca el cumplimiento pronto y efectivo de las obligaciones que la Constitución y la ley imponen a los encargados de administrar justicia, aquél persigue que las providencias que se profieran en ejercicio de esa obligación, guarden directa proporción con la responsabilidad asignada a los jueces; en otras palabras, que resuelvan en forma clara, cierta y sensata, los asuntos que se someten a su conocimiento. En cuanto al principio hace además el siguiente análisis:

[312] "ARTICULO 7o. EFICIENCIA. *La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio d e la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley".*

"Por eficiencia se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, "virtud y facultad para lograr un efecto determinado". Significa lo anterior que los despachos judiciales no sólo deben atender en forma diligente sus responsabilidades, sino que además el juez debe fallar haciendo gala de su seriedad, su conocimiento del derecho y su verdadero sentido de justicia. Se trata, pues, de una responsabilidad que, en lenguaje común, hace referencia tanto a la cantidad como a la calidad de las providencias que se profieran."

Continua señalándose en la jurisprudencia estudiada, que para el alto tribunal, merece especial atención este último concepto, pues la administración de justicia, al ser fundamento esencial del Estado social de derecho, no puede sino reclamar que sus pronunciamientos estén enmarcados por la excelencia. Se concluye entonces, que contradice los postulados de la Constitución aquel juez que simplemente se limita a cumplir en forma oportuna con los términos procesales, pero que deja a un lado el interés y la dedicación por exponer los razonamientos de su decisión en forma clara y profunda. Por lo que lo declara exequible.

En la obra de Lucelly Roció Munar Castellanos y Luis Roberto OrtÍz Arciniegas[313], al analizar los principios señalados en la Ley 1437 de 2011, empieza señalando, que uno de los cambios que se encuentran en el este Código es la unificación de los principios que orientan las actuaciones administrativas.[314]

Apunta que se entienden por principios orientadores del proceso administrativo aquellos lineamientos de carácter jurídico que guían la interpretación e incluso la actuación y participación, tanto de las autoridades como de los asociados, en los procesos tendientes a la producción de un acto administrativo como lo señala Jaime Orlando Santofimio Gamboa, doctrinante al que se permite citar así:

[313] MUNAR CASTELLANOS, Lucelly Rocío. ORTÍZ ARCINIEGAS, Luis Roberto. Nuevo régimen administrativo especial y procesal. Comentarios al Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Primera Edición. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. 2001.
[314] Ibídem. P. 20.

"(…) elementos rectores controladores y eventualmente limitantes del ejercicio de los poderes estatales, que procuran lograr el deseado equilibrio entre la autoridad y el ciudadano o simple interesado, (…) sirven las partes involucradas para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en aplicación de las reglas de procedimiento administrativo. Es decir, que no solamente cumplen la función didáctica de ubicar conceptualmente al interprete, sino que le proporcionan los elementos de juicio necesarios para resolver cualquier conflicto en el desarrollo de la actuación administrativa."[315]

A renglón seguido recuerda que en el Acto Legislativo 01 de 1984, se mencionaban los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad publicada, y que la Ley 1437 de 2011, en el artículo 3°, incorpora además los principios del debido proceso, igualdad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad transparencia y coordinación, para un total de trece de principios, que ya se estaban aplicando por mandato de la Constitución de 1991, la jurisprudencia y otros leyes, así: en la Constitución dicho principios se encuentran en los articulo 29 en lo que tiene que ver con el debido proceso, 13 con el principio de igualdad y 209 con otros principios incluido el de moralidad.[316]

Añaden, que los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad y publicidad, que siguen estando en el nuevo código, sufrieron una modernización en su concepto, buscando que la actividad de la Administración sea de calidad, implementando e incentivando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.[317]

Finalicemos esta revisión conceptual a estos principios, recogiendo alguna jurisprudencia, observemos un documento elaborado por la relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2008, en el que explica cómo se deben entender estos principios, para así darnos una idea de su importancia:

"4. EFICACIA: Este principio implica el compromiso de la Carta con la

[315] Ibídem.
[316] Ibídem. P.P. 20-21.
[317] Ibídem.

producción defectos prácticos de la acción administrativa. Se trata de abandonar la retórica y el formalismo para valorar el cumplimiento oportuno, útil y efectivo de la acción administrativa. El principio impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales. La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; y, en los artículos 256 numeral 4°, 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados .

La Corte Constitucional ha insistido en que la eficacia de la función administrativa, que resume en general todos los demás principios a que se refiere la norma precitada, se logra entonces mediante el mecanismo de descentralización, desconcentración y delegación, que permiten una distribución racional de funciones."[318]

Seguidamente en el referido acto judicial de 2008 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se pasa a explicar el principio de economía el cual no debe confundirse con el anterior como a renglón seguido se cita:

5. ECONOMIA: La maximación de los resultados o beneficios sociales con la menor cantidad de recursos y en el menor tiempo posible es lo que comprende el principio de economía. Se sabe que no siempre la utilización de más recursos de los estrictamente necesarios implica una vulneración a este

[318] Relatoría: Sala de Casación Penal – Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Fecha: 15 de Mayo de 2008. Providencia 29206.

dogma pues en ciertos casos el beneficio social se encuentra justamente en el empleo de tales recursos.[319]

Por último, la citada jurisprudencia brinda una conceptualización de lo que es el principio de celeridad, el cual tal vez sea el que más relación tiene con la figura en estudio, o por lo menos es en el que más se puede fundamentar esta institución, de manera que se puede leer:

6. CELERIDAD: Con este principio que aparece indisolublemente vinculado con la prevalencia del derecho sustancial, se busca la agilidad en el trámite y la gestión administrativa. Es congruente con lo prescrito en el artículo 84 de la Constitución que prohíbe a las autoridades públicas la creación de licencias, requisitos o permisos adicionales cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general. Comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios.''[320]

CAPITULO SEGUNDO. Efectos sobre el debido proceso de los administrados ante un posible traslado de la función jurisdiccional a la administración, con ocasión de la figura de extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas.

En este Segundo Capitulo se procurará involucrar en un plano académico el derecho al debido proceso y la extensión de la jurisprudencia; es decir, empezaremos a determinar su afectación a partir del análisis de los aspectos a favor y en contra, como las contradicciones que ambos conceptos pueden tener.

Asimismo se abordará, la naturaleza actos que son proferidos a partir de la entrada en

[319] Ibídem.
[320] Ibídem.

vigencia de esta figura, pues por supuesto incidirán en determinar si se está haciendo el traslado de la función judicial a la rama ejecutiva, en tanto los actos sean jurisdiccionales y no administrativos. Finalmente, se determinaran las implicaciones de haber hecho tal distinción.

Ahora bien, considerando son varios los elementos que integran el derecho fundamental y principio del debido proceso, tenemos entre ellos, la figura del juez natural, la doble instancia, el acceso a la administración de justicia, o el derecho de contradicción; tal multiplicidad de caras que tiene el debido proceso, facilitan la posibilidad de que sea vulnerado; como se plantea sucede con esta figura.

En los renglones siguientes nos adentraremos en el núcleo duro de esta investigación y determinar tal violación; esto lo haremos en dos partes, por un lado posible afectación al principio del juez natural, y de otra los principios de acceso a la administración de justicia y la doble instancia.

Empecemos haciendo una reflexión al derecho comparado y a los pactos internacionales, de conformidad a lo traído en el "*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*[321]"; en éste, se recuerda que la VI enmienda de la Constitución de los Estados Unidos reconoce el derecho a un debido proceso en los siguientes términos:

> *"En todas las causas penales, el acusado disfrutara del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial y distrito donde el delito ha sido haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra: tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa."*[322]

[321]NAVARRO BELTRAN, Enrique. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. Universidad del Rosario. Bogotá. 2013. P. 128
[322] Ibídem.

Por su parte el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[323] señala que:

> *"toda persona tiene derecho, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"*[324]

De otra parte, tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce en su artículo 14 a toda persona: "*derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la Substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*". Del mismo modo, se indica que en principio "*toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública*."

De igual forma, en materia penal, se garantizan diversos derechos, como los de ser informado de la acusación, disponer de medios adecuados para la defensa ser juzgado sin dilaciones, contar con un defensor, poder interrogar a testigos, ser asistido gratuitamente por un intérprete, no ser obligado a declarar en su contra, posibilidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior, entre otros.[325]

El Articulo 8-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[326] y el Articulo 14-1

---

[323] *A su vez se observa en la Declaración Universal de Derechos Humanos:*
Artículo 11. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.
Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

[324] Ibídem. P.129.

[325] Ibídem.

[326] *CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*
San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969
CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)
Artículo 8. Garantías judiciales

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la figura del juez natural como un Derecho Fundamental, según el cual toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones [327]. Cabe señalarse, en relación a la situación del PACTO

---

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.
Artículo 9.
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, (…)

[327] PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP)
ARTÍCULO 14
1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.
Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP), como enseña en su obra[328] el profesor Pedro Pablo Camargo[329], que el primero de diciembre de 1998, el Comité de Derechos, Económicos y Culturales, aprobó su observación general No. 9 (1998) sobre la aplicación interna del pacto; según el citado autor esta observación se descompone en tres puntos:

El primero, se refiere al deber de dar efecto al pacto en el ordenamiento jurídico interno; considerando que es obligación fundamental que los Estados Partes dar efectividad a los derechos reconocidos en el Pacto, éste adopta un planteamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes, siempre que, coexista con esa

---

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.
Artículo 15
1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

[328] *CAMARGO, Pedro Pablo. Manual de Derechos Humanos. Cuarta Edición. Leyer Editores. Leyer Editores. 2013. P.P. 142-146.*

[329] Doctor en Derecho Magna cum laude (posgrado) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) Doctor en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de Derecho Internacional por oposición de la facultad de Derecho y ex investigador del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ex profesor de Derecho Internacional y de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Ex profesor de la Universidad Central de Ecuador.

flexibilidad, el cumplimiento de la obligación de cada Estado Parte, de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el pacto; y se aplique teniendo en cuenta, dos principios del derecho internacional: el primero reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Naciones Unidas, Recuil des Traités, vol. 1155, pág. 443), es que "Una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". El segundo principio, está reflejado en el artículo 8 de la Declaración de la Universal de Derechos humanos, según el cual, toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

La segunda observación trata de la situación del Pacto en el Ordenamiento Jurídico interno; al respecto señala que en general, las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. Comenta, que el artículo en que se requiere que se agoten los recursos internos refuerza la primacía de los recursos nacionales a este respecto. Expone, que la existencia y el desarrollo de los procedimientos internacionales para atender las reclamaciones individuales es importante, pero en última instancia tales procedimientos solo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos.

Finalmente, la tercera observación, es en relación a la función de los recursos legales, de tal manera empieza señalando que el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Enseña que los recursos administrativos en muchos casos adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativamente legitima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del pacto. Seguidamente, se encuentra en esta observación, la distinción entre justiciabilidad, que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales, y las normas de aplicación inmediata que permiten su aplicación por tribunales

sin más adquisiciones. Finalmente, dentro de esta observación, se señala que el pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción.

Respecto de las garantías judiciales, contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, señala el profesor Enrique Navarro Beltrán lo siguiente:

> *"(...), al inculpado por un delito se le reconocen tales derechos como ser asistido gratuitamente por un traductor, debida comunicación de la acusación, oportunidad de preparación de su defensa defenderse personalmente ser asistido por un defensor, interrogar a los testigos, no ser obligado a declarar en su contra, recurrir del fallo ante un tribunal superior y a un proceso público."*

En cuanto a la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,* se encuentran los siguientes postulados relativos a las garantías judiciales:

> *"Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*
>
> *Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.*
> *Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas."*

De acuerdo al citado autor, en las Constituciones hispanoamericanas también se consagra

expresamente este principio, mientras que en el derecho comparado europeo así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español[330]. Apunta el autor, que específicamente, la Constitución Española, se refiere al debido proceso en su artículo 24[331].

De otro lado, el autor refiere, que si bien la doctrina alema estudia el debido proceso a partir de diversos procesos constitucionales, la Ley Fundamental alemana contienen disposiciones que a este derecho, en primer lugar el Artículo 19.4 que señala:

> *"Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios".*

Por su parte, el Artículo 103.1 de la misma Ley dispone:

> *"No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal"*

Y el Artículo 103.1, de la norma en cita señala:

> *"Todos tienen el derecho a ser oídos ante los tribunales."*

Concluye el profesor Enrique Navarro Beltrán, señalando que en Italia se encuentras diversas normas *fundamentales* relativas a las garantías que componen del debido

---

[330] Sentencia 145/88, de 12 de julio; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Caso Piersack, Sentencia de primero de octubre de 1982.

[331] Constitución Española. Artículo 24. *"Todas la personas tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulara los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."*

proceso[332]; y que el Tratado Europeo de derechos humanos en su artículo sexto preceptúa lo siguiente:

> *"toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella."*

A su vez, colige este autor, que la misma normativa indica, que los acusados tienen como derechos mínimos, el ser informados de la acusación, disponer de tiempo y facilidades para la preparación de la defensa, ser asistidos por un defensor, interrogar a los testigos y ser asistidos gratuitamente por un intérprete.

Por último, el citado autor Navarro Beltrán, recuerda el artículo 13 del previamente referido tratado, en el cual se observa: "*toda persona cuyos derechos y libertados reconocidos en el presente convenio hayan sido violados tiene derecho a concesión de reconocidos en el presente convenio hayan sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones judiciales*".

Por otro lado, al revisar jurisprudencia extranjera, se observa que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica, al tratar el principio de Juez Natural, señaló que esta garantía, es un elemento integral del debido proceso, que supone la existencia de órganos judiciales preestablecidos en forma permanente por la ley. Se tutela a través de este principio, la prohibición de crear organismos ad-hoc, ex post facto (después del hecho), o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales.

---

[332] *"(a) el derecho de las personas a "acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos" (Art.24, inciso 1); el derecho de defensa "en todas las etapas del procedimiento" (Art. 24, inciso 3); (c) el derecho al juez natural (Art. 25); el derecho de una decisión judicial motivada (Art. 111, inciso 2); y el derecho a impugnar los actos de la administración (Art. 113)" Ob. Cit. NAVARRO BELTRAN, Enrique. P.130.*

Asimismo, ha reconocido la importancia del principio de imparcialidad o de 'Juez imparcial', especialmente en el ámbito administrativo, por desempeñar la Administración en este ámbito, un doble papel como Juez y parte, lo que la obliga a: instar el procedimiento, verificar la verdad real de los hechos, y resolver el caso. Sin embargo, la Sala ha estimado que tal situación no es inconstitucional (ver sentencia 03-13140, reiterada por la 06-13926) y ha observado que quienes integren los órganos directores y decisorios están obligados a actuar con la mayor objetividad e imparcialidad y que, en caso de que existan motivos que permitan anticipar algún grado de parcialidad en el asunto, las partes pueden hacer uso de la facultad que les otorga la Ley para abstenerse o para recusar**.** Lo que a su vez ha sido reiterado en las Sentencias 5001-07, 2307-08 de esta misma Corporación.

De igual manera, mediante Sentencia 10193 de 2011, este alto tribunal ha indicado que esta garantía, elemento integral del debido proceso, supone la existencia de órganos judiciales preestablecidos en forma permanente por la ley. En esta oportunidad añadió que se tutela a través de este principio, la prohibición de crear organismos ad-hoc, o ex post facto (después del hecho), o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales. Asimismo, ha reconocido la importancia del principio de imparcialidad o de 'Juez imparcial', especialmente en el ámbito administrativo, por desempeñar la Administración en este ámbito un doble papel como Juez y parte, lo que la obliga a instar el procedimiento, verificar la verdad real de los hechos, y resolver el caso.

A su turno, la sala citada, en la Sentencia 12300-10 indicó que el principio de juez natural o juez ordinario, establece que una persona sólo puede ser juzgada por aquellos tribunales que hayan sido constituidos previamente por ley, prohibiéndose la creación de organismos ad-hoc, o especiales para juzgar determinados hechos o personas en forma concreta. En el ordenamiento jurídico patrio, dicho principio tiene fundamento en lo dispuesto por el artículo 35 de la Constitución Política, que establece que ninguna persona puede ser juzgada por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución.

En Chile, como ejemplo latinoamericano, el Tribunal Constitucional ha analizado el alcance del contenido del debido proceso, el cual se encuentra enunciado en el inciso 5, del numeral 3, del artículo 19 de la Constitución Política; al señalar que le corresponde al legislador establecer siempre "*las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*", haciéndolo obviamente aplicable también al derecho administrativo sancionador, aunque se trate de actuaciones administrativas. En cuanto al derecho de ser juzgado por un tercero imparcial, esta Corporación ha dictado que:

> *"todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más (...) la independencia e imparcialidad judicial del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal."*[333]

En otro asunto, señaló el Tribunal Constitucional de aquel país:

> *"(...) sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto, de una limitación a su libertad*
>
> *(...) exige que la respuesta del Estado emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento*[334]*."*

Por su parte, Enrique Navarro Beltrán, indica que el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la

[333] *Ob. Cit. NAVARRO BELTRAN, Enrique. P. 139. Citando: Rol No. 46/1987, C.18.*
[334] Ob. Cit. NAVARRO BELTRAN, Enrique. P. 139. Citando: Rol No. 1518/2009, 21 de octubre de 2010, C.25.

protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, así: *"es uno de los derechos asegurados por el No.3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, cacería de sentido que la Carta Fundamental se hubiere esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitrario o ilegítimamente".* Al respecto el autor cita las siguientes providencias de dicha Corporación: Roles No. 792/2007, 815/2007, 946/2007, 1382/2009, 1356/2009 y 1418/2009.

Por último, anota este autor que el Tribunal Constitucional, acogiendo una acción de inaplicabilidad, nuevamente invoca el debido proceso, recordando que: "*tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional*", puntualizando que, en el caso de los autos: "*el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia."*

SECCION A. Relación del derecho al debido proceso y sus fundamentos, con la investigación.

Dentro de los variados problemas jurídicos que plantea la novedosa figura en relación a la coherencia con el ordenamiento jurídico colombiano, encontramos el siguiente: si el expedir el acto administrativo, que accede, o niega, la solicitud de los particulares de extender la jurisprudencia, supone la vulneración de derechos como el acceso a la justicia y el debido proceso, en el entendido de que no tienen las mismas garantías que en un proceso judicial, en tanto se desconoce uno de los postulados del juez natural como es la autonomía judicial, por ser las autoridades administrativas quienes deciden si se cumplen los requisitos.

O si por el contrario, el articulado tal y como está conformado, asegura las mismas garantías y además brinda mayor seguridad jurídica y eficiencia a la función pública.

Dicho lo anterior, a continuación procederemos a exponer los argumentos que dan piso a estas tesis para finalmente, llegar a unas conclusiones generales en torno a la figura y sentar una posición propia.

A nivel nacional, el juez natural, constituye una garantía del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política[335], frente al cual la Corte Constitucional[336] ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales; lo que implica, que cobija todas las manifestaciones, en cuanto a la formación y ejecución de los actos a las peticiones que presenten los particulares, y a los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.

Es pertinente recordar que la "*Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos"* hace parte del bloque de constitucionalidad[337], como ha sido reconocido ampliamente en Jurisprudencia

---

[335] Constitución Política de Colombia. Artículo 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir
las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.
[336] *Ver las sentencias T-442 del 3 de julio de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), T-020 del 10 de febrero de 1998 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-386 del 30 de julio de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-009 del 18 de enero de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-1013 del 10 de diciembre de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).*
[337] *La Corte Constitucional mediante Sentencia de Constitucionalidad 063 del 4 de febrero de 2003, con ponencia del Magistrado Ponente, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, definió el concepto de Bloque Constitucionalidad así: "(...) aquella unidad jurídica compuesta "por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por*

Constitucional.[338]

Volviendo a la obra de Lucelly Roció Munar Castellanos y Luís Roberto Ortiz Arciniegas[339], previamente citada; en lo que concierne al debido proceso, se señala que en virtud de dicho principio, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la Ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

Recuerdan estos autores, que el debido proceso, es un principio constitucional consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, establecido como derecho o garantía fundamental que debe aplicarse a toda clase de actuación, ya sea administrativa o judicial.

A su turno, apuntan que frente a la cobertura del debido proceso, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, manifestando que el objeto fundamental de este principio es que los actos proferidos por la Administración se ajusten al Ordenamiento legal previamente establecido para ellos, asegurando una organización administrativa y el cumplimiento estricto de los fines estatales; con lo que citan la Sentencia T-442 de 1992, que señaló:

> "*El debido proceso administrativo tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los Tribunales Contenciosos, si los actos proferidos por la administración, se ajustan al*

---

diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu."

[338] *Ver "Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional -bloque de constitucionalidad estricto sensu-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad lato sensu-.En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.*
En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii)."

[339] *MUNAR CASTELLANOS, Lucelly Rocío. ORTÍZ ARCINIEGAS. Luis Roberto. Ob. Cit.*

ordenamiento jurídico legal previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernados"[340]

Señalan además, de conformidad con la sentencia T-572 de 1992, con ponencia del doctor Jaime Sanín, que el debido proceso abarca diferentes principios o derechos dentro de los cuales se encuentran: el de legalidad, el del juez natural, la favorabilidad y permisibilidad, la prohibición de la autoincriminación, la obligación para el Estado de buscar defensor a los pobres, el derecho a la protección judicial y la segunda instancia.

Exponen de otro lado, que el debido proceso administrativo no solo se refiere a las garantías estrictamente procesales, como el derecho de defensa, de contradicción y controversia de la prueba, el derecho de impugnación y la garantía de publicidad de los actos administrativos; sino también al respeto de los principios que guían la función pública, como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, algunos ya estudiados.

Por último, manifiestan este par de autores, que además de adicionarse este principio dentro del Código Contencioso Administrativo, se contemplaba el principio de contradicción como garantía de los administrados a controvertir las decisiones de la administración, es

[340] *Continua citando: "(…) Se observa que el debido proceso se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cobija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.*
El debido proceso tiene reglas de legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos e instancias garantías establecidas en beneficio del administrado, etapas que deben cumplirse dentro del procedimiento administrativo señalado. Se concluye que estos actos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley, que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino para el logro de una organización administrativa racional y ordenada en todo su ejercicio, el cumplimiento estricto para asegurar la vigencia de los fines estatales, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto de su formación, esencia, eficacia y validez de los mismos."

decir, que este principio, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es incluido dentro del debido proceso; ley que también señala, unos principios especiales aplicados al procedimiento administrativo sancionatorio, como son lo de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem.

Ahora bien, un derecho íntimamente relacionado con el debido proceso, es el Derecho a la Igualdad, el cual resulta pertinente considerar en este punto, pues además de que, al menos en teoría, la figura de extensión de jurisprudencia, propende por su protección; el respeto del uno, implica la garantía del otro.

En cuanto al principio de igualdad, Lucelly Roció Munar Castellanos y Luís Roberto Ortiz Arciniegas, expresan que este ya se encontraba incorporado dentro del principio de imparcialidad, al señalar que las autoridades al actuar con las personas "*deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos*"; y que con la Ley 1437 de 2011, se busca que este principio sea autónomo, basándose en el artículo 13 de la Constitución Política, haciendo énfasis en la posición de la jurisdicción constitucional que indica que debe ser manejada entre iguales.

De tal manera citan la Sentencia T-587 de 2006, citada a su vez en la Sentencia C-057 de 2010, que recogió la posición jurisprudencial del principio igualdad en los siguientes términos:

> *"6-La Constitución Política de Colombia, en su artículo 13 prescribe que todas las personas nacen iguales ante la ley y que 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. Empero lo anterior, dicha norma no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática. Tanto es así que los incisos segundo y tercero del artículo ídem ordenan al Estado promover "las condiciones para que la*

igualdad sea real y efectiva", adoptar "las medidas a favor de grupos discriminados o marginados" y, además, proteger "especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".[341]

Por su parte, Helena Alviar García señala, que este principio tiene, por lo menos tres manifestaciones diferentes, una primeria sería, que resulta ser la consagración legal de un derecho natural, cual es que, todos somos iguales, es decir que todos tenemos el mismo derecho a exigir la protección del Estado y de la Ley; una segunda manifestación sería, que es una mediad de protección que impide la expedición de legislación o políticas públicas dirigidas arbitraria y exclusivamente a un grupo determinado de personas, o por el contrario, la expedición de un conjunto de normas y políticas públicas que benefician a una minoría; la última manifestación sería que la igualdad está en que las normas, su aplicación y procedimiento se aplican por igual tanto a los individuos como al estado.[342]

Al respecto, la Corte Constitucional expuso que el principio de igualdad puede ser, a su vez, descompuesto en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a

---

[341] *Continua esta citación así: "De lo descrito anteriormente se desprende que el citado artículo 13 superior prohíbe a las autoridades discriminar a las personas, pero no conferir tratos distintos entre ellas en aras de lograr la igualdad material. Lógicamente, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que, aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables y por tanto se ajustan a la Constitución; indicando que para la adopción de estas últimas deben estar presentes los siguientes presupuestos: (i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad.*
En este orden de ideas, tenemos que la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, pues para acreditar la existencia de una conducta discriminatoria es necesario verificar, entre otras cosas, que la persona o grupo de personas que se traen como referente se encuentran en la misma situación fáctica de quien alega la afectación del derecho. Si no es así, en el evento en que no pueda constatarse esta última circunstancia, estaríamos en ausencia de la primera condición exigida por la jurisprudencia constitucional para la vulneración del derecho a la igualdad, esto es: la igualdad de los supuestos de hecho en los cuales se deben encontrar, tanto quien alega la vulneración del derecho, como sus referentes. Se entiende así mismo, de manera lógica, que el trato desigual en situaciones fácticas distintas no es violatorio del derecho a la igualdad." Sentencia C-057 de 2010.

[342] *ALVIAR GARCÍA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo. Revista de Derecho Público. Número 19. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá. Junio de 2007. P.6.*

destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro mandatos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero, del citado precepto, señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero, contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.[343] Dicho lo anterior tenemos que el artículo 102 de la Ley 1437, en esencia, pretende que en lo referente a las actuaciones frente a la administración, los ciudadanos gocen en lo mayor posible, de este derecho y principio.

Retomando nuevamente la Sentencia C-037 de 1996, mediante la cual, como se ha reiterado, se realizó la revisión constitucional del proyecto de ley "*Estatutaria de la Administración de Justicia",* número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, procedamos a revisar lo atinente a esta parte de la investigación, en dicho importante pronunciamiento jurisprudencial. Respecto del artículo 1°[344] relativo a la administración de justicia, la corte expuso:

> *"Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar*

[343] *Corte Constitucional. Sentencia C-250/12*
[344] *"ARTICULO 1o. ADMINISTRACION DE JUSTICIA. La administración de Justicia es la parte de la Función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional".*

la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver."

Seguidamente anotó la Corte, que estas consideraciones suponen, en últimas, una tarea que requiere, un mayor dinamismo judicial, toda vez que, el juez es el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley, en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del texto político. Agrega esa Corporación, que esto significa, que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar: la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos. De tal suerte, resolvió la Corte Constitucional declarar exequible este artículo, por interpretar apropiadamente los postulados contenidos, entre otros, en el Preámbulo y en los artículos 1o., 2o. y 228 del Estatuto Superior.

En cuanto al artículo segundo[345] en el que se trata el acceso a la justicia, expuso la Corte Constitucional, que este derecho, se relaciona directamente con el deber estatal de comprometerse con los fines propios del Estado social de derecho y, en especial, con la prevalencia de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, el respeto a la dignidad humana y la protección a los asociados en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (Art. 1o y 2o C.P), y continua exponiendo:

> *"El acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa -que está contenido en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior."*

De tal manera, encuentra la Corte que el artículo bajo examen, al consagrar el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, está desarrollando los postulados constitucionales contenidos en los artículos 29 y 229 del mismo cuerpo normativo. No obstante, para esta Corporación, la posibilidad que contempla la disposición

[345] *"ARTICULO 2o. ACCESO A LA JUSTICIA. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la Administración de Justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público".*

en comento incluye de igual manera, a las personas jurídicas y a los extranjeros, de forma tal que ellos cuentan también con título jurídico suficiente para solicitar a los jueces la resolución de los asuntos que se someten a su conocimiento. Por otra parte señala:

> *"En igual sentido, la norma bajo examen establece, en cabeza del Estado, el cargo derivado del amparo de pobreza, así como el servicio de defensoría pública. En cuanto a la primera figura, cabe señalar que ella se instituyó en el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de que aquellas personas que por sus condiciones económicas no pudiesen sufragar los gastos derivados de un proceso judicial, contaran con el apoyo del aparato estatal en aras de garantizar un efectivo acceso a la administración de justicia (Art. 229 C.P.), un debido proceso y la consecuente posibilidad de ejercer el derecho de defensa (Art. 29 C.P.). Es por ello que la legislación colombiana consagra los mecanismos necesarios para hacer efectivo el amparo de pobreza, tal como se desprende de lo dispuesto en los artículos 160 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (modificados por el Decreto 2282 de 1989) y en el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, entre otros."*

En virtud de lo anterior, y considerando que el artículo que se estudia se atiene a los parámetros establecidos en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, la Corte lo declaró exequible.

En cuanto al examen de constitucionalidad del tercer artículo[346], que recoge el derecho a la defensa, señala en primer término, que el propósito esencial de todo proceso judicial, es el de lograr la verdad, garantizar plenamente la posibilidad de que las partes interesadas expongan y controviertan, con plenas garantías, los argumentos que suscitaron el litigio judicial. De tal manera anotó:

---

[346] "ARTICULO 3o. DERECHO DE DEFENSA. *En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla".*

"En ese orden de ideas, la Constitución de 1991, precisando aún más lo dispuesto por la de 1886, se encargó de definir al derecho de defensa como un derecho fundamental autónomo, ligado, por razones obvias, al debido proceso, a través del cual -como lo anota la sentencia antes citada- se permite a toda persona controvertir las acusaciones que en materia administrativa o judicial se presenten en su contra, con lo cual, a su vez, se hacen efectivos otros derechos, como son el derecho a la libertad, a la seguridad, el de petición y aun el derecho a la vida."

De conformidad con lo dicho, recuerda la importante Corporación, que toda persona acusada ya sea ante las instancias administrativas o ante las judiciales, tiene el derecho a defenderse y que el artículo 29 superior, agrega que quien sea sindicado, tiene derecho a ser asistido por un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; y que esta disposición, debe, complementarse con el artículo 229 superior que remite a la ley, la responsabilidad de definir los casos en que se puede acceder a la administración de justicia sin la representación de abogado.

Finalmente se anota en la sentencia, que de conformidad con lo expuesto, la Corte encuentra ajustado a la Constitución el principio consagrado en el artículo 3o del proyecto de ley, que permite ejercer el derecho de defensa, sin excepción alguna en todo proceso judicial o administrativo. De igual forma, la posibilidad de gozar de la defensa pública técnica, por parte de quienes no cuentan con recursos económicos suficientes para hacerse a los servicios de un abogado, está íntimamente relacionada con las consideraciones hechas en torno al artículo anterior, razón por la cual también se encuentra conforme a los postulados constitucionales. No obstante se adiciona en esta providencia:

"Dentro de los parámetros precedentes, deberá aclararse que, para la Corte, la inclusión del término "y administrativas" dentro del artículo bajo examen, no contraviene postulado constitucional alguno, pues se parte de la base de que a propósito del ejercicio de la función judicial se presentan igualmente

actuaciones de índole administrativo -como por ejemplo las que realiza la Sala Administrativa del Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura-, las cuales deben ajustarse a los principios rectores del debido proceso y, por ende, a garantizar el derecho de defensa."

En estos términos, entonces, el artículo 3o es declarado exequible. Volviendo a la Sentencia C-037 de 1996, mediante la cual, como se ha reiterado, se realizó la revisión constitucional del proyecto de Ley *"Estatutaria de la Administración de Justicia"* número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, procedamos a revisar lo atinente respecto del artículo 5[347]:

En primer lugar apunta la Corte Constitucional, que el objetivo fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad. Para ello, dice la Sentencia, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces. Respecto del primero anota:

"La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales. En este punto resulta de importancia anotar que el hecho de que alguna otra rama del poder público participe en la designación de algunos funcionarios judiciales –como es el caso del Senado y

[347] "ARTÍCULO 5o. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. *La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.*
"Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias".

del presidente de la República en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional- o que colabore en el buen funcionamiento de la administración de justicia –mediante el concurso económico, logístico o material- no significa, ni puede significar, que se le otorgue facultad para someter la voluntad y la libre autonomía del juez para adoptar sus decisiones. En igual sentido, debe decirse que la independencia se predica también, como lo reconoce la disposición que se estudia, respecto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial. La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia "son independientes", principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley", donde el término "ley", al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política."

En cuanto a la imparcialidad, se expone en la providencia que ésta, se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se observa además en este fallo, que se trata de un asunto no sólo de índole moral y ético, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. Indica la jurisprudencia en mención, que el logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad.

Finalmente, la Corte encuentra, que el artículo 5o del proyecto de ley, al garantizar la plena independencia y autonomía del juez respecto de las otras ramas del poder público y de sus superiores jerárquicos, se ajusta a los parámetros precedentes, razón por lo declara exequible.

SUBECCION 1. Seguridad jurídica: Presupuesto del debido proceso y fundamento de la norma estudiada.

Empezaremos el estudio del principio a la seguridad jurídica, señalando que, no obstante ser un principio del que debe partir el debido proceso, su importancia en esta investigación es de tal envergadura que se le ha decidido dedicar una Subsección entera; sea lo primero entonces, traer un de los primero fallos de la Corte Constitucional al respecto:

> *"La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada."*[348]

Parte de la doctrina[349], considera que la certidumbre jurídica consiste en la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada; siendo la certidumbre, en el ámbito de derecho punitivo, tanto en el penal, como en el administrativo sancionatorio, total y se traduce en la tipicidad necesaria de todos los elementos que configuran las conductas antijurídicas o dicho de otro modo, en una vinculación negativa a la ley, equiparable a una pauta de actuación en virtud de la cual todo lo no prohibido se encuentra permitido. No

[348] SENTENCIA C-543 DE 1992 Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.
[349] José Luis Villar Palasi y José Luis Villar Ezcurrra, Madrid. 1993. Reiterado en la Sentencia Sentencia C-543/92

obstante, fuera del ámbito del derecho punitivo, como son las relaciones civiles entre los particulares, la certidumbre jurídica ante un determinado negocio o actuación es menor debido a la superposición normativa, éste de permanecer.[350]

De acuerdo a la obra "*La protección jurídica del ciudadano*", de José Luis Villar Palasi y José Luis Villar Ezcurrra, la incertidumbre en el derecho administrativo (Español) llega a ser, en sus términos, aberrante; no solamente por la complejidad de sus disposiciones, sino también por la ausencia creciente de elementos estructurados que permitan conocer el funcionamiento del sistema. En opinión de estos doctrinantes, el Derecho Administrativo (Español), existe un suerte de zozobra o angustia de parte del particular, ante el derecho administrativo, debido a lo confuso que resulta y que se fundamente en el incumplimiento de las regulaciones que se ciernen sobre los administrados.[351]

Apuntas estos autores, que lo que postula el principio no es el conocimiento de la solución jurídica ante un caso concreto, aspecto que, en definitiva corresponderá decidir ante los Tribunales, como el derecho a tener cierta seguridad acerca de la regulación jurídica aplícale a un supuesto o conducta determinadas. No obstante, anotan, que la sociedad actual, se caracteriza, por un incremento notable y creciente de su entropía jurídica hasta un punto tal que la incertidumbre es la regla y la seguridad jurídica la excepción. Seguidamente anota:

> *"Todo ello no debe hacer olvidar, empero, que nuestro sistema jurídico se articula en base a los preceptos de la Constitución entendida como soporte de la legalidad de todas las restantes normas. Consiguientemente, y por muy imperfecto que sea nuestro ordenamiento jurídico, ha de tenerse presente que existen reglas y preceptos jurídicos a cuya luz deben ser interpretadas las restantes para justificar su validez. En ese sentido, el principio de seguridad jurídica que tan ampliamente ha definido el Tribunal Constitucional en*

[350] VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRRA, José Luis. El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho. La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Editorial Civitas. Madrid. 1993. P. 101.
[351] Ibídem. P. 102

sentencia de 20 de julio de 1981 (la seguridad jurídica… es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad), es en definitiva, la clave de bóveda sobre la que se articula el derecho a la certidumbre que ahora traemos a colación.''[352]

Posteriormente, sostienen José Luis Villar Palasi y José Luis Villar Ezcurrra, que por esta creciente oleada de normas se está produciendo una situación que es todo lo contrario de la seguridad jurídica. Hasta el punto que coligen, que el autor de la infracción. Finalizan señalando, que el particular, sujeto pasivo por definición de todo el sistema, se encuentra ya legitimado para pedir cuentas y exigir, una mínima certidumbre jurídica, y si para ello es necesario cambiar hasta los cimientos del sistema, que se cambien, pues no es vano el Derecho encuentra su fundamento último en el ser humano, y no puede correr el riesgo de extraviarse en senderos diferentes por muy atractivos que puedan parecer. En definitiva, al Derecho de nuestro días podría serle aplicada la misma reflexión que, hace ya tiempo hiciera Nietzsche en cuanto a la filosofía: "*El filósofo supone que el valor de su filosofía reside en todo y en la estructura, pero la posteridad encuentra el valor de ésta en la piedra empleada para construir y que posteriormente será empleada para hacer construcciones aún mejores. Encuentra valor en el hecho de que a estructura pueda ser destruida aun reteniendo su valor como material de construcción…*"[353]

En el ámbito nacional, en cuanto al alcance de la Seguridad Jurídica, la Corte Constitucional ha precisado varias cosas a saber: se consigna en la Sentencia T-502 de 2002 que la seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales; que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1[354], 2[355], 4[356], 5[357] y 6[358] de la Carta, así mismo ha

[352] Ibídem.
[353] Ibídem. P.p. 103-104
[354] Constitución Política de Colombia. Artículo 1. *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*
[355] *Ibídem. Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política,*

expresado que la seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones.[359]

Además se señaló, que en términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento; en ese sentido la seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. Por otro lado, en materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia; como también otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado.

Posteriormente se agregó en dicha jurisprudencia, que en el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros)[360] o constituyentes (C.P. Art. 375)[361], para intentar

---

administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[356] *Ibídem. Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

[357] *Ibídem. Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.*

[358] Ibídem. Artículo 6. *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

[359] Corte Constitucional Sentencia T-502/2002

[360] *Constitución Política de Colombia. Artículo 161. Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría.*
Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto.

ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3)[362], para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, expone la Corte, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo), y luego expresa:

> "*la existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello*

Artículo 162. Los proyectos de ley que no hubieren completado su trámite en una legislatura y que hubieren recibido primer debate en alguna de las cámaras, continuarán su curso en la siguiente, en el estado en que se encuentren. Ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas.
Artículo 163. El Presidente de la República podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley. En tal caso, la respectiva cámara deberá decidir sobre el mismo dentro del plazo de treinta días. Aun dentro de este lapso, la manifestación de urgencia puede repetirse en todas las etapas constitucionales del proyecto. Si el Presidente insistiere en la urgencia, el proyecto tendrá prelación en el orden del día excluyendo la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva cámara o comisión decida sobre él.
Si el proyecto de ley a que se refiere el mensaje de urgencia se encuentra al estudio de una comisión permanente, ésta, a solicitud del Gobierno, deliberará conjuntamente con la correspondiente de la otra cámara para darle primer debate.
(…)
Artículo 166. El Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta.
Si transcurridos los indicados términos, el Gobierno no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, el Presidente deberá sancionarlo y promulgarlo. Si las cámaras entran en receso dentro de dichos términos, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado dentro de aquellos plazos.

[361] *Ibídem. Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.*
El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.
En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

[362] *Ibídem. Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:*
1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.
2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.
3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.
4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto.
5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.

apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general. Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos.''[363]

Finalmente anota la sentencia, que de ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso[364].

Conviene plantear percepciones de un par de doctrinantes en torno a la materia a fin de enriquecer el debate. Nos anticipamos a decir que éstos encontraran una posición a favor o en contra al respecto: en primer término Luis Fernando Álvarez, ex presidente del Consejo de Estado, plantea algo que resulta ser completamente atinado frente a nuestro problema

[363] *Ibídem.*
[364] *Ibídem*

jurídico y es que la extensión del precedente es una figura dirigida a la administración y no tanto a la jurisdicción pues son la autoridades administrativas sobre quienes recae el deber que esta figura plantea. Considera él que esta institución beneficia a los ciudadanos, garantizando el Derecho a la igualdad, a la administración brindándole nuevos instrumentos de acción, y a los jueces por la seguridad jurídica. En su sentir los funcionarios judiciales y administrativos no pierden su autonomía al poder argumentar las razones para apartarse del precedente.

Por su parte, Javier Tamayo Jaramillo, ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia no cree que la aplicación del precedente garantice la coherencia del sistema jurídico, tomando en cuenta la naturaleza de nuestro sistema jurídico, pues en su opinión para evitar una contradicción el sistema debe estar fundamentado en la jurisprudencia o en la ley, no en ambas, como eventualmente sucedería, además, supone que en la práctica los jueces no se atreverían a apartarse del precedente, por temor de incurrir en prevaricato como lo ha manifestado la Corte Constitucional[365].

Finalicemos revisando el artículo de Juan Roberto Hurtado Poma, "*¿Actos jurisdiccionales de los fiscales penales? Una tentativa de enfoque*" [366] quien anota que, es bastante reconocido que, dentro del Sistema de Administración de Justicia, existen dos valores que constantemente se encuentran en pugna, se superan dialécticamente en determinado momento y circunstancia; siempre buscando la superación, esos valores, señala son la seguridad y la justicia.

Recuerda Juan Roberto Hurtado Poma, citando a Juan Montero Aroca, que el fundamento de la cosa juzgada es la seguridad jurídica[367], y por tanto habrá cosa juzgada cuando la resolución resuelva un conflicto y se irrevocable; de tal manera explica que, así la cosa juzgada se sustenta en tres pilares: la inimpugnabilidad (imposibilidad de revisar internamente un fallo judicial que ha quedado firme), la inmutabilidad (imposibilidad de su

[365] La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley. Ámbito Jurídico. Legis. 4 de Febrero de 2011.
[366] http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090603_01.pdf
[367] MONTERO AROCA, Juan. "Los efectos del proceso", en DERECHO JURISDICCIONAL, VOL. II. José María Bosch Editor. Barcelona, 1995.

ulterior modificación por algún agente externo al Poder Judicial) y la coercibilidad (la posibilidad de utilizar la fuerza pública para hacer cumplir el mandato) de la sentencia, de acuerdo a este auto, citando otros[368]; téngase en cuenta que, como lo señala, el jurista Juan Montero Aroca, hacen tránsito a cosa juzgada solo las resoluciones que resuelvan la cuestión de fondo planteadas[369], por tanto ese hecho discutido no podrá ser revocado, ni atacado, esa inatacabilidad se refiere, primero al mismo proceso en que se dicta la resolución, convirtiéndola en inimpugnable, y a ello se denomina cosa juzgada formal; y cuando la inatacabilidad se refiere a un proceso distinto, impidiendo que el tema se someta de nuevo a discusión, se habla de cosa juzgada material, siendo ésta la verdadera cosa juzgada, y que no la producen todas las resoluciones sino, en principio, únicamente las sentencias sobre el fondo; finalmente, señala el autor de este artículo que enseña Montero Aroca, que los efectos externos de una cosa juzgada material, es doble:

A) Un aspecto negativo o excluyente, es decir, que aquella supone la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, es decir, sobre la misma pretensión. Es el tradicional principio del non bis in ídem, que no impide que una persona formule su denuncia contra otra, para discutir entre las mismas partes y por el mismo hecho, pero es obvio que la excepción de cosa juzgada impedirá se dicte un nuevo fallo sobre el fondo.

B) Un aspecto positivo o prejudicial, es decir, este aspecto es consecuencia del anterior e implica el deber de ajustarse a lo juzgado cuando haya de decidirse sobre una resolución de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. Aquí la cosa juzgada no opera como excluyendo de una decisión sobre el fondo en un proceso posterior, sino que le sirve de apoyo, el maestro cita como ejemplo, si en un proceso se discutió que NO hubo una servidumbre de paso, y en otro posterior una de las partes insiste en el pago de daños y perjuicios derivados del paso, se tendrá

[368] QUIROGA LEÓN, citado por Ricardo HERRERA VÁSQUEZ, materiales elaborados para la ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Programa de Formación de Aspirantes. Módulo sobre FUNCIÓN JURISDICCIONAL, Lima,
2000, Perú. p. 47.

[369] MONTERO AROCA, Juan. "La Cosa Juzgada" Concepto. Materiales elaborados por CARLOS ALBERTO MATHEUS para la ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Programa de Formación de Aspirantes. Módulo sobre TEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Lima, 2000, Perú. p. 364 al 368.

que partir de un elemento prejudicial que en los hechos discutidos no hubo servidumbre, pero puede seguir discutiéndose de los daños y perjuicios derivados del paso.

Posteriormente recuerda Hurtado Poma, que el profesor Juan Monroy Gálvez, sostiene que hay cosa juzgada no solo en la decisión sobre el fondo, sino que es posible que aquella institución también se produzca excepcionalmente en decisiones por ejemplo que declaran la improcedencia de la demanda, sustentadas en una infracción procesal (regularmente conectada con la pretensión), por ejemplo las resoluciones que declaran fundadas una excepción de prescripción o de cosa juzgada, en resumen la cosa juzgada no necesariamente fluye de una sentencia, puede fluir de un auto, y en el aspecto penal es frecuente ver los autos de sobreseimiento que se dan normalmente cuando un Fiscal luego de haber formalizado investigación preparatoria y al culminar el plazo de ésta, se forma una certeza negativa, es decir, está convencido que no hay delito y por tanto solicita un sobreseimiento al cual el Juez puede concordar, por tanto el auto respecto a esos hechos punibles tendrá el carácter de cosa juzgad.

Finalmente, el autor intenta distinguir entre la cosa juzgada material con lo conceptuado como "cosa decidida administrativamente", "cosa juzgada administrativa" o "acto definitivo", lo que resulta muy atinado para nuestra investigación, para ello se basa en el criterio de Gonzáles Pérez y Danós Ordoñez, con esta institución se alude al estado en que el acto administrativo deviene inmodificable en el procedimiento administrativo, pero no definitivamente inalterable pues cabe la posibilidad de su impugnación en la vía judicial mediante la interposición de la correspondiente acción contencioso administrativa, contenida en el artículo 148 de la Constitución y finalmente hablamos de cosa decidida cuando el acto o resolución es inmodificable en la vía administrativa, pero no necesariamente por haber sido emitida por la última instancia, lo que ocurre cuando precluye, es decir no es impugnado dentro del plazo legal, lo fundamental es que para ambos casos procede la acción contencioso administrativa contra resoluciones que sólo tengan el carácter de la "cosa decidida"

Conclusión de ésta cuarta parte tenemos que la cosa juzgada se sustenta en tres pilares que son la inimpugnabilidad, la inmutabilidad, y la coercibilidad, pudiendo reconocerse una cosa juzgada formal y otra material, alcanzando a la sentencia de mérito o a un auto, pero que permite concluir definitivamente el conflicto sin necesidad de pronunciarse sobre el fondo; la cosa juzgada al ser irrevocable, inalterable e inatacable admite como excepción que en un nuevo proceso se vuelva a discutir el conflicto establecido entre las mismas partes, ello en forma excepcional a través de la cosa juzgada fraudulenta en sede civil y la acción de revisión en sede penal; y corolario de esto es que la cosa juzgada material se distingue de la cosa decidida administrativa emitida por el Poder Ejecutivo porque ésta puede ser revocada en impugnación casi inmediata en otra sede como es el Poder Judicial a través de la acción contenciosa administrativa. Estas últimas conclusiones son importantes, pues nos permitirá saber si los actos emitidos por los Fiscales Penales producen actos jurisdiccionales con las características ya precisadas por la doctrina y si éstos tienen la calidad de ser cosa juzgada material o cosa decidida, debiendo optar por una de ellas, para evitar las confusiones que se vienen produciendo en nuestro medio.

SUBSECCIÓN 2. La autonomía de la Administración de justicia y de la autoridad administrativa.

Luis María Diez-Picazo, en su artículo denominado: "*Sobre la independencia judicial: Notas de derecho comparado"*; apunta que un análisis de la independencia judicial en el derecho comparado no puede ser abordado sin hacer algunas observaciones previas de carácter general. De tal forma, señala que la idea misma de independencia judicial se halla vinculada a la aparición y al desarrollo del Estado de Derecho, es decir, de aquella forma de Estado en que las relaciones entre gobernantes y gobernados no son determinadas por la sola fuerza, sino que están reguladas por genuinas normas jurídicas. De aquí, que la independencia judicial sea uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho y el núcleo duro e indiscutido de su significado jurídico-político. De tal suerte, expone Diez-Picazo, que la administración de la justicia no debe ser pura manifestación del poder político, ni quedar supeditado en manera alguna a aquellos órganos del estado que ejercen dicho poder político; y ello, porque de nada serviría dictar normas que limitan la actividad

de los gobernantes si ulteriormente en la fase de aplicación contenciosa del derecho, éstos pudieran influir en la resolución de los litigios; y se permite citar a Montesquieu:

> "*tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo no del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor*."[370]

Posteriormente, expone el tratadista Diez-Picazo, que dos aspectos de la idea de independencia judicial, frecuentemente pasados por alto, merecen ser destacados:

Por una parte, la preocupación, del constitucionalismo por garantizar la independencia judicial, está íntimamente relacionada con la convicción de que el ejercicio de la función jurisdiccional no es algo puramente mecánico y predeterminado en todos sus extremos; sin necesidad de entrar ahora en la compleja cuestión de hasta qué punto es licito la discrecionalidad judicial o más en general, hasta qué punto la actividad de interpretación y aplicación del derecho puede ser creativa; resulta claro que la independencia judicial solo tiene sentido en la medida en que las resoluciones judiciales añaden algo a las previsiones normativas.

Como segundo aspecto, enseña que la independencia judicial no es solo una pieza básica del Estado de Derecho para el correcto funcionamiento técnico-jurídico de éste, sino que también lo es desde el punto de vista de su legitimación política, indispensable para dicha forma de Estado. Añade, que la percepción por parte de los ciudadanos de que sus jueces actúan con independencia es una de las circunstancias necesarias para que asuman y aprecien los valores en que se funda el Estado de Derecho, es decir, que además de que se haga justicia, ésta debe ser vista.[371]

[370] DIEZ-PICAZO, Luis María. Sobre la independencia judicial: Notas de Derecho Comparado. En: La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez Tomo I. 1993. P. 161.
[371] Ibídem. P.161-162.

Seguidamente, Diez-Picazo, plantea como problemática, que la independencia judicial, puede ser vista concebida, en la práctica, en dos sentidos diversos: como valor y como garantía. Como valor, explica este autor, la independencia judicial coincide con lo que suele denominarse independencia funcional, también llamada sustantiva o decisional, es decir, la regla básica del ordenamiento en virtud de la cual el Juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional, debe estar sometido únicamente a la legalidad o, por expresarlo con precisión, al vigente sistema de fuentes del Derecho.[372]

De otro lado, como garantía, la independencia judicial es un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del mencionado valor, si bien este es también protegido a través de otros principios que, en rigor, son diferentes de la independencia judicial (división de poderes, juez natural, imparcialidad, exclusividad, etc.); de tal manera, el principal problema a resolver en el ámbito derecho constitucional es el de la independencia como garantía, por lo que puede decirse que es ésta la independencia judicial stricto sensu.[373]

De igual forma, Diez-Picazo, reconoce diversas facetas o subespecies a saber; la llamada independencia personal, que constituye la forma tradicional e, incluso hoy, más importante de garantía; la independencia personal, protege a cada juez individualmente considerado y consiste en el conjunto de características de su posición o status constitucional que lo ponen al reparo de eventuales presiones de los órganos estatales de naturaleza política, esto es, el parlamento y, sobre todo, el poder ejecutivo.[374]

A su turno, explica Diez-Picazo, que la independencia judicial, como garantía, puede ser, colectiva o interna; la primera, tiende a proteger a la judicatura en su conjunto frente a los demás poderes del Estado; la segunda, ampara al juez individualmente considerado frente al resto de estructura judicial. Estas formas más modernas de independencia como garantía,

[372] Ibídem. P.162.
[373] Ibídem.
[374] Ibídem.

sin embargo poseen aún unos contornos más imprecisos, hasta el punto de que, se verá, pueden llegar a albergar bajo una misma rubrica tecinas e institutos diversos.[375]

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho comparado, encuentra Diez-Picazo, la independencia judicial se debe estudiar, dos grandes modelos: el anglosajón y el europeo continental. En relación al modelo anglosajón cabe resaltar lo siguiente:

> *"Es preciso subrayar que el modelo anglosajón de independencia personal del juez, hasta aquí descrito en sus líneas maestras, se apoya en ciertos rasgos sobreentendidos de los ordenamientos de common law, así como en algunas consolidadas prácticas políticas. Ante todo, la judicatura goza de la más alta consideración social y es vista como la culminación de una brillante carrera jurídica. Los jueces son seleccionados entre abogados experimentados y prestigiosos, aunque en Estados Unidos también los profesores de Derecho tienen acceso a la judicatura. Ello determina que la judicatura (bar) y la abogacía (bench) constituyan una profesión unitaria, imbuida de unos mismos valores y dotada de un fuerte ethos de auto-exigencia y autocontrol corporativos; y también determina, sobre todo, la inexistencia de una específica carrera judicial, con todo lo que ella implica de expectativas de ascenso y deferencia hacia aquellos que pueden influir sobre el mismo. Los jueces anglosajones, una vez nombrados parta un tribunal dado, no alimentan esperanza de ascenso, porque la llegada al cargo judicial es ya en si misma el éxito profesional; y, si bien en los últimos decenios es algo más frecuente la provisión de vacantes en Tribunales superiores con juristas ya experimentados como jueces de Tribunales inferiores, ello no conlleva necesariamente un mayor prestigio."*[376]

[375] Ibídem. P.162-163. Concluye señalando: "Así las cosas, es claro que la independencia judicial en sentido propio –esto es, entendida como garantía- no puede ser valorada en abstracto, ni cabe su articulación jurídico-positiva si tomar consideración otros rasgos definitorios de cada ordenamiento dado. El tipo de garantías en que, en cada caso, consiste la independencia judicial no puede, en otras palabras, dejar de guardar un mínimo de coherencia con otros factores tales como la forma de gobierno dentro del género liberal-democrático (parlamentaria, presidencialista, etc.) y el modelo global de organización judicial (tipo de juez y modo de selección, existencia o no responsabilidad judicial, sistema de gobierno de la judicatura, etc.). Es más: es precisamente el conjunto de estos factores el que define el modelo de independencia judicial vigente en cada ordenamiento.

[376] Ibídem. P. 166.

Seguidamente, pone de presente, Diaz-Picazo, cómo funciona la independencia judicial, en el sistema anglosajón, de conformidad se citó previamente, de tal forma, expone:

> *"(...) este sistema se apoya sobre la convención de que los nombramientos judiciales no se basan en razones políticas puramente partisanas. (...) lo normal es que los nombramientos judiciales queden al margen de la lucha partidista cotidiana."*[377]

De igual forma, explica que colabora en esa forma de independencia, en la forma de la organización de la administración de justicia, en el sentido, de poner, gran parte de la administración de justicia, sobre todo en primera instancia, en manos de órganos no cubiertos por jueces genuinos, tales como jueces de paz u órganos administrativos de arbitraje; de tal suerte expone:

> *"el modelo anglosajón de independencia personal del juez, basado en la selección de profesionales de altísimo prestigio a los que se dota de absoluta, inmunidad, puede funcionar, sencillamente porque hay pocos jueces. Sólo así se evitan los riesgos de situar en una posición de tanto poder a personas que carecen de las necesarias cualidades personales y profesionales."*[378]

De otro lado, sostiene Diez-Picazo, que las llamadas, independencia colectiva e indecencia interna, son prácticamente inexistentes en el modelo anglosajón; siendo la independencia colectiva, entendida como la sustracción a los órganos de naturaleza política de toda facultad de decisión sobre la situación de los jueces carece, por definición, de sentido allí donde no existe una carrera judicial y donde los jueces, nombrados por el poder político, son absolutamente inamovibles de sus puestos e irresponsables; y si la interna, se entiende en su sentido propio de imposibilidad de fiscalización, fuera del cauce de los recursos, de la

[377] Ibídem. P. 166-167.
[378] Ibídem. P. 167.

actuación de un juez por parte de otros Jueces, tampoco tiene sentido lógico, dado que el juez es irresponsable.[379]

Ahora que si la independencia interna, es entendida como, proscripción de mecanismos indirectos de influencia de unos jueces sobre otros, normalmente, los superiores sobre los inferiores, a través de instrucciones; la respuesta debe ser muy matizada, y ello, porque actos formales de esta índole no existen, el common law, no se apoya en la idea de la absoluta inmediación en el juez y la legalidad objetiva. Antes al contrario, es cierto que se trata de un derecho en gran medida de creación judicial y basada en el poder y relevancia de los jueces que lo administran; pero como contrapeso, ello no se produce libremente, sino a través de las estrictas reglas de la doctrina del recedente. Esta vinculación al precedente hace que el juez este siempre atento a las opiniones de otros jueces, por lo demás la independencia individual, en el interior de los órganos judiciales colegiados queda garantizada desde el momento en que consustancial con el common law.[380]

En cuanto al sistema continental europeo, Diez-Picazo, se permite hacer una crítica frente a cómo funciona en éste, el la independencia judicial. En primer término, plantea dos razones históricas, como causa de los problemas o contradicciones del sistema continental europeo, a saber:

> *"la implementación del absolutismo y, por consiguiente, de su paradigma jurisdiccional. Este, como es notorio, consistía en que la jurisdicción –al igual que el resto de las funciones estatales- era prerrogativa del monarca, siendo loes jueces meros agentes de éste, el cual los podía nombrar y separar ab libitum."*[381]

La segunda razón histórica, la revolución francesa, que derivó en una versión heterodoxa de la división de poderes, según la cual quedaba vedado a los Tribunales toda fiscalización de la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo; en concreto, se les prohibió interpretar la

[379] Ibídem.
[380] Ibídem. P.167-168
[381] Ibídem. P. 168.

ley, actividad que se reputaba parte integrante de la función legislativa, noción básica del juez como mero instrumento de aplicación de la ley.[382]

Señalados tales antecedentes, entra Diez-Picazo a señalar las problemáticas; explica que la aparición del juez-funcionario y la carrera judicial, que son aún hoy los rasgos definitorios de la judicatura continental europeo: el juez no es un profesional experimentado y prestigioso del Derecho, que como culminación de su carrera es llamado al ejercicio de la jurisdicción, sino un licenciado en Derecho normalmente sin experiencia previa y cuya personalidad global resulta desconocida, que aspira ascender dentro de un cuerpo de funcionarios y que, por tanto, es sensible a cuento pueda suponer un obstáculo para la consecución de este objetivo. De tal manera, dentro de este modelo, no cabe la unidad de la profesión jurídica, ni mecanismos colectivos de auto exigencia y autocontrol profesionales, sino que prima la lógica burocrática.[383]

En relación a las problemáticas, plantea Diez-Picazo, el ingreso a la judicatura y la lucha por la inmovilidad, entendida como traslado contra la voluntad del interesado; este problema se da frente a la independencia personal de juez, por estar al abrigo de las veleidades de la política.[384]

De otro lado, apunta como problemática, que el juez europeo-continental, es a diferencia del juez anglosajón, responsable por los actos realizados en el ejercicio de su función; esto porque la inmunidad es políticamente incompatible con el juez-funcionario.[385]

Frente a la independencia colectiva, expone que se trata, de sustraer al poder ejecutivo todas aquellas decisiones de administración de una judicatura burocrática susceptibles de incidir sobre la independencia de sus miembros.[386]

[382] Ibídem. P.169.
[383] Ibídem. P.p. 169-170
[384] Ibídem. P.p. 170-171
[385] Ibídem. P. 172.
[386] Ibídem. P. 173.

Finalmente concluye, señalando que el modelo de juez-funcionario era relativamente satisfactorio y coherente con ciertas características de los ordenamientos decimonónico, tales como el hecho que éstos se apoyaban sobre unos pocos códigos, razonablemente claros y estables, cuya pausada interpretación era posible gracias a la ayuda de la una doctrina científica autorizada; no obstante, la situación cambio, con la toma de consciencia del fenómeno de las lagunas de la ley, la multiplicación de la legislación y la descodificación del ordenamiento.[387]

En cuanto a otros elementos doctrinarios, tenemos la traducción hecha por Rodrigo Correa, del artículo "*El grado adecuado de independencia*"[388] de Owen M. Fiss, quien comienza su análisis sobre el tema, señalando que en las discusiones sobre la transición de las dictaduras a las democracias en los años ochenta en América Latina, ha sido común la fijación dos postulados: primero, que el poder judicial va a tener un rol importante en los nuevos regímenes democráticos y, segundo, que deberán realizarse todos los esfuerzos por asegurar su independencia. En su sentir, ambos postulados se pueden aceptar sin mayor reflexión; no obstante, considera que el concepto de independencia judicial es mucho más complejo de lo que inicialmente parece; en efecto, sostiene que el término "independencia" es generalmente utilizado para caracterizar la relación de la judicatura con otras instituciones u organismos públicos.[389]

De acuerdo Owen M. Fiss, que un juez independiente es aquel que no está bajo la influencia o control de nadie. Sin embargo, es consciente de que surge un elemento de ambigüedad debido a la existencia de distintos tipos de instituciones u organismos públicos de los cuales el juez debería ser independiente. A partir del interrogante: ¿de quién, debe

[387] Ibídem. P. 175.

[388] Versión publicada en la revista Derecho y Humanidades No. 5 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago (1997), a cuya dirección agradecemos los permisos otorgados para su publicación. Este trabajo fue escrito en 1993, y publicado en inglés en la revista Inter-American Law Review, No. 1, vol. 25, otoño de 1993, Universidad de Miami. Fue traducido por Rodrigo Correa, abogado de la Universidad de Chile y máster en Derecho, Universidad de Yale. (N. del E.) Sterling Profesor of Law, Universidad de Yale.

[389] La independencia es un atributo esencial del buen juzgamiento, pero no es el único, y nada se gana colocándola por sobre todas las virtudes judiciales. Yo discrepo de la extensión del concepto de independencia judicial que hace el profesor Kahn (1993), al incluir la "independencia de la ideología". Los jueces pueden ser independientes, pero fallan al desatender sus deberes más elementales porque no entienden los tópicos que tienen ante ellos, carecen de coraje o son capturados por una filosofía desgastada y anticuada.

ser independiente el juez? Fiss plantea una noción de independencia, a la que Correa denomina "desvinculación de las partes" la cual requiere que el juez sea independiente de las partes en litigio, ya sea sin estar relacionado con ellas, o bien sin estar de ninguna forma bajo su control o influencia. Este aspecto de la independencia está basado en la idea de imparcialidad y es incuestionable en su exigencia: mientras mayor sea la desvinculación entre el juez y las partes, mejor.

Ensena el profesor Owen M. Fiss, como otra forma de independencia la "autonomía individual" que hace referencia a las relaciones entre colegas o al poder de un juez sobre otro. De manera que señala como en los sistemas de derecho común o *Common Law*, los jueces sienten la presión de otros jueces a través de la doctrina del *stare decisis* o precedente. No obstante lo anterior, tanto en los países de derecho continental como en los de derecho común, el control colegial puede ser ejercido sobre los jueces de menor jerarquía a través de los procedimientos ordinarios de apelación. Según él, estas formas tradicionales de control colegiado no amenazan la independencia que legítimamente pertenece a un juez. Pero otras formas burocráticas de control, como la instituida en Estados Unidos con de la Ley de Reforma de Consejos Judiciales de 1980[390], puede amenazar la independencia de un juez o, más específicamente, la exigencia de autonomía frente a un control burocrático. Dicha ley permite a un grupo de jueces, actuando a través de una organización y no mediante los procedimientos normales de apelación, revisar el trabajo de un juez en particular y aplicarle medidas disciplinarias.

Indica, el citado constitucionalista que esta tradición es nutrida por vastas normas culturales y por ideología individualista americana, apoyándose en la práctica, más prevalente en las cortes federales, de reclutar jueces lateralmente. Alguien que pasa a ser juez después de una larga y exitosa carrera profesional o política, esperará una mayor autonomía individual que quien se mueve dentro de los rangos de un cuerpo profesional. No obstante, según Owen M. Fisss, en Estados Unidos la desconfianza en dicho control burocrático no está determinada completamente por la cultura y puede tener una base más teórica.

[390] Ley de reforma de los consejos judiciales y de conducta e inhabilidad judicial de 1980, párrafo 3, 28 U.S.C. párrafo 372 8 (6) (B) (1989).

De conformidad, con este artículo, para Fiss, el poder de los jueces está limitado por el proceso a través del cual ejercen el poder, a la necesidad de escuchar todos los puntos relevantes y por tener que justificar su decisión en orden a publicar razones aceptables. Estos límites se respetan cuando los jueces de las cortes de jerarquía superior supervisan a otros jueces a través del procedimiento ordinario de apelación.

Luego, pone de presente, el doctrinante estudiado, una tercera forma de independencia, la llamada "insularidad política"; la cual requiere que la judicatura sea independiente de las instituciones políticas y del público en general. Esta forma de independencia se superpone a la desvinculación respecto de las partes siempre que uno de los litigantes ante la corte sea otra rama del Estado (por ejemplo, el ejecutivo), pero es requerida aun cuando un caso sea entre particulares. Por tanto, debería ser vista como un requisito separado. Es de la naturaleza de la función judicial, y es obligación de los jueces, decidir lo que es justo y no escoger la mejor política pública ni el curso de la acción más deseada por el público. La autoridad moral de la judicatura depende no sólo del proceso de diálogo a través del cual los jueces ejercen su poder, cual es escuchar los argumentos y dar justificaciones, sino también de que ellos sean libres de cualquier influencia política. Lo mejor de la insularidad del control político es que los jueces más idóneos están para hacer lo que es justo y no lo que es político. Posteriormente, apunta Owen M. fiss, en su artículo:

> *"Mientras la insularidad política puede ser vista como uno de los fundamentos de la autoridad judicial, también es cierto que su grado de independencia, a diferencia de la imparcialidad, no es implacable en su demanda. Aspiramos sólo a una cantidad limitada de insularidad. De hecho, nuestra investigación para insularizar la judicatura del control político está calificada por dos tipos de límites, y el principal propósito aquí es identificar esos límites. Uno se origina en nuestros compromisos democráticos con la regla de la mayoría. La insularidad puede ser necesaria para impartir justicia, pero liberar a la judicatura del control popular puede interferir en los valores democráticos.*

Por esta razón, la insularidad política de los jueces en un ordenamiento democrático no es y no debería ser completa."

Un segundo límite deriva del hecho de que la independencia constituye un régimen relativo. Un determinado régimen no está obligado a respetar la independencia de la judicatura establecida por un régimen previo, no más de lo que una nación está obligada a respetar la independencia de la judicatura de otra nación. Mientras el primer tipo de límite en la demanda de insularidad será ilustrado en referencia a la experiencia de Estados Unidos, porque a menudo se considera que posee el poder judicial más independiente, el segundo tipo será desarrollado en referencia a la transición a la democracia ocurrida en Argentina y Chile en la década de los ochenta.

"La independencia de los jueces es un ideal del Estado de derecho, y en ese sentido una idea regulativa. Plantea este doctrinante que en la cultura jurídica han prevalecido dos concepciones diferentes del Estado de derecho, una más mecánica y otra más normativa. La primera ha tendido a pensar que la eficacia de los ideales regulativos del Estado de derecho depende del correcto diseño de las instituciones, es decir, es básicamente una función, y el diseño de las instituciones hace referencia a posiciones de los sujetos, equilibrios de poderes, formas de acción creadas, procedimientos, etc. La segunda, por el contrario, ha tendido a pensar que la realización de los ideales depende de la conducta y de las actitudes de los sujetos relevantes y, en consecuencia, ha tendido a poner énfasis en la transformación de los valores en deberes dirigidos a ciertos sujetos, es decir hacer referencia a la eficacia de los valores y fines."

En su criterio, es evidente que estas dos concepciones han tenido su reflejo en el análisis de la independencia de los jueces. Seguidamente, sostiene que por un lado, existen infinidad de textos que se centran en el diseño de la situación institucional del juez, de forma que la independencia viene a ser prácticamente una variable dependiente de factores tales como la inamovilidad, la predeterminación, el autogobierno de los jueces, etc. Por otro, están

aquellos textos que interpretan el principio de independencia en términos de un deber de independencia de los jueces que se traduce en la exigibilidad de ciertas actitudes y conductas, y que no depende sólo ni fundamentalmente del marco institucional en el que el juez desarrolla su función (aunque éste obviamente puede facilitar u obstaculizar el cumplimiento de ese deber de independencia).

De tal manera, encuentra claro Owen M. Fiss, que una buena concepción de la independencia de los jueces no puede prescindir de ninguna de las dos perspectivas. También estima claro, que la tendencia dominante ha sido la de reducir el principio de independencia a la cuestión del marco institucional adecuado para que los jueces puedan ejercer su independencia. Una buena prueba de esa tendencia a la asimilación es, por ejemplo, la confusión que existe en España entre la independencia de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales y el autogobierno de los jueces (del poder judicial). Pero el autogobierno podrá ser un elemento muy importante del marco institucional adecuado o idóneo para que los jueces puedan ejercer su independencia; sin embargo, lo que es obvio es que los jueces no son independientes sin más por el hecho de que se auto gobiernen. Lo mismo podría decirse de la inamovilidad y otros tantos elementos del marco institucional que hace posible, facilita o trata de garantizar la independencia. Si no se está atento en procurar evitar la referida reducción, se corre el riesgo de acabar concluyendo cosas tan ridículas como que por el hecho de contar con jueces predeterminados e inamovibles se cuenta ya con jueces independientes. Quede claro pues que una cosa es el principio de independencia y otra el estado de cosas institucional adecuado para facilitar y garantizar la independencia. Una prueba palpable de que las cosas son así es que el principio de independencia rige en Estados que prevén marcos institucionales muy diferentes entre sí, de manera que este principio es compatible con formas muy distintas de reclutamiento y selección de los jueces –desde la elección popular al examen por oposición, pasando por el nombramiento por el poder ejecutivo con confirmación del legislativo–, y su gobierno –desde el autogobierno corporativo al gobierno desde el ejecutivo–, etc.

> *"La referida tendencia a la asimilación entre el principio de independencia y el marco institucional adecuado para ejercer la independencia ha producido un*

desequilibrio en el análisis de las implicaciones normativas del principio de independencia. Es una cuestión de acento, pero no es insignificante. El énfasis en el marco institucional suele ser el resultado de tomar en consideración fundamentalmente los riesgos que para el Estado de derecho suponen las injerencias de los diferentes poderes sociales (especialmente las del poder político) en la actividad jurisdiccional. Ello, que sin duda es muy relevante, no debe llevar a restar importancia en el análisis normativo del principio de independencia a los que son sus principales destinatarios. Y es claro que éstos no son los gobiernos, los partidos políticos, los sindicatos, ni los grupos de presión, sino los jueces mismos. El principio de independencia tiene que traducirse normativamente también en un deber de independencia de todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales."

A su turno, expresa Owen M. Fiss, que los estudios de ciencia política sobre independencia judicial presentan inconsistencias conceptuales que dificultan la comparación de casos. Con el objeto de superar esas dificultades, hemos dado una definición de independencia judicial susceptible de ser medida por medio de indicadores indirectos. Dicha definición está conformada por dos dimensiones, una positiva y una negativa, ampliamente desarrolladas en el artículo e íntimamente vinculadas. El concepto formulado, en ese sentido, es útil en la medida en que propone un marco referencial preciso y medible.

En otro orden, en los estudios que abordan la medición de la independencia judicial es posible encontrar ciertos rasgos comunes. Por un lado, se basan en algunas proposiciones generales y en reglas de inferencia derivadas, que nunca o muy pocas veces quedan explícitamente formuladas. Por el otro, se tiende a ser reticente a la hora de justificar la validez de los indicadores utilizados. Tratando de echar luz sobre el tema, el presente trabajo hace explícitas las proposiciones y reglas de inferencia implícitas en los métodos de medición utilizados por la literatura, y señala las debilidades y virtudes de los mismos.

En general, es posible concluir que en todos los métodos resulta problemática la validez de sus indicadores. En el primero, la validez resulta cuestionable cuando consideramos que la

norma siempre permite varias posibilidades decisorias. En el segundo, cuando consideramos el hecho de que los valores siempre se juzgan en relación con otros o cuando no controlamos la variable normativa. En el tercero podemos aseverar, sin temor a equivocarnos, que la validez es inexistente si no controlamos la variable normativa. En el cuarto, cuando consideramos que existe la posibilidad de que ocurran violaciones al debido proceso legal sin el conocimiento del juez. En la medición de instituciones, en cambio, la validez resulta dudosa desde el momento en que la virtualidad instrumental de las instituciones no se encuentra empíricamente contrastada. Por último, en la medición por medio de percepciones la validez queda en entredicho ante evidencias empíricas que indican que las percepciones no reflejan la realidad objetiva. A estos problemas generales es posible añadir otro: al ser la independencia judicial un concepto que refiere a un juez individual, no es permisible extrapolar las inferencias de independencia al conjunto del poder judicial, a menos que analicemos una muestra representativa de jueces. Ello no impide, sin embargo, que echemos mano a otras hipótesis o proposiciones generales sobre las cuales fundar esas extrapolaciones (por ejemplo, argumentando y probando que las instancias judiciales inferiores son permeables a los patrones de conducta de sus superiores). Como se puede colegir de todas estas disquisiciones, la materia objeto de la independencia judicial es escurridiza. Nuestras mediciones se basan en reglas de inferencias, y éstas en proposiciones estocásticas no contrastadas y algunas evidentemente falsas. Por otro lado, nuestras inferencias se basan en indicadores de discutible validez; a renglón seguido apunta.

> *"Es pertinente inquirir, al tenor de estas consideraciones, qué grado de significación puede tener la elección de un nivel de medición ordinal o de intervalo (por ejemplo, como el índice de Feld y Voigt, o el de ABA/Ceeli). Creemos que el nivel de medición más adecuado a los fines de nuestra conceptualización es el dicotómico. El estado actual del conocimiento no nos permite indagar sobre los "grados" de la independencia judicial. El sentido común nos dice que cuando un juez actúa movido por coacciones o intereses sesgados, dicho juez carece, lisa y llanamente, de independencia judicial. Resulta exagerado entonces hablar de "grados" de independencia judicial en*

el caso concreto. Estaríamos creando, de manera artificial, diferencias que no existen. El nivel de medición ordinal o de intervalo tal vez sea apropiado si nos referimos a un conjunto de casos judiciales, o a un conjunto de jueces, o cuando el concepto medido es otro (por ejemplo la independencia estructural). Dicho nivel podría obtenerse asignando un valor dicotómico a cada caso concreto del que interpretemos la independencia o dependencia. Posteriormente podríamos sumar esos valores en el conjunto de casos analizados, logrando de este modo una medida aditiva. Pero un procedimiento semejante es, por el momento, impracticable. En primer lugar, porque habría que analizar todos los casos resueltos por un juez, empresa a todas luces digna de un dios más que de un hombre, y luego porque esas medidas, para que sean significativas, deberían ser comparadas con las obtenidas con otros jueces, lo cual resultaría aún más arduo."

De tal manera, Owen M. Fiss que en general, es posible defender racionalmente el siguiente argumento: basta que existan indicadores válidos y fiables que determinen que un juez carece de independencia, para inferir esa carencia a todo su universo de casos. De allí la conveniencia de utilizar medidas dicotómicas (dependencia-independencia) cuando la unidad de análisis es el juez.

Finalmente, Owen M. Fiss, concluye señalando que de manera general, puede decirse que el método más sólido para indagar la independencia judicial de determinado juez u órgano reside en el análisis profundo de casos paradigmáticos. Afortunadamente, la ausencia de independencia judicial se percibe nítidamente cuando los casos son de relevancia institucional y cuando la interpretación del derecho es absurda o manifiestamente contraria a su significado; y que el estudio pormenorizado de estos casos, entonces, es una técnica aconsejable para determinar la independencia judicial. También resulta recomendable la medición "de facto" de instituciones cuando las garantías o los modelos normativos que se

postulan como instrumentales se hallan justificados en la teoría o la práctica de la reforma judicial[391].

Citadas las anteriores posiciones doctrinarias, comencemos el examen jurisprudencial del principio de la autonomía judicial con fundamento en la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional al mismo. De manera reciente, es posible evidenciar que en la Sentencia de Tutela 238 de 2011, esta Corporación se refirió a varios aspectos del citado principio; en primer término, inicio refiriéndose a la naturaleza de la función judicial y de la independencia y autonomía de quienes la cumplen. Sostuvo en ese oportunidad la Corte que la actividad judicial o la administración de justicia, tenía como principal objetivo, la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, siendo así una de las tareas básicas del Estado, lo que señalan, lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y es, según ellos, aceptado sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. Posteriormente señalan que la importancia de esta función es tal, que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados. Entrando en lo que al principio se refiere, se lee en esta jurisprudencia, que de igual forma se ha reconocido la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, la que acertadamente consideran, condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de un orden social justo. Para ello, más adelante, el Título VIII de la carta política determina entonces el diseño institucional de la Rama Judicial y establece las funciones de los distintos órganos que la integran. Sobre estas bases, en años recientes esta función ha sido definida por el legislador (estatutario) en los siguientes términos:*[392]*

[391] http://ilsa.org.co:81/AFE3A751-98C4-4622-BED4-C0ABD92932E1/FinalDownload/DownloadId-38216B57DF44A4FC261E5EAE9F944B05/AFE3A751-98C4-4622-BED4-C0ABD92932E1/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-02.pdf

[392] Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 238 de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Seguidamente, continúa la jurisprudencia refiriéndose a la línea jurisprudencial del concepto de función judicial, así pues, señala la sentencia que la Corte Constitucional ha construido desde sus inicios una sólida y trascendental línea jurisprudencial en torno al concepto de la función judicial, sus características e implicaciones. De tal manera, indica que a partir de su reconocida importancia para el correcto funcionamiento de la vida en sociedad, y del principio consagrado en el artículo 229 superior conforme al cual se garantiza a toda persona el derecho de acceder a la administración de justicia, como vehículo que es de la efectividad de los otros derechos, esta corporación le ha reconocido a esa prerrogativa el carácter de derecho fundamental, protegible entonces a través de la acción de tutela. De otro lado, dice la sentencia que la importancia de la función judicial y su condición de mecanismo indispensable para la vigencia de los derechos ciudadanos es también exaltada por los principales tratados internacionales de derechos humanos, que por la vía del artículo 93 superior hacen parte del bloque de constitucionalidad.[393]

En cuanto al respeto a la autonomía e independencia del juez, como garantía; se tiene que según la sentencia, ésta es La gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y relievadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.[394]

La sentencia citada, contrasta con la Sentencia C-542 de 1992, uno de los primeros pronunciamientos de la Corte que permiten observar la evolución de la misma, Empecemos por revisar lo que ha dicho la Corte Constitucional, como se observa:

[393] Ibídem.
[394] Ibídem.

"De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia."

No obstante se hace la siguiente salvedad en la ponencia del doctor José Gregorio Hernández Galindo que se estudia:

"(...) Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales, a los cuales ya se ha hecho referencia. De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se

controvierte.''[395]

Dicho lo anterior debemos enfocar los pronunciamientos judiciales respecto de la autonomía judicial, como garantía diferente a la de las autoridades administrativas, lo anterior considerando la tesis, de que se puede vulnerar al debido proceso de los administrados al no contar con las mismas garantías que en un proceso judicial, en el que normalmente llevarían esta causa; podemos observar entonces los siguientes pronunciamientos de la corte constitucional: en la Sentencia C-037 de 1996, ya referida mediante la cual, como se ha reiterado, se realizó la revisión constitucional del proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, *"Estatutaria de la Administración de Justicia",* procedamos a revisar lo atinente a esta parte de la investigación, en dicho importante pronunciamiento jurisprudencial; respecto del artículo quinto[396] se dijo:

En primer lugar apunta la Corte Constitucional, que el objetivo fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad. Para ello, dice la Sentencia, la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces. Respecto del primero anota:

> *"La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus*

[395] SENTENCIA C-543 DE 1992 Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
[396] "ARTÍCULO 5o. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. *La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.*
"Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias".

competencias constitucionales y legales. En este punto resulta de importancia anotar que el hecho de que alguna otra rama del poder público participe en la designación de algunos funcionarios judiciales –como es el caso del Senado y del presidente de la República en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional- o que colabore en el buen funcionamiento de la administración de justicia –mediante el concurso económico, logístico o material- no significa, ni puede significar, que se le otorgue facultad para someter la voluntad y la libre autonomía del juez para adoptar sus decisiones. En igual sentido, debe decirse que la independencia se predica también, como lo reconoce la disposición que se estudia, respecto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial. La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia "son independientes", principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley", donde el término "ley", al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política."

Ya en la Sentencia T-566 de 1998, con ponencia del doctor Antonio Barrera Carbonell, la Sala Segunda de Revisión, expresó:

"Esta Corporación ya ha precisado en distintas ocasiones que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia.(...)"[397]

[397] Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 566 de 7 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Posteriormente, en la misma sentencia, al referirse a la autonomía funcional de los servidores públicos, se anota que la autonomía para la rama ejecutiva es mucho más restringida que para la judicial, en cuanto a la aplicación de la ley se refiere, pues siempre existe como fuente de derecho la jurisprudencia, mientras que la administración no puede olvidar que es un mero ejecutor de la misma; como se observa a continuación:

> *"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."*[398]

Esta jurisprudencia, de manera tajante, estableció que las autoridades judiciales tenían una facultad que las administrativas no, cual es la autonomía funcional, cosa que pone en condición de inequidad a particulares que pretendan el reconocimiento de algún Derecho ante distintas clases de autoridades. Miremos que dice la siguiente jurisprudencia un poco más reciente.

> *"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."*[399]

La anterior jurisprudencia es reiterada posteriormente en el año 2004 en el que se dijo:

---

[398] Ibídem.
[399] Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 569 de 31 de Mayo de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.

"Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho."[400]

Habiendo citado estos tres fallos, se hace evidente que el juez está en una posición distinta a las autoridades administrativas, en la medida de que el primero por mandato constitucional goza de autonomía funcional en el artículo 228 de la Constitución Política.[401] Lo que le permite además de un análisis independiente del caso de Estudio y así más garantías para el particular y para todos los asociados, la posibilidad de separarse del precedente y de acuerdo al contexto tomar una decisión más adecuada. Cosa que no puede hacer la autoridad administrativa bajo ninguna posibilidad de acuerdo a estas jurisprudencias.

En contraposición al primer argumento que se planteó en este texto en contra de la figura, podemos observar que la Corte Constitucional, aunque no se ha contradicho en esto, si plantea la siguiente consideración que aminora un poco el sentido de los primeros tres fallos citados.

"(...) la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de Estado al que pertenecen. El artículo 1º de la Constitución 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, que se vería

[400] Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 116 de 12 de Febrero de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.

[401] CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA TITULO VIII DE LA RAMA JUDICIAL
CAPITULO I DE LAS DISPOSICIONES GENERALES
ARTICULO 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

desdibujada si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en cuenta la interpretación que haga la cabeza de la respectiva jurisdicción. La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio- un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores."[402]

El anterior párrafo explica el límite de la autonomía judicial, al establecer que la función pública a pesar de ser independiente, dentro de ella misma debe ser coherente, lo que se manifiesta en la concordancia y en la sujeción entre las providencias judiciales, bajo el entendido de dos elementos: en primer lugar que la orientación que tiene el Estado como república unitaria debe extenderse también a su ordenamiento jurídico y su rama judicial y en segundo lugar; que esta se encuentra organizada de forma funcionalmente jerárquica por lo que resulta primordial el respeto por la interpretaciones de los tribunales y más aún por los órganos de cierre.

El primer y principal argumento que se esbozara parte del supuesto de que la autoridad administrativa crea derecho considerando que al extender los efectos de una jurisprudencia a otro particular, además de consolidarse una situación jurídica concreta, se manifiesta la función jurisdiccional del Estado. Podemos observar entonces los siguientes pronunciamientos de la corte constitucional:

"Esta Corporación ya ha precisado en distintas ocasiones que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su

[402] Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 836 de 9 de Agosto de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia.(…)" (Subrayado fuera del texto original.)

"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."[403](Subrayado fuera del texto original.)

Esta primera jurisprudencia de manera tajante estableció que las autoridades judiciales tenían una facultad que las administrativas no, cual es la autonomía funcional, cosa que pone en condición de inequidad a particulares que pretendan el reconocimiento de algún derecho ante distintas clases de autoridades. Miremos que dice jurisprudencia un poco más reciente.

"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."[404] (Subrayado fuera del texto original.)

La anterior jurisprudencia es reiterada posteriormente en el año 2004 en el que se dijo:

"Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez

[403] Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 566 de 7 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[404] Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 569 de 31 de Mayo de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.

puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho."[405] (Subrayado fuera del texto original.)

Habiendo citado estos fallos, se hace evidente que el juez está en una posición distinta a las autoridades administrativas, en la medida en que el primero por mandato constitucional goza de autonomía funcional en el Artículo 228 de la Constitución Política[406]; lo que le permite además de un análisis independiente del caso de estudio y así más garantías para el particular y para todos los asociados, la posibilidad de separarse del precedente y de acuerdo al contexto tomar una decisión más adecuada; cosa que no puede hacer la autoridad administrativa bajo ninguna posibilidad de acuerdo a estas jurisprudencias.

En contraposición al primer argumento que se planteó en contra de la extensión de la jurisprudencia, por la falta de autonomía de las autoridades administrativas podemos observar que la Corte, aunque no se ha contradicho en esto, si plantea la siguiente consideración que aminora un poco el sentido de los fallos citados.

"(…) la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de Estado al que pertenecen. El artículo 1º de la Constitución 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, que se vería desdibujada si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en cuenta la interpretación que haga la cabeza de la respectiva jurisdicción. La consagración constitucional de una

[405] *Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 116 de 12 de Febrero de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.*

[406] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. ARTÍCULO 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio- un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores.''[407]

El anterior párrafo explica el límite de la autonomía judicial, al establecer que la función pública a pesar de ser independiente, dentro de ella misma debe ser coherente, lo que se manifiesta en la concordancia y en la sujeción entre las providencias judiciales, bajo el entendido de dos elementos: en primer lugar, que la orientación que tiene el Estado como república unitaria debe extenderse también a su ordenamiento jurídico y su rama judicial y en segundo lugar, que esta se encuentra organizada de forma funcionalmente jerárquica por lo que resulta primordial el respeto por la interpretaciones de los tribunales y más aún por los órganos de cierre.

La importancia de citar y explicar lo anterior, está, en que teóricamente se estrechan las diferencias entre el juez y la autoridad administrativa, las cuales se habían zanjado en las primeras sentencias en cuanto a la autonomía se refiere, considerando que aunque es claro que el juez tiene más autonomía no es del todo cierto que sea de tal envergadura como para decir que tiene más garantías un particular que acude ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que le reconozca un Derecho derivado de un precedente judicial, como sucede hoy, que aquel particular que en el futuro recurrirá a la autoridad administrativa para que extienda los efectos de la jurisprudencia, ya que si observamos el artículo 102 de la ley que se analiza, la autoridad tiene poder decisorio y en esa medida se observa que ni la autonomía de los jueces es absoluta ni la de los particulares del todo nula.

SECCIÓN B. Actos jurídicos producidos en ejercicio del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

[407] *Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 836 de 9 de Agosto de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.*

Como se ha venido anotando en estas líneas, varias de las hipótesis giran en torno a determinar si las autoridades administrativas al extender los efectos de la jurisprudencia ejercerán funciones judiciales. Esto evidentemente tiene incidencia en los actos que de ellas emanen, en el sentido de que serían jurisdiccionales en vez de administrativos.

Sin embargo, la importancia de estudiar la teoría del acto administrativo, y de diferenciarlo de la naturaleza de acto jurisdiccional, no está solamente en los efectos que de uno u otro se puedan acaecer, sino que lo relevante es determinar la clase de acto que con ocasión de la figura las autoridades administrativas emitan, para a partir de allí, determinar las implicaciones de esto.

De tal manera, se pretende al incluir este tema en el proyecto, analizar las características propias de los actos administrativos, según la doctrina y la jurisprudencia, para posteriormente hacer lo propio con los actos jurisdiccionales para determinar en cual podemos encajar el acto de extensión de jurisprudencia de parte de las autoridades administrativas.

Por ahora y para aproximarnos al tema, anotemos en esta revisión bibliográfica un concepto en relación a la teoría del acto jurídico, considerando que el acto administrativo es una especie de éste, como Jorge Alfredo Domínguez Martínez, doctrinante mexicano nos comenta:

> *"El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias en derecho, las que son reconocidas por el ordenamiento jurídico."*[408]

En esta definición, podríamos agrupar, tanto los actos jurisdiccionales como los administrativos, no obstante, es importante anotarla, en la medida de que establece requisitos para el acto administrativo como acto jurídico.

[408] *DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocios Jurídicos e Invalidez. Cuarta edición. México D.F. Ed. Porrúa S.A.1996. P. 518.*

Anotemos también el concepto de Agustín Gordillo, de la Fundación de derecho Administrativo frente al Acto Jurídico de manera general:

> *"Son las decisiones, o declaraciones de voluntad, conocimiento o juicio, productoras de un efecto jurídico directo, esto es, del nacimiento, modificación o extinción de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho. Veremos más adelante que pueden distinguirse según sean unilaterales o bilaterales y a su vez, según sean individuales o generales, en el caso de los actos unilaterales.*
>
> *Podemos también adelantar ahora que igualmente pueden distinguirse en el caso de los actos unilaterales individuales, en actos "definitivos" o equiparables a ellos ("los que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado," v. gr., una orden de archivo de las actuaciones, o una decisión que niega al particular el derecho de defenderse, o el acceso a las actuaciones, o la defensa letrada, etc.) y en actos "interlocutorios" o "de mero trámite."*[409]

Dicho lo anterior el profesor Augusto Gordillo se refiere al Acto Administrativo señalando lo siguiente:

> *Dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho,*

---

[409] *http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf "Estos últimos son actos que producen un efecto jurídico directo, pero sin decidir el fondo de la cuestión central planteada: Un pase, un traslado, una vista concedida parcialmente, una medida ordenando o denegando la producción de una prueba, un acto relativo a la forma de producción de determinada prueba, el pedido de un dictamen o informe, etc.*
La diferencia entre unos y otros reside en que los recursos administrativos utilizables contra ellos de acuerdo con el decreto 1.759/72, son distintos en el caso del acto administrativo que decide el fondo de la cuestión o paraliza el procedimiento y en el caso del acto que decide una cuestión de trámite.
A su vez, ambos se distinguen de los actos o medidas preparatorias en que estas últimas no son recurribles, mientras que los primeros sí lo son, sin perjuicio de la diversidad de recursos aplicables y de que en principio sólo los actos definitivos o los que impiden la continuación del trámite son por ello siempre revisables judicialmente"

para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de "contratos administrativos" y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos "acto administrativo" y "contrato administrativo." Puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, cabe conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales y reservar el concepto de "acto administrativo" exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia.[410]

Para Carlos García Oviedo, catedrático de la universidad de Sevilla, la actividad administrativa se descompone en una serie de actuaciones mediante las que se cumplen los fines públicos, de tal manera, anota, el acto es ante todo una manifestación de voluntad, elemento que vemos se repite. En su sentir, éste será jurídico cuando tienda a producir un efecto de esta clase; por el contrario será material en los eventos en que verifique el designio propio del acto jurídico.[411]

Señala el profesor García Oviedo, que el acto jurídico es distinto al hecho jurídico, si bien ambos son acontecimientos que producen efectos de derecho, su origen es diferente, y tal diferencia, es justamente, la voluntariedad, de suerte que, el acto jurídico, es un hecho jurídico voluntario. En cuanto a los actos administrativos, resalta el profesor citado, que son actos que proceden de la administración, es decir el poder ejecutivo.[412]

Por su parte, el doctor Jairo Enrique Solano Sierra, al referirse a la noción del acto administrativo expone:

[410] *http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf*
[411] GARCIA OVIEDO, Carlos. Instituciones de Derecho Administrativo con Referencia a la Legislación y Jurisprudencia Españolas. Imprenta y Librería de Eulogio de las Heras. Sevilla. 1927. P. 218.
[412] Ibídem. P.219.

"El tratadista HAURIOU, definió el acto administrativo como "La declaración de voluntad expresada por una órgano administrativo y que determina, de manera unilateral, lo que es de derecho en un caso individual", de la cual se extractan los siguientes elementos que integran su noción:

a) Manifestación de voluntad unilateral; b) expresada por una autoridad en función administrativa; c) en determinación del derecho por aplicación de la ley en el caso concreto o individual."[413]

Seguidamente agrega, que también existen actos administrativos en los que, en su formación es evidente la voluntad del administrado al dar su consentimiento, y el que evidente la voluntad del administrado al dar su consentimiento, y el que la doctrina italiana denomina acto bilateral, que se realiza con la coincidencia de dos voluntades, como es el caso de la contratación estatal.[414]

Finalmente, dentro de esa noción de acto administrativo, que es en consecuencia, la decisión fundada en la voluntad de la administración, o conjuntamente con la voluntad del administrado, que propende a la aplicación de la ley para determinar el derecho en el caso concreto o individual; vale decir la decisión emana de un órgano administrativo con o sin intervención del administrado o particular en su formación, que debe proferirse con sujeción a la ley, tendiente a crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones.[415]

Por su parte, el doctrinante argentino, Roberto Dromi, encuentra claras diferencias entre el hecho administrativo y el acto administrativo, de tal manera expone, que el primero es un acontecer que importa un hecho material, una operación técnica o una actuación física de un ente público en ejercicio de la función administrativa. El acto por su parte, es en su sentir, en todo caso una declaración intelectual de voluntad, de decisión, de cognición o de

[413] *SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Práctica Administrativa. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2002. P.84.*
[414] *Ibídem.*
[415] *Ibídem. P. 85.*

opinión, que también produce efectos jurídicos. [416] Así comenta:

> *"Decimos, entonces, que el acto administrativo es una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa."*[417]

Pasemos ahora a incorporar a los catedráticos Eduardo García de Enterria y Tomas-Ramon Fernández al debate, señalan estos autores que el concepto surge en Francia al filo, y como expresión práctica, del principio de separación entre administración y justicia: se trataría de un acto jurídico exento del poder jurisdiccional del juez en cuanto producto de la autoridad administrativa y, por ello, sometido al solo control de esta, en la que se incluyen, los órganos de lo contencioso-administrativo en su primera configuración.

Exponen que este planteamiento se ha prolongado en Francia virtualmente hasta hoy; por una parte, en virtud del papel central que en su sistema tiene la partición de competencias jurisdiccionales, ordinarias y contencioso-administrativas. En segundo término, por el esfuerzo teórico que iniciado por Léon Duguit y su escuela pretende tipificar un concepto abstracto de acto jurídico como expresión de cada una de las funciones del Estado.[418]

De otra parte, afirman estos autores que otra segunda dirección pretende caracterizar el acto administrativo por las notas de auto-tutela que en si contienen, sostienen que dos tendencias

---

[416] *DROMI, Roberto. Acto Administrativo. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. Hispania Libros Madrid México. Buenos Aires, Madrid, México. 2008. 16-17 Continua señalando: "El hecho no es una exteriorización intelectual sino material. Ahora bien, es posible que el hecho administrativo sea resultado de la ejecución de un acto o simplemente sea una operación material, sin decisión o acto previo. Ordenar la destrucción de una cosa es un acto. Destruir la cosa es un hecho. También es un hecho destruir la cosa directamente, sin previa declaración, en cuyo caso faltará el acto administrativo.*
El acto administrativo tiene presunción de legitimidad por cuanto determina la obligación del particular de cumplirlo y el nacimiento de los términos para impugnarlo, transcurridos los cuales se opera la caducidad de los recursos. No ocurre lo mismo con el hecho administrativo, pues no existen normas positivas que le otorguen presunción de legitimidad.
El hecho administrativo no impone deberes a los administrados. Sus efectos jurídicos se reducen a imponer responsabilidad administrativa si se ha ocasionado un daño. Ahora bien, si el ordenamiento jurídico exige una declaración previa (acto previo) a la actuación administrativa, la falta de aquella hará responsable al ente público y al agente ejecutante por los daños y perjuicios que se ocasionen.
[417] *Ibídem. P.37.*
[418] *GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I. Editorial Temis S.A. Bogotá-Lima. 2008. P. 523.*

se encuentran aquí: por una parte, la que arranca de Otto Mayer en Alemania y hoy aún dominante en ese país, que formula la teoría del acto administrativo sobre el modelo de la Sentencia Judicial, como acto que decide autoritariamente la situación jurídica del súbdito en un caso individual; por otro, la teorización de decisión ejecutoria" como el acto administrativo prototípico, que parte de Hauriou y que se mantienen aún en la doctrina francesa.[419]

Señalan estos autores, esas de concepciones son notoriamente imprecisas. La primera, que liga el concepto de acto administrativo a la doctrina de la división de los poderes porque resulta a priori difícil y en la práctica totalmente imposible caracterizar cada uno de los poderes en la producción de un acto jurídico típico y unitario; los poderes no están divididos como supuestas funciones abstractas, de modo que son más bien, según ya consta, complejos organizatorios de principio políticos diversos pero en cuyo funcionamiento se dan necesariamente paralelismos e inclusos identidades técnicas.[420]

La segunda corriente, que identifica acto administrativo con el acto dictado por la administración con una especial fuerza hacia el súbdito, discrimina notoriamente entre todos los actos jurídicos de la administración para limitar la teoría a los actos relacionales administración-súbdito, dejando al margen los actos administrativos, los actos internos, que se producen en el seno de la administración que los dicta sin relevancia externa, y no resulta aparentan, y agregan, que la auto-tutela, es un atributo de la administración, como sujeto, pero no tiene por qué expresarse de todos y cada uno de sus actos jurídicos; a renglón seguido adicionan:

> *"Pero hay más: en los dos planteamientos la teoría del acto administrativo soporta un peso excesivo, el de intentar expresar en una suerte de célula básica el microcosmos definitorio, la sustantividad y peculiaridad entera del derecho administrativo. Hay en la ciencia jurídica un momento, en efecto, en que se*

[419] *Ibídem.*
[420] *Ibídem. P. 524.*

intenta concretar en una especie única de relación jurídica o de acto jurídico toda la singularidad de los distintos sectores del ordenamiento (…)"[421]

Anotan los referidos catedráticos, que en el Derecho positivo, el acto administrativo es una institución más del derecho administrativo, pero no la institución por excelencia, que tenga que resumir todas las peculiaridades de este Derecho. En un sentido amplio, manifiestan que el acto administrativo es todo acto jurídico citado por la administración, sometido al derecho administrativo. De tal manera, distinguen: los actos materiales; los actos producidos por los administrados; los actos jurídicos dictados por la administración que no están sometidos al derecho administrativo.[422]

No obstante, señalan, que ese concepto amplio es desestimado en la doctrina y en la legislación, en favor de un concepto más estricto. Por una parte, anotan, se excluyen los reglamentos, que han de integrarse en la teoría de las fuentes y que obedecen por ello a principios muy singulares. En segundo término, exponen, se excluyen los actos contractuales para hacer con ellos una teoría de los actos administrativos a los unilaterales. Por último, dicen, se independiza también el uso de la coacción administrativa para hacer de la misma una teoría singular, de modo que el acto administrativo se concreta en lo que son declaraciones y no ejecuciones. De tal forma coligen:

"Tras esa reducción conceptual el acto administrativo seria el acto jurídico unilateral de la administración distinto del reglamento y consistente precisamente en una declaración (hemos de dar por supuesto el concepto general de acto jurídico). Es justamente el concepto que se deriva de la regulación general contenida hoy de manera predominante en los capítulos II, III y IV del título V ("De las disposiciones y lo actos administrativos ") de la LP, que constituye una de las escasas regulaciones legales que de la institución

[421] *"(…) a ese momento corresponde exactamente la tensión de que dota a la teoría administrativo así entendida. Pere se planteamiento es más bien inocente: supone de entrada que los sectores ornamentales y aun las disciplinas científicas corresponden exactamente a principios formales abstractos y absolutos, lo cual no te por qué ser así, ni lo es en efecto. Ya lo hemos visto por lo que hace al derecho administrativo al estudiar su concepto." Ibídem.*
[422] *Ibídem.*

se encuentra en el derecho comparado, donde el concepto es, sobre todo, jurisprudencial (esta legalización positiva, en nuestro derecho de la teoría del acto administrativo no deja de implicar rigideces, al lado de generalización excesivas –lo iremos viendo-, pero ha sido en cierta manera una necesidad ante la pobreza de la jurisprudencia existente cuando la LPA de 1958, cuyos pasos ha seguido la vigente LPC, se dicta).”[423]

Apuntan, García de Enterría y Fernández, que no es justificado continuar con la exclusión de supuestos, para adelgazar aún más la teoría del acto administrativo y que no faltan posiciones que lo intentan: la reducción, dentro de los actos jurídicos de la administración, a los que tienen precisamente la condición de negocios jurídicos, o a los que tienen por destinatarios a particulares y contienen una regulación u ordenación de su derecho. Añaden, que la exclusión estará justificada en la medida en que los supuestos excluidos puedan ser objeto de una teorización independiente, lo cual dista de ser el caso, a nuestro juicio, al menos para nuestro derecho. [424]

Finalizan la delimitación del concepto de acto administrativo, anotando que es claro que la categoría sigue conviniendo a los actos de procedimiento, para los cuales existe hoy una especial sensibilidad y, por supuesto, para los actos administrativos que no alcancen la cuestionada categoría de negocios jurídicos de derecho público. Según estos tratadistas, el proceso de delimitación de supuestos para poder definir el acto administrativo como una figura institucional debe, pues, ser detenido, ahí, sin perjuicio de que dentro de la misma pueda luego diferenciarse subespecies distintas.[425]

Pasa seguidamente, los profesores, García de Enterría y Tomas-Ramón Fernández, definir el acto administrativo, de tal manera empiezan señalando, en atención a la delimitación conceptual, que acto administrativo seria así la declaración de voluntad, de juicio, de

[423] *Ibídem. P.525.*
[424] *Ibídem. P.p. 26-27. Continúa señalando. “No se trata de expulsar supuestos incomodos “a las tinieblas exteriores”, para no ocuparse más de ellos y poder complacerse en perfeccionar un objeto convencionalmente delimitado, sino de dar cuenta de la realidad. Esas concreciones dentro del género de acto administrativo podrán, en su caso, constituir especies separadas dentro del mismo, pero no parece que puedan intentar absorber en exclusiva todo el concepto.”*
[425] *Ibídem. P. 526.*

conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. Exponen, a su turno, que de esta definición derivan una serie de notas que han de estudiarse con alguna detención.[426]

En primer término, señalan, se trata de una declaración intelectual, lo excluye las actividades puramente materiales. No obstante, no ha de entenderse por declaración únicamente, la que formalmente se presenta como tal, o declaración expresa, sino también la que se manifiesta por medio de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa.[427]

En segundo lugar, apuntan que la declaración puede ser de voluntad, siendo esto normal en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de desconocimiento, como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto jurídico.[428]

En tercer término, anotan que la declaración en que el acto administrativo consiste, debe proceder de una administración, precisamente, lo que excluye, como ya han anotado los acto jurídicos del administrado, los supuestos actos materialmente administrativos dictados por órganos públicos no encuadrados en la administración, así como los contratos o convenios en cuanto que son fruto de varias voluntades y no solo de una administración.[429]

En cuarto lugar exponen, que la declaración administrativa en que el acto consiste, se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa. De tal manera explican, que por una parte, se excluyen los actos que expresan la capacidad y la titularidad de derechos comunes de las administraciones. De otro lado, anotan que sobre este punto, se edifica la relevancia jurídica de los actos administrativos: en cuanto son expresión de una potestad, producen los efectos jurídicos que tal potestad tiene como propio; y finalmente que resulta capital, que el carácter del acto administrativo como expresión necesaria de una potestad,

[426] *Ibídem.*
[427] *Ibídem. P.p. 526-527.*
[428] *Ibídem. P. 527.*
[429] *Ibídem. P. 528.*

conecta el acto a la legalidad y lo vuelve funcional de una manera peculiar en el seno de la misma, y concluye que no hay acto sin norma específica que lo autorice y lo prevea, que el acto administrativo, por diferencia sustancial con el negocio jurídico privado, es esencialmente típico, desde el punto de vista legal, nominado, no obediente a ningún genérico principio de autonomía de la voluntad, sino exclusivamente, a la previsión de la ley.[430]

Por último, reiteran respecto de la definición del acto administrativo, que la potestad administrativa ejercida en el acto ha de ser distinta de la potestad reglamentaria, en tanto el reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica.[431]

Concretamente en relación al acto administrativo refirámonos a lo dicho en la jurisprudencia:

> *"La teoría del acto administrativo ha sido un tema de profundo estudio por parte de la doctrina nacional y extranjera, y también por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Para efectos del examen de constitucionalidad del artículo 66 (parcial) del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), y de los argumentos expuestos por el demandante, así como por los representantes de los Ministerios de Gobierno y de Justicia y del Derecho, y por el Procurador General de la Nación, es preciso hacer referencia a la existencia, la eficacia, la fuerza ejecutoria y la suspensión provisional de los actos administrativos, sin que sea necesario analizar las diferentes modalidades de los actos administrativos, que consagra el ordenamiento jurídico nacional, salvo las enunciadas y aquella que distingue entre actos de carácter general, abstracto e impersonal y actos de carácter particular, personal y concreto, indicados en la demanda."*[432]

[430] *Ibídem. P. 529.*
[431] *Ibídem. P. 530.*
[432] *Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad 069 de 1995. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.*

Como observamos, son múltiples los temas que atañen a la teoría del acto administrativo, en la investigación nos enfocaremos en aquellos que distancian a éste del acto jurisdiccional, de tal forma y a modo de ejemplo citaremos un pronunciamiento de la misma jurisprudencia relativo a la existencia del acto administrativo, como una adecuada aproximación a la teoría que se estudiará:

> *"La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual."*[433]

SUBSECCIÓN 1. ¿Son los actos administrativos extensores de los efectos de la jurisprudencia discrecionales o reglados?

Comencemos el análisis respecto de la discrecionalidad de los actos administrativos dictados en razón del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, trayendo los conceptos del doctor Juan Francisco Palacios Ibarra, en su artículo: "El control de la discrecionalidad administrativa"[434]; señala el autor anotado, que la doctrina más tradicional ha coincidido en afirmar que, siendo el contencioso administrativo un procedimiento de control de la legalidad de los actos de los órganos administrativos, no es acertado someter a este control las decisiones que tomen los funcionarios públicos, que enmarcadas en la Ley, tengan un margen de discrecionalidad que permita a la autoridad decidir entre dos o más alternativas igualmente justas, en miras del interés público, cuando la ley les otorga esta libertad parcial.

---

[433] *Ibídem.*

[434] *PALACIOS IBARRA, Juan Francisco. "El control de la discrecionalidad administrativa." http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=53*

De otro lado, señala Palacios Ibarra, que una adecuada tarea de control o de la actividad de la Administración Pública por parte del juez contencioso, supone que éste analice cada caso concreto, para determinar si el órgano autor del acto se encuentra realmente frente a un acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional típica, es decir, si tiene la libertad de elegir entre dos o más posibilidades igualmente justas y, si además cumple con los elementos reglados del acto- como veremos, todo acto discrecional tiene elementos reglados, si su actuación respeta los principios de razonabilidad, buena fe, y, si el objeto del acto es adecuado al fin querido, expresa o tácitamente, por la norma que otorga la potestad al funcionario; y anota, que en último caso, el juez deberá igualmente verificar si el acto está limitado dentro de los principios generales del derecho, que son igualmente fuente del derecho administrativo.[435] Cita entonces al profesor argentino Juan Carlos Cassagne, quien, al abordar el tema del control judicial de los actos discrecionales advierte lo siguiente: "*Y en un verdadero Estado de justicia los jueces no pueden abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración ya que la independencia del poder judicial es precisamente la que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos*."[436]

Expone el doctor Palacios Ibarra, respecto de los actos reglados que, las potestades de los órganos estatales están previstas en la ley, así, dentro de un Estado de derecho el poder, en términos generales, nace de la norma jurídica y es ésta la que lo limita, por tanto el ejercicio de las potestades estatales debe estar previamente determinado en una disposición legal. Arguye además, que sólo las actuaciones cuyo sustento está en el ordenamiento legal, gozan de las garantías que tiene la actividad administrativa del Estado. Cuando esto no se cumple, se abre la posibilidad de impugnar tales actuaciones. Agrega, que generalmente, la norma legal establece la competencia, es decir, la medida de la potestad del órgano, el procedimiento que debe seguir para ejercer tal potestad, la forma de este ejercicio e incluso el objeto de su actividad y que cuando el precepto señala estas condiciones del ejercicio de

[435] *Ibídem.*
[436] *Ibídem.*

la potestad administrativa de los órganos del Estado, se está en presencia de las potestades o actividades regladas. De tal manera, a renglón seguido anota:

> *"En tales circunstancias, podemos decir, que el legislador se ha reservado para sí, la determinación del quién, del cómo y del cuándo, debe realizarse la actuación del órgano administrativo, sin que este 8último tenga ninguna libertad para agregar, bajo su criterio, alguna de las condiciones necesarias para su actuación. En definitiva, el órgano administrativo está sujeto invariablemente a la norma legal, sin que esto implique que estemos frente a una actividad automática del funcionario, pues de alguna manera, siempre la aplicación del derecho implica un ejercicio de interpretación."*[437]

En cuanto a la potestad discrecional anota, que a diferencia de lo previamente señalado, es posible encontrarse, frente a casos en que la ley no señala agotadoramente las condiciones del ejercicio de la potestad administrativa, sino que deja en libertad al sujeto del orden jurídico u órgano investido de poder, para completar la condición de su ejercicio. Expone que esta libertad concedida por la norma al funcionario público puede versar sobre la forma de su actuación, sobre la circunstancia o supuestos fácticos ante los cuales debe actuar o sobre el objeto mismo de su actuación; y continuación resalta:

> *"Es necesario resaltar que siempre el objetivo del ejercicio de la actividad estatal será el interés público o el bien común, pero dentro de este marco general, pueden preverse aspectos ante los cuales el órgano debe decidir en forma subjetiva, las formas, circunstancias o contenidos de su actuación. El órgano debe analizar en qué casos es procedente completar el cuadro legal de la potestad otorgada por la ley. Esto no implica que el órgano actúe al margen del ordenamiento jurídico, pues es la propia norma la que le concede una determinada libertad parcial, para su obrar."*[438]

---

[437] *Ibídem.*

[438] *Agrega a lo anterior: "Así mismo cabe agregar, que la ley sólo puede dejar para decisión del Órgano de la Administración alguno o algunos de los elementos o condiciones del ejercicio de la potestad, no todos,*

De otra parte, enseña el jurista ecuatoriano, cómo la doctrina enseña, que son cuatro los elementos que dentro de ejercicio de una potestad pública, nunca puede dejar de ser reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano administrativo y el fin de la actuación del órgano de la Administración, que como dijimos, siempre debe confluir directa o indirectamente al interés público. Apunta, que estos elementos, como el objeto y la causa o supuesto de hecho, que determinan la actuación, pueden ser dejados al agente, para que subjetivamente los complete; y que en definitiva, el funcionario, de la Administración tiene la libertad de decidir cuánto y cuando no debe actuar y si 10 hace, qué medidas debe tomar. Luego comenta:

> *"Ahora bien, es necesario aclarar que existe casos en los que el legislador no ha querido dar una potestad discrecional a un órgano administrativo, sino que, ha utilizado al momento de dictar una norma, conceptos jurídicos indeterminados, es decir, expresiones que para realizarse requieren de una análisis concreto en el caso examinado, puesto que la realidad no admite una determinación más precisa. Sin embargo, la calificación de la realidad puesta a examen al órgano no permite más que una solución."*[439]

En los renglones finales, comenta Juan Francisco Palacios Ibarra, que cuando el legislador dice la oferta más conveniente, no está dejando en libertad al órgano para que con una calificación subjetiva adopte una decisión de entre varias opciones posibles y legítimas, pues en este caso, no puede haber más de una oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales. Otra cosa sería, que se permita al órgano decidir la adjudicación de entre las ofertas más convenientes, a los intereses nacionales e institucionales. Es este último caso sí, estamos frente a la potestad discrecional típica, con lo cita a otros autores [440]como el profesor argentino Juan Carlos Cassagne, ha recogido

---

pues de lo contrario estaríamos frente a una actuación contraria al principio de reserva legal o de límite positivo de la competencia (...)" Ibídem.

[439]*Ibídem.*

[440] *García de Enterría explica de la siguiente manera: "La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos*

también la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, refiriéndose a ellos como un mecanismo de limitación de la discrecionalidad, advirtiendo sin embargo, que es un tema que se presta a muchas confusiones. En forma expresa, Cassagne cita como ejemplo de un concepto jurídico indeterminado, el de "la oferta más conveniente".

Por último, expresa el jurista ecuatoriano, que la calificación de la naturaleza reglada o discrecional debe resultar del análisis de las normas que otorgan en sí mismas una potestad, en tanto que esta norma se refiere de manera general, a ciertas materias que deberían considerarse como típicamente discrecionales, sin que, a nuestro criterio, permitan en forma terminante determinar o no tal calidad, pues insistimos, no es la materia sobre las que versen ciertos actos la que determina su naturaleza, sino sus características, sin que sea necesario que la ley advierta expresamente cuando nos hallamos frente a un acto originado en una potestad discrecional o reglada.[441]

Ahora bien, para adentrarnos en la relación, con la diferenciación de los actos administrativos discrecionales y reglados, es menester empezar hablando de la importancia de la discrecionalidad administrativa; al respecto Gabriel de Vega Pinzón[442], señala:

> "*La importancia del tema del poder discrecional de la administración radica en que, en la organización político-administrativa y en el plano estrictamente jurídico, constituye realmente el fiel de la balanza entre el poder de la administración, cada día más creciente y los derechos de los administrados frente al Estad; derechos que en definitiva – y en términos del sistema demo-*

---

al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional".

[441] *Ob. Cit. PALACIOS IBARRA, Juan Francisco.*

[442] *Abogado especialista en Derecho Administrativo; docente de la Universidad del Rosario desde 1980; árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá; conjuez de la jurisdicción Contenciosa Administrativa; consultor de entidades del sector público y empresas del sector público.*

liberal que se implantó en nuestra República desde sus inicios- son los que califican a los regímenes políticos como democráticos, al mantener la vigencia de aquel principio tutela, el fiel de la balanza; o autocráticos, al desconocerlo o tan siquiera vulnerando en cualquier forma." [443]

Por su parte, Eduardo García de Enterría, en su obra: "*Democracia, jueces y control de la administración*"[444] expone que la cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la administración es un tema clásico de la teoría del Derecho, estando en los orígenes mismos del derechos administrativo; que cada época ha ido dejando en él, la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales; y que inclusive, para algunos es el tema central del derecho administrativo. Está posición fue señalada primero, por el autor norteamericano Bernard Schwartz, quien en su obra "Administrative Law" manifestó:

"Verdaderamente, ¿de qué trata el derecho administrativo si no es del control de la discrecionalidad?"[445]

Volviendo al profesor, Gabriel de Vega Pinzón, y al concepto de discrecionalidad *per se*, éste señala que implica un previo discernimiento al actuar, ponderando las circunstancias de modo, tiempo y lugar, para que, de esa manera, se pueda tomar luego una determinación consciente en uno u otro sentido, pero siempre ajustada al raciocinio previo sobre cada caso concreto del acontecer humano.[446]

De tal manera podemos empezar a ver una evidente relación entre la autonomía propia de las autoridades judiciales y la discrecionalidad de la administración, como una necesidad, ante la imposibilidad de prever situaciones de orden posterior, dada la complejidad e incertidumbre de los acontecimientos sociales como naturales. Es así, como la libertad en el

---

[443] *DE VEGA PINZON, Gabriel. La discrecionalidad administrativa. Temas de derecho Administrativo Contemporáneo. Centro Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. Bogota. 2005. P. 145.*
[444] *GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "Democracia, jueces y control de la administración." Quinta Edición. Ediciones Civitas. Madrid. P. 31.*
[445] *SCHWARTZ, Bernard. Administrative Law. Second Edition. Little, Brown and Company. Boston and Toronto. P.611.*
[446] *Ob. Cit. DE VEGA PINZON, Gabriel. P.146.*

actuar, se vuelve el elemento más característico de las autoridades administrativas al expedir actos administrativos discrecionales, como de las autoridades judiciales en sus providencias.

Tal justificación de la discrecionalidad, la comparte el profesor Gabriel de Vega Pinzón, cuando apunta, que la ley como norma de contenido general de valides absoluta y prologada, se halla inhibida para ser el instrumento legal capaz de regular la realidad inestable; siendo la vida, una lección incesante del devenir permanente que fluye en proceso del tiempo. Convirtiéndose, la discrecionalidad, en su sentir, en la herramienta jurídica que el derecho le da a la administración para que la gestión de los intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades del momento, y concretándose en la potestad del titular de la función administrativa para ponderar los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar que motivan su decisión en cada caso y, de tal forma, poder escoger entre dos o más soluciones, siendo válidas y viables para el derecho, incluso la abstención en el obra.[447]

Cabe mencionarse en este punto, la posición de Tomas Ramón Fernández, en su obra: "Arbitrariedad y discrecionalidad", quien señala:

> *"El poder discrecional se percibe así prima facie, a partir de su denominación misma, como el "poder" por excelencia, es decir, como una capacidad incondicionada de imposición, que eso, en esencia, es el poder libre y exenta de cualquier fiscalización o corrección desde fuera de dar cuenta de sí misma, de justificarse en una palabra.*
> *Esta primera e intuitiva percepción de lo discrecional es, desde luego, general y opera en el ámbito funcional de los tres clásicos poderes del Estado, legislativo, Ejecutivo e incluso judicial."*[448]

Ahora bien, concretamente en lo que se refiere a la discrecionalidad de la administración,

[447] *Ibídem. P. 151.*
[448] *FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A., Madrid. 1991. P.17.*

esta ha sido definida por parte de la doctrina como la posibilidad que tienen los titulares de la función administrativa al ejercerla en cada caso específico para apreciar los hechos y las circunstancias que motivan su decisión y escoger entre dos o más soluciones, siendo todas válidas para el derecho[449].

Precisados los anteriores conceptos, hagamos un paréntesis para señalar que con el advenimiento de la Carta Política de 1991, hubo una transformación de un Estado de Derecho, a un Estado a un Estado social de Derecho, diferente este último, entre otras cosas, por los principios o presupuestos sobre los cuales se cimentaba, uno de ellos, el principio de legalidad, de acuerdo al cual los actos jurídicos del Estado deben respetar las normas de jerarquía superior. [450]

En relación, con la presunción de legalidad, respecto del acto administrativo, señala Jairo Enrique Solano Sierra, que dentro de los caracteres del mismo, ésta es de naturaleza implícita; lo anterior porque se presume que el acto fue expedido conforme al ordenamiento jurídico que regula su formación y constitución; explica, que es por ello, por lo que el administrado o al interesado afectado es a quien le corresponde probar lo contrario, esto es, su posible ilegalidad. Considera este autor, que desde estos dos extremos, legalidad y eventual invalidez, la presunción atribuida no es un valor absoluto, sino relativo, esto mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa. Finalmente, apunta que el reconocimiento implícito de esta presunción estriba en la juridicidad y regularidad que se supone del querer-obrar de la administración pública, en oposición implícita al ejercicio desviado de las atribuciones que le son propias.[451]

---

[449] *SARRIA OLCOS, Consuelo. "La discrecionalidad administrativa", El Derecho Administrativo en Latinoamérica II. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1986. P.173.*

[450] *Sentencia-449 de 9 de julio de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero. "(...) La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece pues sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanaos que se desprende del concepto de lo social.*
El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado Social de Derecho.
En ese sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad, independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia (...)"

[451] *Ob. Cit. SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. P.86.*

Antes de hablar de actos administrativos reglados y discrecionales, debemos referirnos a la facultada reglada en contraposición de la discrecional, la primera se refiere e a los casos en que la potestad está bien delimitada para expedir el acto administrativo pertinente, y el funcionario no tienen la posibilidad de decidir en un sentido o en otro, es decir no cabe opción distinta a la que por virtud de la misma ley

Retomando la lectura del profesor, Carlos García Oviedo, en cuanto a la disquisición entre actos administrativos discrecionales y actos administrativos reglados, este explica, que cuando la Administración, no está obligada a atenerse a ningún precepto jurídico preexistente obra discrecionalmente; tal libertad, se determina por el interés general, pero no mediante una regla especial jurídica. De otra parte, la actividad reglada, se propone la satisfacción de un deber de derecho. De tal forma, entiende este autor, que mientas el fin de los actos discrecionales, se refiere al cumplimiento de unos principios y es el único motivo de conducta y constituye su único límite, los actos reglados, pretenden la ejecución de un precepto legal determinado que se interpone entre aquel y el acto.[452]

Cabe anotar la posición del tratadista, Jairo Enrique Solano Sierra, quien en atención a la Escuela de Burdeos, considera que los actos administrativos, se pueden clasificar según su naturaleza o destinario en: 1) Actos normas o reglas, o actos reglamentarios, que crean situaciones generales impersonales y objetivas; 2) Actos individuales o subjetivos, que se derivan de aplicación individual de la norma de derecho; y 3) Actos discrecionales, que a su vez pueden ser: a) que aplican la situación general, creada por un acto-norma a un caso concreto (Declaratoria de insubsistencia); b) (Actos-condición). Su aplicación no ocurre sino con la intervención de un acto que someta a una persona a una persona o a una situación al estatuto abstracto creado por la norma; y c) Actos políticos o de gobierno.[453]

Desde otra perspectiva, en relación a la revocatoria, el tratadista, Miguel González Rodríguez, expone que para parte de la doctrina, los actos expedidos en el ejercicio de una

[452] *Ob. Cit. GARCIA OVIEDO, Carlos. P. 229.*
[453] *Ob. Cit. SOLANO SIERRA, Enrique. P. 88.*

competencia discrecional, debido a la naturaleza de ella, pueden ser revocados en cualquier momento, mientras los reglados. A su vez, señala que para otra parte de la doctrina, el hecho de que el acto sea el fruto del ejercicio de una competencia reglada, o de una discrecional, no lo hace revocable o irrevocable, puesto que mediante los dos pueden reconocerse derechos a los particulares, y es precisamente ello, el reconocimiento de un derecho o situación particular o concreta, lo que hace el acto revocable o irrevocable, pues la Administración no puede desconocer los derechos subjetivos que un acto emanado de una competencia discrecional haya reconocido posición que compartimos. Por último, anota que por lo demás, tanto el acto reglado como el discrecional pueden ser extinguidos por razones de conveniencia, oportunidad o mérito, si se reúnen los otros requisitos de ley[454].

Continuemos esta subsección, anotando las posiciones del doctor Hugo Alberto Marín[455] Hernández, profesor de la Universidad Externado de Colombia, quien se refiere a la polémica sobre la ubicación de la discrecionalidad en la estructura lógico-formal de la norma jurídica de derecho administrativo; en ese sentido señala que la obra de Mariano Bacigalupo Saggese es la que de una forma más completa y organizada da cuenta de las diferentes posturas doctrinales al respecto. En primera medida habla de la tesis según la cual la discrecionalidad solo se ubica en la consecuencia jurídica de la norma. Al respecto, anota que esta concepción es la mayoritaria en la doctrina alemana desde hace aproximadamente cuatro décadas, desde esta perspectiva, la discrecionalidad se definiría como:

> *"Margen de volición para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse.*"[456]

---

[454] *GONZALEZ RODRIGUEZ, Miguel. Derecho Procesal Administrativo. Decima Segunda Edición. Universidad Libre. ALVI IMPRESORES LTDA. Bogotá. 2007.*
[455] *MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. P.183.*
[456] *BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. La discrecionalidad. Marcial Pons librero editor. Madrid. 1997. P.p. 29 y 30.*

Explica entonces, que podrían identificarse, dos tipos de discrecionalidad: una discrecionalidad de actuación, consistente en la posibilidad de aplicar, facultativamente, no de forma preceptiva, las consecuencias jurídicas previstas por la norma habilitante, una vez se verifique la existencia de un caso subsumible en el supuesto de hecho; y una discrecionalidad de elección, si en el mismo supuesto, la Administración opta por actuar y la norma prevé como posibles varias consecuencias jurídicas alternativamente. Así pues, señala que para la concepción que expone, la discrecionalidad nunca puede operar en el ámbito de supuesto de hecho normativo, del cual pueden formar parte solamente conceptos jurídicos indeterminados que de suyo excluyen una posible apreciación discrecional toda vez que su aplicación implica un simple proceso de subsunción, en un ámbito estrictamente cognitivo.[457]

La segunda tesis, parte de que la discrecionalidad puede ubicarse tanto en el supuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica de la norma habilitante; expone en ese sentido, Marín Hernández, que es evidente que, en múltiples oportunidades, también del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativos es predicable cierto grado, mayor o menor, de indeterminación, lo que naturalmente confiere un margen de maniobra a la Administración. En su sentir, lo que interesa dilucidar es si dicho margen corresponde a una atentica facultad discrecional y, por tanto, supone libertad de decisión, o si ve trata del denominado margen de apreciación, ubicable ya no en la esfera volitiva, sino cognitiva del actuar administrativo, y por ello de estructura esencialmente diferente a la de la mencionada discrecionalidad.[458]

En este sentido, puntualiza que Bacigalupo, da detallada cuenta de las diferentes posiciones desde las que en la doctrina se aborda esta cuestión, partiendo de las tesis de Walter Jellinek, de principios de siglo XX, en las que se equipara algunos conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionadlidad. Las tesis de Jellinek, dice, se basan en la distinción, sobre la que más adelante volveremos, dentro de la de categoría de los conceptos

[457] *Ob. Cit. MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto.*
[458] *Ibídem. P. 195.*

jurídicos indeterminados, entre conceptos de valor y conceptos empíricos, habilitando aquellas facultades discrecionales orientadas por criterios de oportunidad, y siendo éstos, plenamente justiciables al no dar lugar a valoraciones subjetivas sino una aplicación reglada. Continúa Marín Hernández, con el pensamiento de Bacigalupo, señalando:

> *"pasando por las posturas según las cuales no algunos, sino todos los referidos conceptos contienen habilitaciones discrecionales, o las que, sin llegar a igualar completamente ambas nociones, postulan su afinidad estructural y diferenciación meramente cuantitativa –que no cualitativa-, hasta arribar a las construcciones teóricas que encuentran en las dos categorías formas equivalentes de aplicación reglada del Derecho plenamente fiscalizables por el juez."*[459]

Prosigue en su exposición Hugo Alberto Marín Hernández, explicando la tercera tesis, señalando que de acuerdo a esta postura, debido a que en muchas ocasiones el supuesto de hecho de la norma jurídico-administrativa es deliberadamente imperfecto, por la imprecisión, insuficiencia o incluso ausencia de criterios que determinan si se ha de aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, la Administración estaría legitimada no ya simplemente para optar entre u otra consecuencia jurídica preestablecida o no, sino en un momento previo, para concretar o hasta adoptar los criterios conducentes a definir la aplicación de ésta. La discrecionalidad administrativa no se diferenciaría entonces cualitativamente sino cuantitativamente de la discrecionalidad normativa de que la Administración dispone ejercicio de la potestad reglamentaria, o de la que concierne incluso al legislador mismo. Así, expresa, la discrecionalidad consistirá en la habilitación para que la administración establezca en sede aplicativa los presupuestos de su propia actuación, intencionadamente indeterminados, inacabados o imperfectos en la norma reguladora de su actividad.

Anotadas las anteriores reflexiones doctrinarias, pasemos ahora algunas posiciones jurisprudenciales, en primer término, tenemos la Sentencia T-982/04, en la que se tocaron

[459] Ibídem. P.p. 196-197.

varios temas. El primero de ellos: el principio de legalidad, parte del debido proceso administrativo, como límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas; al respecto se señaló:

> *"Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley. Ello ocurre, por una parte, porque conocerán de antemano cuáles son los medios para controvertir e impugnar lo resuelto en su contra, y por la otra, porque sabrán los términos dentro de los cuales deberán presentar las alegaciones y recursos procedentes a su favor."*[460]

Posteriormente se anotó en esa providencia, al respecto, que este conjunto de limitaciones que regulan el ejercicio de la facultad discrecional de la Administración, si bien no impiden por regla general la libre iniciativa en el desarrollo de las actuaciones administrativas de las autoridades públicas, sí consagran parámetros legales de obligatorio cumplimiento que reglamentan los caminos a través de los cuales es jurídicamente viable el ejercicio de una atribución, con el propósito plausible de poder producir efectos jurídicos. Añade la jurisprudencia, que la doctrina ha reconocido que toda actuación administrativa, independientemente del nivel de regulación que restringa su ejercicio, siempre tendrá un mínimo grado de discreción, o en otras palabras, de buen juicio para su desarrollo. La necesidad de que se le reconozca a la Administración, en todos los casos, un mínimo grado de discrecionalidad o de libertad de acción, para asegurar su buen funcionamiento, independiente-mente del nivel o volumen de reglamentación que sobre una materia se profiera por el legislador, facultad más o menos reglada; que se torna imperioso por parte del ordenamiento jurídico, con sujeción al principio de legalidad, el señalamiento de un conjunto de parámetros legales y constitucionales que permitan salvaguardar el control

[460] Corte Constitucional. Sentencia T-982/04. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

jurisdiccional de su ejercicio, en aras de impedir que el desenvolvimiento de dicha potestad, se transforme en un actuar arbitrario, contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad. Ahora como control a las potestades discrecionales, se dijo en el fallo estudiado:

> *"Con el propósito de regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración se han ideado varias instituciones jurídicas que permiten preservar el control judicial en cuanto a su desarrollo. Al respecto, entre otras, se destacan las siguientes: (i) Los vicios en su formación; ii) el error en su apreciación; iii) la desviación de poder; iv) el principio de necesidad. v) El principio de proporcionalidad. En síntesis, solamente cuando un acto discrecional en aquello que la facultad reglada se lo permita, involucre un vicio de procedimiento en su formación, o sea constitutivo de error de apreciación o de desviación de poder, o suponga la falta de aprobación de los juicios de necesidad y proporcionalidad, puede considerarse que dicho acto administrativo es manifiestamente arbitrario, y por lo mismo, contrario al principio de legalidad que fundamenta el derecho fundamental al debido proceso administrativo. Obsérvese cómo el artículo 36 del Código Contencioso administrativo, reconoce los límites que regulan el ejercicio del poder discrecional de la Administración."*[461]

[461] Continua señalando la sentencia: *"Para controlar el ejercicio de toda facultad discrecional de la Administración, que obviamente se manifieste a través de actos administra-tivos, se prevé por regla general en el ordenamiento jurídico la procedencia de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con la posibilidad de solicitar in situ la suspensión provisional de los efectos del acto demandando. Así las cosas, y conforme a lo prescrito en el artículo 86 de la Constitución Política, es indiscutible que la acción de tutela frente a dicha modalidad de actos administrativos, corresponde -en cuanto a su naturaleza jurídica- a un mecanismo subsidiario y excepcional de defensa judicial, el cual solamente puede llegar a prosperar bajo cualquiera de las siguientes hipótesis normativas reconocidas por esta Corporación, a saber: "La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales". Ibídem.*

En años más recientes, tenemos la Sentencia SU-917/10, en la que se expresó que la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del anterior C.C.A.[462]

Posteriormente, el Consejo de Estado, expuso que si bien es innegable que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume expedido en beneficio del buen servicio público, tal presunción se puede desvirtuar a través de la acción contenciosa correspondiente, pues no puede perderse de vista que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables.[463]

Lo cual fue reiterado por la Corte Constitucional señalando, que el control judicial de legalidad del acto administrativo de insubsistencia expedido en ejercicio de la facultad discrecional que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, donde entre los deberes del juez está el hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y de estas la obligación de probar sus afirmaciones, esto es, donde el demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad de su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento.[464]

---

[462]Corte Constitucional. Sentencia - SU-917/2010. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

[463] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón Bogotá, D.C, siete (7) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10) Actor: Jesús Mario Morales Sarmiento Demandado: E.S.E. Hospital German Vélez Gutiérrez Betulia - Antioquia

[464] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón.Bogotá, D.C., Dos (2) de mayo de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2006-05536-02(2256-11) Actor: Aura Mercedes Martínez de Muñoz. Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

De tal manera observamos una relatividad enorme a la hora de calificar, de discrecional o reglado, un acto administrativo, sin ser de mayor utilidad hacer tal distinción, en el presente caso, tenemos que pudiese argumentarse que los actos jurídicos emanados de las autoridades administrativos, son tanto reglados, como discrecionales, no obstante aún no se determina si en efecto son actos administrativos, pues los mismos pueden ser jurisdiccionales, al declarar derechos, de tal manera señalemos que evidentemente, en aplicación del artículo 102 de la Ley 1437 las autoridades administrativas tendrán facultades discrecionales para decidir si extender los efectos del precedente, pero que a su vez este está profundamente reglado. Por lo anterior, es menester pasar a determinar si son actos administrativos o jurisdiccionales.

SUBSECCIÓN 2. Disquisición entre los actos administrativos y los jurisdiccionales.

Empecemos esta última temática con el estudio de la Sentencia C-189/1998, en la que se distingue entre actos jurisdiccionales y actos administrativos, como se observa:

> *"Existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces."*

Para luego concluirse en esta jurisprudencia constitucional que, son características del juez natural, su imparcialidad, independencia e inamovilidad, características que precisamente el funcionario administrativo que ha de extender los efectos de la jurisprudencia no tiene.

> *"En efecto, lo propio del juez es que no sólo debe estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos. Desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal."*[465]

De lo anterior se colige, que frente a la normatividad de la Ley 1437 las autoridades administrativas no crean actos jurisdiccionales, por lo menos en cuanto a esta jurisprudencia se refiere, y en estos términos no ejercen funciones jurisdiccionales. Toda vez que al referirse esta jurisprudencia a las características distintivas de los actos jurisdiccionales establece en primer lugar su carácter definitivo manifestado en la cosa juzgada, lo que no se da en el caso concreto pues dice el Artículo 102 que si la solicitud fuese negada, dentro de los treinta días siguientes el peticionario podrá acudir ante el Consejo de Estado para que conozca su solicitud. Por otro lado, observamos que tampoco se cumplen con los requisitos atinentes a la naturaleza del sujeto que emite el acto, pues las autoridades administrativas no gozan de la autonomía judicial propia de la rama judicial, como se estableció en las anteriores sentencias.

Posteriormente mediante Sentencia C-863/12, se recordó que la jurisprudencia de la Corte ha mencionado algunas características y criterios para dilucidar si un determinado acto o actuación tiene naturaleza jurisdiccional, y si por ende, es propio de la función de

[465] Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 189 de 6 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

administrar justicia, aclarando que dichos criterios, no tienen un carácter conclusivo, o excluyente de otros que puedan resultar adecuados para resolver un determinado problema jurídico que requiera de dicha distinción.

De tal forma, hizo mención en primer término, de la Sentencia C-1159 de 2008, en la que se hizo referencia al atributo de cosa juzgada como uno de los criterios diferenciadores entre la función jurisdiccional, y la administrativa.[466]

De igual forma, el fallo C-836/12 recordó los criterios sentados en la Sentencia C-189 de 1998, ya citada, los cuales fueron establecidos en un esfuerzo por caracterizar la función jurisdiccional y diferenciarla de otras funciones estatales. En esa oportunidad hizo referencia a los atributos que deben concurrir en el órgano que emite actos jurisdiccionales como la predeterminación y la inamovilidad, lo que garantiza la autonomía, independencia e imparcialidad de sus decisiones.

Posteriormente, la jurisprudencia estudiada, se refirió así mismo, a la Sentencia C-1159 de 2008, en la que se mencionaron otros criterios, específicamente orientados a diferenciar la actuación judicial, de la notarial, tales como la potestad decisoria y adjudicataria de derechos, propia de los jueces; el carácter contencioso de la materia que origina la actuación; y la naturaleza coercitiva del procedimiento. Al respecto se citó el siguiente extracto:

---

[466] Al respecto, se señaló en la citada Sentencia C-1159 de 2008: *"En la doctrina y en la jurisprudencia ha sido frecuente el debate sobre las características de la función jurisdiccional del Estado y su distinción de la función administrativa del mismo.*
De conformidad con el criterio clásico, con base en la división tripartita del poder público, al legislador le corresponde expedir las leyes, a la Administración Pública le corresponde ejecutarlas y a la rama judicial le corresponde la adjudicación del derecho, esto es, atribuir con carácter vinculante los efectos de las leyes a los asociados.
En el Estado de Derecho los jueces, en virtud de su independencia, tanto respecto de las otras ramas u órganos del poder público como en relación con instancias superiores dentro de la misma rama judicial, sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, lo cual constituye el fundamento para que el ordenamiento jurídico otorgue carácter definitivo a sus decisiones, una vez ejecutoriadas, con la finalidad de que las controversias jurídicas no sean interminables y de que no resulten fallidas la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En cambio, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad pero son provisionales y están sometidos al control jurisdiccional, por cuyo efecto se declaran nulos cuando en el proceso respectivo se desvirtúa dicha presunción".

"i) Como se indicó, la función esencial de la administración de justicia es declarar si existen o no los derechos y, en caso afirmativo, quién es su titular. Adicionalmente, aquella asegura la efectividad de los derechos ciertos, mediante un procedimiento coercitivo, cuando las personas llamadas a satisfacerlos no lo hacen voluntariamente."[467]

A su turno se cita la Sentencia C-1038 de 2002, con ponencia del doctor Eduardo Montealegre Lynett, en la que, con el propósito de definir si una competencia adscrita a los centros de arbitramento en la fase prearbitral, tenía material y formalmente carácter judicial, se tomaron en cuenta los siguientes criterios. Son judiciales: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.[468]

---

[467] Continua la Sentencia C-1159 de 2008 señalando: "*En el presente caso es diáfano que las normas demandadas tienen por objeto que los notarios declaren o reconozcan la adquisición del derecho de propiedad en virtud de la prescripción adquisitiva o usucapión, sobre bienes inmuebles ajenos, lo cual implica necesariamente la extinción del derecho de propiedad anterior. Ello significa que los notarios deben "decir" quién es el titular de ese derecho subjetivo privado, con base en las pruebas correspondientes que obren en la actuación. En este sentido es ilustrativa la exigencia del Art. 10 de la Ley 1183 de 2008, según el cual la solicitud deberá contener, entre otras cosas, los documentos, declaraciones y demás pruebas que a juicio del solicitante le permitan demostrar que ha ejercido posesión pública, continua y pacífica sobre el inmueble durante el plazo establecido en la ley (Num. 6).*
Dicha finalidad de la actuación ante los notarios confiere a ésta una naturaleza necesariamente contenciosa, por fundarse en una contienda o conflicto jurídico de intereses, que el Estado debe resolver en forma independiente e imparcial, a favor de una parte y en contra de la otra, con carácter obligatorio y definitivo, o sea, con valor de cosa juzgada, lo cual es lo propio de la jurisdicción de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina procesal.
Dicha actuación se contrapone a la llamada de jurisdicción voluntaria, en la que en principio no existe contienda o conflicto jurídico de intereses, aunque puede presentarse eventualmente en el desarrollo del proceso, sobre aspectos del objeto del mismo; así, por ejemplo, en el proceso sobre designación de guardador puede haber desacuerdo entre los peticionarios e intervinientes sobre la persona del guardador o sobre la cuantía de la caución que éste debe prestar para ejercer sus funciones. Por otra parte, en forma excepcional, el legislador somete al proceso de jurisdicción voluntaria asuntos contenciosos, como ocurre por ejemplo con la adopción. Según el criterio predominante en la doctrina procesal, el proceso de jurisdicción voluntaria tiene carácter administrativo, y no jurisdiccional, y no produce, por tanto, efectos de cosa juzgada.
A este respecto es necesario anotar que la contienda o conflicto jurídico de intereses mencionado existe aunque las personas frente a quienes se formula la pretensión no defiendan su interés, o sea, concretamente, aunque aquellas no formulen excepciones de fondo dirigidas a desvirtuar el pretendido derecho del peticionario o, más aún, aunque las mismas se allanen a la pretensión".

[468] En la Sentencia C-1038 de 2002 citada, se indicó: *"Sin embargo, a pesar de esas dificultades, en ocasiones, como en el presente caso, es necesario definir si una autoridad ejerce o no funciones judiciales,*

Finalmente, se concluye en la Sentencia C-836 de 2012 que la jurisprudencia de la Corte constitucional, ha reconocido las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero que, también ha destacado la importancia que merece tal diferenciación, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Anota esta providencia, que para ello, se han aplicado una serie de criterios que sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora.

---

pues es el presupuesto para tomar la decisión en un sentido u otro. Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad es o no de naturaleza judicial. Y en tal contexto, la Corte considera que existen algunos elementos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.

De un lado, existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.

De otro lado, aunque resultan más polémicos, también es posible adelantar algunos criterios materiales. Así, la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (CP art. 28), y por ende, se entiende que dichas limitaciones sólo pueden ser desarrolladas en ejercicio de funciones judiciales. Igualmente, la Constitución establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (CP art. 229). Por consiguiente, en principio no sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia, debe a su vez, ser ejercicio de una función judicial.

18- Los anteriores criterios formales y materiales obviamente no son exhaustivos ni son de aplicación mecánica, pues en ocasiones pueden estar en tensión unos con otros. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso, ellos son suficientes para concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial. De un lado, desde el punto de vista formal, en esa fase, si bien no se decide directamente el fondo de la controversia, si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial. Por ende, y como bien lo destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado, esa etapa se encuentra indisolublemente ligada con un proceso judicial, y por ello se entiende que su naturaleza es también judicial. Por ello, se encuentra regulada por el estatuto procesal civil. De otro lado, desde el punto de vista material, las decisiones tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento".

En ese sentido, se considera función judicial, desde el punto de vista formal:

1. las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada;
2. las desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces;
3. las desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.

Mientras que desde el punto de vista material, las actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

Referida la anterior Jurisprudencia, encontramos como un criterio de singular importancia, de los que no hemos hecho referencia la Cosa Juzgada. Por lo anterior citemos ahora los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional relativos a este criterio; en primera medida podemos hacer referencia a la Sentencia C-522 de 2009 en la que se definió este concepto señalando que la cosa juzgada, es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto. De otro lado se apunta en esa providencia que como institución, la cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo, que pese a su innegable conveniencia y gran trascendencia social no tiene carácter absoluto.

Posteriormente, en Sentencia C-061 de 2010, se hizo referencia a los requisitos de configuración de la Cosa Juzgada de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, de tal manera se expuso que el fenómeno de Cosa juzgada se configura bajo dos requisitos: de un lado,

que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de la misma proposición normativa, ya estudiada en una sentencia anterior; y de otro, que se proponga dicho estudio por las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior. Sólo en presencia de estas dos condiciones se genera a su vez la obligación de estarse a lo resuelto en la sentencia anterior.[469]

Tenemos a su turno la Sentencia de Constitucionalidad 393 de 2011, en la que se hizo referencia a varios aspectos propios de la Cosa Juzgada; en primer lugar a la función positiva y negativa, los tipos y sus efectos, respecto de esto se señaló:

> *Se ha sostenido por esta Corte, que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico. No obstante, la Corte ha precisado que los efectos de la cosa juzgada constitucional no son siempre iguales y que existen varios tipos que pueden, incluso, modular los efectos vinculantes del fallo: "i) formal, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido*

[469] Asimismo, se señaló en ese fallo: "*La jurisprudencia ha explicado que puede haber (i) cosa juzgada absoluta o (ii) cosa juzgada relativa. Existe cosa juzgada absoluta, "cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional". Respecto de la cosa juzgada relativa, esta Corporación ha dicho que se configura cuando "el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro 'se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado'. La Corte también ha distinguido entre (ii.a) cosa juzgada relativa explícita y (ii.b) cosa juzgada relativa implícita: "explícita, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutiva, e implícita cuando tal hecho tiene ocurrencia en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se exprese en el resuelve". Así mismo, algunos eventos se circunscriben a lo que la jurisprudencia ha llamado (iii) cosa juzgada aparente (o cosa juzgada absoluta aparente), "si pese al silencio que se observa en la parte resolutiva de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales". Por último, la jurisprudencia ha diferenciado la (iv) cosa juzgada formal y la (v) cosa juzgada material. La primera se presenta "cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio"; en estos casos se impide volver a revisar la decisión adoptada. Por su parte, la cosa juzgada material se presenta "cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica".*

objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual; iii) absoluta, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confronta la norma acusada con toda la Constitución, por lo que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, en aquellos casos en los que la Corte no limita expresamente la cosa juzgada, se entiende que hizo una comparación de la norma acusada con toda la Carta y, iv) relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior".[470]

Posteriormente se ahondó, en la Providencia, en el las diferencias de la Cosa Juzgada Formal y Material, de tal manera se anotó en el fallo que la jurisprudencia constitucional ha introducido diferencias significativas dentro del propósito de garantizar la seguridad jurídica y el derecho de los demandantes a obtener decisiones materiales. Se dijo de un lado, la cosa juzgada formal tiene lugar cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos. Caso, en la que la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma. De otro lado, se expresó que la cosa juzgada material, se presenta cuando la disposición demandada reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte. Se explica en el fallo, que esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad, de tal manera, colige que al contrario de la Cosa Juzgada Formal, pese a que el texto sea el mismo, si el

[470] Corte Constitucional. Sentencia C-393/2011. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablarse de cosa juzgada material.

A su turno se hace distinción en la Providencia de la Cosa Juzgada Material, en sentido estricto y en sentido amplio. Explica la corte que la cosa juzgada material en sentido estricto, se presenta cuando existe un pronunciamiento previo declarando la inexequibilidad, por razones de fondo, de un contenido normativo que es reproducido en la disposición que es nuevamente acusada, añade, que la identidad del contenido acusado deberá ser deducida tanto de la redacción del precepto como del contexto normativo en el que se expidió y la estructuración de la cosa juzgada en este evento está condicionada, además, a que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en que se sustentó la declaratoria previa de inexequibilidad". De otra parte, enseña el fallo C-393/2011 estudiado, que la cosa juzgada material en sentido amplio, tiene lugar cuando existe un pronunciamiento previo declarando la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es igual al actualmente atacado, de tal suerte que cuando ello sucede, ha indicado la jurisprudencia, no se obliga a la Corte Constitucional a estarse a lo resuelto en la sentencia anterior, pero en cambio, sí se le exige a esta justificar las razones por las cuales no seguirá dicha sentencia que constituye un precedente específico aplicable a la norma reproducida. No obstante se agrega que tales razones deben ser poderosas, en los términos que ha señalado la jurisprudencia.

Finalmente en lo que respecta al alcance de la Cosa Juzgada, tenemos la Sentencia C-241 de 2012, en la que se anotó que en reiterada jurisprudencia de esa Corporación, se ha precisado que de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional gozan de fuerza de cosa juzgada. Es decir, que las decisiones judiciales tomadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante. De tal suerte, explica la providencia, que la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que por medio de

esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente.

Agrega el fallo en cita, que la cosa juzgada constitucional se predica tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad, vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional- y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material - precepto o proposición jurídica en sí misma considerada. No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta; y finaliza exponiendo:

> *El alcance de la cosa juzgada constitucional ha sido desarrollado de manera amplía en la jurisprudencia, a través de la definición de categorías independientes con diferencias claras. De esta forma, se han establecido distinciones conceptuales y prácticas entre lo que se entiende por cosa juzgada absoluta y por cosa juzgada relativa, y entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.*

Revisado lo atiente al tema desde el punto de vista de los pronunciamientos judiciales, pasemos ahora a la posiciones doctrinarias. Sea lo primero, en aras de esa disquisición entre acto administrativo y jurisdiccional, definir el segundo en tanto ya se hizo esto, en relación al primero, en renglones precedentes. De tal manera tenemos que el jurista Vicente Puppio señala como elementos del acto jurisdiccional, la forma, el contenido y la función del mismo y lo define de la siguiente manera:

> *"Es aquel mediante el cual un órgano competente del Poder Público resuelve un asunto litigioso o verifica si una situación es conforme a derecho.*
>
> *El Estado crea los órganos y les atribuye como función propia de la administración de justicia que se lleva a cabo con la producción de actos jurisdiccionales y éstos como consecuencia de la garantía procesal constitucional de la cosa juzgada adquieren el valor de verdad legal.*

La naturaleza y garantía con que la ley rodea los actos jurisdiccionales, no deben separarse de los elementos esenciales del acto jurisdiccional con el fin de no confundirlo con otros actos del Poder Público que sólo tienen la apariencia de aquel."[471]

En cuanto a la distinción entre estos dos tipos de actos, Luis Enrique Berrocal Guerrero, expone que la jurisprudencia y la doctrina, ha seleccionado los criterios más relevantes para definir el concepto de acto administrativo, dentro de los cuales pueden destacarse los criterios orgánico, material y formal, entre otros.[472]

De acuerdo al criterio orgánico[473] tiene superior importancia o índole del órgano estatal que expide el acto, atendiendo la rama del Poder Público a la que pertenece; se debe entonces, indagar si el órgano emisor del acto hace parte o no de la Administración Pública. Este criterio se ha visto debilitado por circunstancias como el hecho de que organismos de las demás Ramas del Poder Público también profieren actos administrativos o viceversa.

De otro lado, el Criterio Material[474], alude al alcance de la situación jurídica que contiene, es decir, si crea o no una situación jurídica, concreta, individual o subjetiva.

Finalmente el Criterio Funcional[475], hace referencia a la función estatal que se ha ejercido; de modo que si la función es administrativa, el acto será administrativo, independientemente de la Rama del Poder Público a que pertenezca el órgano que la profirió. Este criterio ha sido el de mayor aceptación por la ley, la jurisprudencia y la doctrina colombianas

Por su parte Javier Barcelona Llop, anota:

---

[471] Puppio J. Vicente. Teoría general del proceso. Octava Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Montalban-La Vega Caracas. 2008. P.122.
[472] Manual del Acto Administrativo, Luis Enrique Berrocal Guerrero. Librería Ediciones del Profesional, Cuarta Edición, página 11.
[473] Ibídem. página 11.
[474] Ibídem, pág. 14.
[475] Ibídem, pág. 17.

"Ahora bien, si el derrumbe de la doctrina del Ministro-juez permitió distinguir nítidamente entre función administrativa y jurisdiccional, no trajo consigo el abandono de la equiparación sustancial entre el acto administrativo y la sentencia. CARRE DE MALBERG, por ejemplo, afirmada en 1920 que en función administrativa (expresada en actos) y jurisdiccional (expresada en sentencias) no existe otra diferencia que la orgánica o formal, tesis que sostuvo asimismo Hauriou y en cuya base se encuentra la idea de que ambas funciones consisten en la ejecución de la ley."[476]

"Entre nosotros, equiparaciones semejantes han conocido también algunas manifestaciones. A decir de Betancur, se ha acudido a ellas para sortear prescripciones constituciones y, entre los autores Fernández de Velazco pudo afirmar en 1929 que el mecanismo del acto y de la sentencia son idénticos: en ambos se obra y decide a la vista de la ley y de un hecho. La diferencia, dice este autor, "podrá derivar de que el acto jurisdiccional tiene fuerza verdad legal. Es el tradicional principio: res judicata pro veritate habetur. Este principio no se repite de los actos administrativos; pero ciertamente podría predicarse de ellos idénticamente (…) cuando un acto es definitivo, inapelable y ejecutorio, es claro que la declaración que contenga pro veritae habetur. En su última cristalización y expresión, tan definitivo como la sentencia es el acto". Incluso no hace mucho, la STS de 5 diciembre de 1979 (Azdi.3783) se ha hecho eco de la doctrina equiparadora, que todavía luce con fuerza en el ordenamiento jurídico en relación con las certificaciones de descubierto."

En su sentir, hay que tener presente que, si realmente existe una equiparación sustancial entre acto administrativo y sentencia judicial, la misma puede revestir caracteres muy distintos según se haga y admita en un ordenamiento orientado por la recepción constitucional de la separación delos poderes o se haga y admita en un ordenamiento en el que dicha separación carece de fundamento constitucional. Apunta este autor, que es cierto,

[476] *BARCELONA LLOP, Javier. Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. Universidad de Cantabria. Santander. 1995. P.P.170-171.*

que la doctrina de la separación de poderes, y con ella los términos de las relaciones entre cada uno de ellos, puede variar en su dinámica con el paso del tiempo, que no posee un contenido universal y único válido en todo tiempo y lugar, pero aun teniendo esto en cuenta, si un sistema constitucional la acoge concurrirá normalmente, aunque con muy diversas variantes, una circunstancia de primerísima magnitud: la de reserva constitucional a uno de los poderes del ejercicio material de las potestades que, según la vista caracterización, tanto el acto como la sentencia pueden cumplir. De otra parte, añade que si el acto administrativo tiene idéntica fuerza jurídica que las sentencias judiciales, si entre uno y otras existe una equiparación sustancial, si el primero puede declarar el derecho con la misma fuerza jurídica con que lo hacen las segundas y su declaración puede ser la contenida en las sentencias judiciales, si todo ello es así, sucede que la perspectiva de la separación constitucional de los poderes permite introducir en este punto muy importantes, y constitucionales, precisiones.[477]

Esgrime, que en efecto, si se considera que el acto administrativo decide ejecutiva y ejecutoriamente sobre situaciones jurídicas y que, además, la decisión es susceptible de ejecución forzosa por parte de su autor a pesar de la oposición del particular, es sencillo sostener que entre el acto y la sentencia existe un absoluto paralelismo estructural, aunque, obviamente nunca en lo concerniente a su respectiva procedencia orgánica.[478]

Frente al paralelismo, señala que no suscita reparo alguno, a menos que la Constitución reserve exclusivamente, a unos órganos determinados y distintos de la Administración pública, la potestad de decidir ejecutiva y ejecutoriamente sobre situaciones jurídicas y, como corolario lógico de la misma, la de ejecutar forzosamente lo decidido en caso necesario, toda vez que, si tal reserva existe habría que convenir en que la potestad administrativa interfiere seriamente el ámbito funcional constitucionalmente reservado a los órganos integrantes de otro poder en la medida en que los actos administrativos plasman potestades del todo semejantes a las propias de la expresión de la función jurisdiccional, la

[477] Ibídem. P. 172.
[478] Ibídem. P. 173.

que de este modo se vería materialmente invadida e ilegítimamente compartida desde el punto de vista constitucional.[479]

Finaliza resaltando la importancia del tema estudiado, y señalando que considera que, su resolución impone averiguar cuál es el concepto de constitucional de jurisdicción que podrá ser presuntamente invadido por el ejercicio de las potestades derivadas de la auto-tutela.[480]

De otra parte señala que, de acuerdo a Fernando de Velazco, las diferencias entre acto y sentencia existen tanto en el plano orgánico o procedencia subjetiva de uno y otra, como en la relación que acto y sentencia afectan. En palabras de ese autor: "la sentencia, no afecta al tribunal: crea una relación que enlaza a las partes entre sí y con terceros, pero no al Tribunal. El acto administrativo afecta a la administración: crea una relación que enlaza a las partes entre sí, con los terceros y con la Administración (…) Para mí, por lo tanto y en resumen, no hay más que una diferencia entre el acto administrativo y el jurisdiccional, y es que en éste, el órgano queda al margen y como extraño de la relación impuesta; en aquel, la Administración es sujeto de la relación misma que ella crea".[481]

Al plantear las hipótesis se dijo que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 implicaba un traslado de la función judicial a la administración pública y que ello a su vez podía afectar la estructura del estado y el ordenamiento jurídico; esta investigación permitió concluir en que se fundamentaban tales afirmaciones, como también sirvió para evidenciar los argumentos contrarios. En ese orden, se encontró que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 no mantiene las mismas garantías para los peticionarios, como tampoco para el resto de asociados, que tienen quienes se encuentran en un proceso judicial, considerando la falta de autonomía de las autoridades administrativas como una característica propia del juez natural, en efecto, la jurisprudencia ha establecido que el respeto del precedente es mucho más estricto para las autoridades administrativas que para los funcionarios judiciales en el entendido que los segundos gozan del principio de autonomía funcional, según el cual éstos pueden apartarse del precedente en los eventos en que estimen que el contexto ha cambiado

[479] Ibídem.
[480] Ibídem. P. 174.
[481] Ibídem.

y su aplicación no resulta ser adecuada a la nueva situación de hecho, siempre que se refieran a éste y expliquen la razones suficientemente motivadas por las que lo hacen.

A lo largo de estas páginas se presentaron otros argumentos dentro de la posiciones teóricas expuestas en contra de esta institución, tales como, la dificultad que causa acceder a la administración de justicia, si se ha sentado un precedente en contra de las aspiraciones de los peticionarios por las limitaciones de las autoridades administrativas, o la dificultad practica para las autoridades administrativas de decidir entre posiciones jurisprudenciales contradictorias, también se dijo que la figura en general presenta una contradicción con el sistema de fuentes del derecho colombiano, particularmente con el artículo 230 de la Constitución Política[482], según éste los jueces en su decisiones solo están sometidos al imperio de la ley, bajo la consideración de que las autoridades administrativas estarían ejerciendo una función judicial.

Por otro lado, de manera opuesta, se consideró que las autoridades administrativas no crean derecho simplemente extienden los efectos de las sentencias de unificación, por lo que no se puede decir que haya un traslado de la función jurisdiccional a las autoridades administrativas. Tampoco se puede decir que los actos que acceden o niegan la solicitud sean jurisdiccionales, pues éstos, deben tener un carácter definitivo y ser emanados por sujetos con características que las autoridades administrativas no tienen. A su vez, se tiene que para esta posición resulta ser claro que la incorporación de esta figura no contradice el artículo 230 constitucional y mucho menos el sistema de fuentes del derecho colombiano, pues la evolución jurisprudencial respecto del precedente ha sido suficientemente amplia y clara para entender, cómo se debe aplicar y cuándo vincularlo como parte del ordenamiento, por lo que dentro del imperio de la ley debe entenderse el precedente jurisprudencial.

Por otro lado, la figura brinda otros beneficios distintos a la situación anterior como son la aplicación de los principios de igualdad, buena fe y confianza legítima expresado en mayor

[482] Constitución Política. Artículo 230. *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

seguridad jurídica y la aplicación de los principios de los principios de eficiencia, economía y celeridad, el que se manifiesta en el ahorro de la jurisdicción contencioso administrativa de recursos de toda clase para llevar estos procesos. A pesar de la existencia de argumentos que evidencian el traslado de funciones; en relación a las consecuencias de ello, me inclino hacia la tesis en pro de la figura, es decir, si bien es posible que haya un traslado de funciones, no es cierto que esto necesariamente implique las consecuencias nefastas planteadas en las segunda hipótesis, de hecho, considero que además de las garantías procesales que se le brindan a los particulares, esta figura trae nuevas ventajas como las mencionadas en el párrafo inmediatamente anterior que demuestran que esta figura es una clara muestra de la positivización de un proceso de evolución jurídica, hacia un ordenamiento más coherente, en este caso entre sus normas administrativas y sus normas constitucionales, creo entonces que es posible afirmar que la institución de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado conforme al artículo 102 de la ley 1437 de 2011, garantiza para el peticionario los mismos Derechos procesales que tenía en el anterior Código, y además le brinda mayor respeto por principios de igualdad, buena fe y Confianza legítima, además de que le asegura una justicia más eficiente evitándose un largo proceso ante la jurisdicción contenciosa. Por otro lado la institución asegura en términos de condenas contra el Estado la misma situación para los asociados, pues tienen que suscitarse idénticas situaciones jurídicas y fácticas, para acceder a esta figura, so pena de que conozca el proceso el Consejo de Estado. Para la administración, implica un nuevo instrumento de respuesta ante la necesidades de los particulares y para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el alivio de llevar numerosos procesos iguales que pueden resolverse de esta manera y que lo que hacen actualmente es congestionar y entorpecer la administración, por lo que los principios de la función pública y colaboración armónica entre las distintas ramas no se ven transgredidos.

CONCLUSIONES

Lo primero a señalarse dentro de este acápite denominado conclusiones, es que la investigación realizada ha arrojado diversos resultados, los cuales, en últimas, nos permitieron el cumplimiento del objetivo general y de los objetivos específicos.

De tal manera, tenemos que, además poder de confirmar y desmentir algunas de las hipótesis planteadas, se logró el estudio de conceptos y problemas de naturaleza jurídica íntimamente relacionados con la esencia de la hipótesis central, como era el traslado de la función jurisdiccional a la administración.

Dicho lo anterior se procederá en este punto, haciendo una reflexión respecto de cada capítulo de las dos partes que integraron esta investigación; para finalmente señalar qué hipótesis de las planteadas, se confirman y cuales se desdeñan.

De tal suerte hemos de anotar que esta investigación tuvo cuatro grandes capítulos; el primero de ellos referente a los antecedentes históricos de la inclusión de la extensión de la jurisprudencia por parte de autoridades administrativas en la Ley 1437 2011, y al procedimiento de la misma, de acuerdo a la norma.

En relación a ese capítulo primero, esencialmente podemos colegir dos cosas: por un lado, que el fundamento, causa o razón determinante, tanto de la Ley 1437 de 2011, como del artículo 102, así como de los demás artículos referentes a la extensión de la jurisprudencia; fue la evolución del ordenamiento jurídico Colombiano, concretado en el advenimiento de la Carta Política de 1991.

En ese sentido podemos señalar, que la incorporación de los principios de la Constitución en el derecho Colombiano, hicieron que fuera menester, que las distintas codificaciones se ajustaran a lo preceptuado por la norma superior. Se observó que la Carta fue producto de la necesidad que el país se reconciliará a las tendencias del derecho del momento. De igual forma, el derecho administrativo colombiano, codificado mediante el Acto Legislativo 01

de 1984, no fue ajeno a esa necesidad de evolución, por lo que fue inevitable, que con la Ley 1437 de 2011, se lograra un compendio de las normas de derecho administrativo en armonía con la situación vigente del ordenamiento

En segundo lugar, este primer capítulo permitió concluir, que más allá de extender los efectos de las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado; el artículo 102 de la Ley 1437 de 2014, tenía unas implicaciones mucho más amplias, en razón a que debe interpretarse esta norma de forma sistemática; así las cosas, tenemos que, además de las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que tienen el mismo valor; el precedente judicial en general, se vuelve de forma cada vez más marcada, fuente de derecho en Colombia.

Respecto del segundo capítulo, se tiene una conclusión de marcada importancia: a la luz del artículo 230 de la Carta Política, el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 es Constitucional. Tal aseveración se tiene en razón de las evaluaciones que ha hecho el máximo tribunal Constitucional en las Sentencias C-634/2011 y C-816/2011 y la doctrina armonizando el precedente judicial, como parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en cuanto al primer capítulo de la parte segunda, podemos concluir varias cosas, pero fundamentalmente que el concepto de separación de funciones, ha ido evolucionando históricamente, para de alguna forma aparecer en las constituciones de los Estados modernos, como sucede en la Constitución Política de Colombia, en el artículo 113. Asimismo, podemos colegir que esa plasmación en la norma, no supone que la separación sea absolutamente restrictiva de las demás funciones del poder público, de tal manera debe considerarse la colaboración armónica que debe existir entre ellas, elemento esencial, dentro del estudio de este concepto. De otro lado, pudimos acercarnos en este capítulo, a las ramas, jurisdiccional y ejecutiva, y en su interior a la función de la Administración Pública. Estudiamos de otra parte, los principios de celeridad, eficacia y economía, principios de ambas funciones, su relación con la norma objeto de estudio, encontrando, como paradójicamente, estos principios puedan verse vulnerados.

Finalmente, en el segundo capítulo, de la parte segunda, examinamos, en primer término, los presupuestos de la seguridad jurídica y la autonomía o independencia judicial, evidenciando que son fundamentos del cumplimiento del derecho fundamental al debido proceso; de igual forma, logramos ahondar en el acto administrativo discrecional y reglado, observando la falta de utilidad en su clasificación y acercándonos a la posición de que, de conformidad se señala en la Ley 1437, este procedimiento pareciese ser más reglado que discrecional, lo que en ultimas dependerá de la interpretación hecha. Por último, se consiguió establecer las diferencias entre los actos jurisdiccionales y los administrativos, para determinar así qué clase de actos jurídicos producían las autoridades administrativas, en aplicación del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, y en consecuencia señalar, que no se daba el traslado de funciones propuesto en las hipótesis.

Dicho lo anterior, tenemos que, una vez recopilada la información en la primera y segunda parte de este documento, y haber realizado las conclusiones resultantes del análisis de los capítulos incorporados en ella; no solamente es posible sino que es menester referirnos a las hipótesis formuladas en este documento investigativo.

En relación a la primera hipótesis, según la cual, las autoridades administrativas, ejercen funciones jurisdiccionales al extender los efectos de la jurisprudencia, conforme lo señala el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en la medida que estos actos jurídicos, de forma distinta, a los comunes efectos jurídicos de los actos administrativos, generan la materialización de los efectos de un acto jurisdiccional; tenemos lo siguiente:

En primer lugar, es de señalar que esta tesis es de marcada importancia en tanto su verificación supone un importante avance para despejar las demás hipótesis que en principio se sostuvieron; esto en la medida de que algunas de ellas, consisten en los posibles efectos que puedan devenir de sea un acto jurisdiccional y no administrativo.

Ahora bien, para determinar si estos actos jurídicos son administrativos o jurisdiccionales, y en consecuencia confirmar la hipótesis planteada, se señaló en la Subsección número dos, de la Sección “B”, del Capítulo Segundo, de la Parte Segunda, al citar la Sentencia C-189

de 1998, como algunas otras; que existen unos elementos formales que permiten hacer esta diferenciación; en primer término que los actos administrativos no gozan de cosa juzgada, mientras que los jurisdiccionales sí, lo que supone la irrevocabilidad de los segundos, a diferencia de los primeros; de otro lado, las calidades de los funcionarios de los emiten, pues los funcionarios judiciales a diferencia de los administrativos, gozan de los siguientes atributos: la predeterminación (principio del juez natural), la autonomía o independencia judicial y la inamovilidad.

Dicho lo anterior, señalemos que, el artículo 102 de la Ley 1437 en su inciso 11° señala:

> "*Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código."*

Al respecto, es pertinente recordar al profesor Fernando Arias García, quien, frente al control judicial de estos actos, señala los siguientes cuatro puntos:

En primera medida, que no existe control judicial si la solicitud, no se hizo concomitantemente con el reconocimiento de un derecho, pues el interesado puede acudir al Consejo de Estado para que se ordene la extensión de su sentencia de unificación.

En segundo lugar, que puede acudirse al control judicial, si no se acude al trámite ante el Consejo de Estado, se ha solicitado en conjunto el reconocimiento del derecho subjetivo y la administración ya ha resuelto esta petición.

En tercer término, que si solamente se| solicitó la extensión de la dela sentencia de unificación y esto fue negado, puede solicitarse el reconocimiento del derecho subjetivo, para que se configure el acto pasible de control judicial por vía de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como cuarto punto, que sí reconoce el derecho con reconocimiento del orden jurídico la decisión puede ser demandada en lesividad por la administración.

De otra parte, anotemos que de acuerdo a la Sentencia C-522 de 2009, la Cosa Juzgada, esencialmente, consiste en el carácter del fallo judicial, que logra que el asunto sobre el cual, ellas deciden, no pueda volver a debatirse en el futuro. Lo anterior significa, que los actos jurídicos producidos en aplicación de la Ley 1437 de 2011, no gozan de Cosa Juzgada, en tanto, como advertimos, el numeral 11° del artículo 102, abre la posibilidad para que el asunto se resuelva ante el contencioso.

De otra parte, tenemos que, ciertamente, las autoridades administrativas, en ejercicio de la extensión de la jurisprudencia, no gozan de las características propias de las autoridades administrativas, a saber: no son el juez natural, ni tienen autonomía judicial e inamovilidad, máxime, considerando que su única función, consiste en la decisión de extender el precedente judicial a determinados casos. De tal manera, observamos que, de conformidad con la jurisprudencia que se ha encargado de distinguir actos administrativos y actos jurisdiccionales, los actos jurídicos que generan la autoridades administrativas en aplicación del artículo 102 de la Ley 1437, son actos administrativos.

Sin embargo, cabe señalarse que, si bien formalmente pueden ser actos administrativos, desde el punto de vista material, y desde ciertas perspectivas, no puede dejar de olvidarse que uno de los principales objetos de la función jurisdiccional es la de declarar derechos, y quiénes son sus titulares, lo que en ultimas, hace esta norma; por lo que, hemos de señalar que más que meros actos administrativos, son actos jurídicos que declaran derechos, pudiendo resultar irrevocables.

En cuanto a la segunda hipótesis, señalamos que en el evento que se confirme el citado traslado de funciones, la primera consecuencia que se generaría, sería que al decidir negativamente la petición de los particulares de extender los efectos la jurisprudencia, las autoridades administras vulnerarían derechos como; el acceso a la justicia y el debido proceso, bajo el entendido, que los particulares no tendrían las mismas garantías, que en un proceso judicial, toda vez que se obviarían principios fundamentales en los que se basan estos derechos como el juez natural por falta de independencia y autonomía judicial.

Como se ha podido ver en los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política, en la Convención Americana sobre Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normatividad citada en esta investigación; la autonomía y la independencia judicial, son atributos propios de la función judicial que garantizan el llamado juez natural y en consecuencia el acceso a la justicia y a un debido proceso; atributos que de acuerdo a la jurisprudencia, solamente son propios de las autoridades judiciales y no de las administrativas. En ese sentido, recordemos los siguientes pronunciamientos de la corte constitucional: empecemos por la Sentencia T-566 de 1998 en la que se anota:

> *"Esta Corporación ya ha precisado en distintas ocasiones que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia.(...)"*
>
> *(...)*
>
> *"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."*

Esta jurisprudencia, de manera tajante, estableció que las autoridades judiciales tenían una facultad que las administrativas no, cual es la autonomía funcional, cosa que pone en condición de inequidad a particulares que pretendan el reconocimiento de algún Derecho ante distintas clases de autoridades. Miremos que dice una jurisprudencia un poco más reciente (Sentencia T-569 de 2001):

> *"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."*

La anterior jurisprudencia es reiterada posteriormente en el año 2004, cuando se señaló en la sentencia T-116 de 2004:

> *"Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho."*

Habiendo citado estos tres fallos, se hace evidente que el juez está en una posición distinta a las autoridades administrativas, en la medida de que el primero, por mandato constitucional, goza de autonomía funcional, según el artículo 228 de la Constitución Política; lo que le permite, además de un análisis independiente del caso de estudio, y más

garantías para el particular y para todos los asociados; la posibilidad de separarse del precedente, y de acuerdo al contexto, tomar una decisión más adecuada; cosa que es mucho más limitada para las autoridades administrativas.

De tal manera tenemos que, si bien el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, no supone el traslado de la función jurisdiccional a las autoridades administrativas; esto no descarta que la norma sea inconstitucional, por resultar atentatoria los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. No obstante, no debe reducirse al absurdo este argumento, señalando que lo anterior implicaría decir, que toda norma que faculte a la administración para negar un derecho a un particular, es inconstitucional porque esa autoridad no tiene las calidades de un funcionario judicial. En el presente caso, la norma (artículo 102 de la Ley1437), podría resultar inconstitucional, porque la actuación de la administración se restringe precisamente a decidir si extiende o no, los efectos del precedente judicial, es decir hace una valoración subjetiva de si el precedente se adecua a la situación del particular, lo que nunca tendrá la mimas garantías, que el acudir ante un juez para que examine, unas pretensiones, de conformidad con la Ley, la Jurisprudencia, inclusive la doctrina, y con la posibilidad de apartarse de decisiones judiciales, si declara el derecho que el particular solicita.

En relación a la tercera hipótesis, se esgrimió que era posible que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 resultara inconstitucional por ir en contravía del artículo 113 de la Carta Política, en tanto se hace con ella un traslado de funciones entre distintas ramas del poder público, desconociendo la colaboración armónica entre los poderes públicos.

Al respecto podemos descartar de entrada esta tesis, en primera medida porque como ya señalamos, al estudiar los actos jurídicos emanados por las autoridades administrativas aplicar el artículo 102 de la Ley 1437, están no ejercen función jurisdiccional. De otro lado, porque precisamente uno de los fundamentos, que tuvo la figura, fue colaboración con la función judicial en algo que se estimó la estaba desgastando.

En atención a lo anterior, podemos entrar a analizar lo que concierne a la cuarta hipótesis; según esta, era posible que la norma objeto de estudio supusiera afectaciones a ciertos principios, algunos de los cuales, sirvieron de fundamento para la implementación de la misma. En ese sentido hicimos referencia a los principio de celeridad, eficiencia, eficacia e igualdad.

Respecto de esta hipótesis, pudimos observar que desde el punto de vista teórico, es factible que los principios de celeridad, economía y eficacia, como mandatos de optimización de toda la función estatal, puedan ser respetados con esta figura, incluso hasta de forma superior a la manera, como hasta ahora se ha hecho; no obstante, también notamos que perfectamente pudiese suceder, que simplemente, se traslade esta cogestión a otra rama del poder público, e inclusive, que para los particulares resulte menos eficiente y de menos celeridad el acceso a la justicia, porque al tratarse de un procedimiento, que en principio es más sencillo que el proceso ante el contencioso, puede tener un mayor número de usuarios; ante éstos han surgido normas, como el artículo 614 de la Ley 1564, Código General del Proceso, en la que se señaló:

> *"ARTÍCULO 614. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. 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."*

Así, observamos como la ley procurando regular esta figura, crea trámites que demoran el acceso a estas solicitudes, afectándose precisamente los principios de celeridad y eficacia. De otro lado, desde el punto de vista económico, es de considerar el plausible aumento de pagos por parte del Estado, respecto de aquellos que se venían dando tras condenas en procesos ante la jurisdicción, donde se buscaba los mismo, esto con base en que, en dichos procesos por lo menos siempre había una parte que se encargaba de la defensa jurídica del Estado, lo que no existiría para los asuntos que se pretenden solucionar con la aplicación del artículo 102 estudiado.

Sucede cosa distinta con el principio de igualdad, el que sí se observa vulnerado, de plano, de conformidad se señaló, al reflexionar sobre la segunda hipótesis, encontrando que esta norma vulnera el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, pues claramente colegimos, que son diferentes las garantías del particular que demanda al Estado en un proceso judicial, quien cuenta con un juez natural e independiente, a las que tiene aquel que solicita a la administración, en aplicación del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, se extienda los efectos del precedente judicial.

De tal manera, tenemos respecto de la cuarta hipótesis, que si bien no es posible, pasados dos años de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, entrar a determinar los efectos de esta en materia de eficacia, economía y celeridad, si es posible señalar que la ley resulta una puesta en peligro respecto del principio de igualdad en el sentido que se explicó en los renglones precedentes.

Finalmente, se planteó como quinta hipótesis que era posible que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 resultara, a todas luces, acorde con el ordenamiento jurídico colombiano. Como vimos, esta norma puede afectar derechos fundamentales, traídos en el texto constitucional como son, el derecho a la igualdad, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. De otro lado, no se descarta del todo, que los principios de la función pública, de economía, eficiencia y celeridad, sean respetados por esta figura. En los anteriores términos, debemos descartar esta hipótesis.

Recapitulemos los dicho en estas conclusiones señalando que: al plantear las hipótesis se dijo que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 implicaba un traslado de la función judicial a la administración pública, lo que se evidenció no era cierto, en tanto se consideró que las autoridades administrativas no crean derecho, simplemente extienden los efectos de las sentencias de unificación; de igual forma, los actos que acceden o niegan la solicitud de

extensión de jurisprudencia, no son jurisdiccionales, pues éstos, deben tener un carácter definitivo y ser emanados por sujetos con características que las autoridades administrativas no tienen.

A su vez, se anotó, que esta norma, podía afectar la estructura del estado y el ordenamiento jurídico; al respecto, esta investigación permitió concluir en que se fundamentaban tales afirmaciones, como también sirvió para evidenciar los argumentos contrarios a las mismas. En ese orden, se encontró que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 no mantiene las mismas garantías para los peticionarios, que aquellas que tienen, quienes se encuentran en un proceso judicial, considerando la falta de autonomía de las autoridades administrativas como una característica propia del juez natural; en efecto, la jurisprudencia ha establecido que, el respeto del precedente, es mucho más estricto para las autoridades administrativas que para los funcionarios judiciales en el entendido que los segundos gozan del principio de autonomía funcional, según el cual éstos pueden apartarse del precedente en los eventos en que estimen que el contexto ha cambiado y su aplicación no resulta ser adecuada a la nueva situación de hecho, siempre que se refieran a éste y expliquen la razones suficientemente motivadas por las que lo hacen.

A lo largo de estas páginas se presentaron otros argumentos dentro de la posiciones teóricas expuestas en contra de esta institución, tales como, la dificultad que causa acceder a la administración de justicia, si se ha sentado un precedente en contra de las aspiraciones de los peticionarios por las limitaciones de las autoridades administrativas, o la dificultad practica para las autoridades administrativas de decidir entre posiciones jurisprudenciales contradictorias.

También se trajo la discusión, en torno a la contradicción de esta norma con el sistema de fuentes del derecho colombiano, particularmente con el artículo 230 de la Constitución Política, encontrándose, ser claro que la incorporación de esta figura no contradice el artículo 230 constitucional y mucho menos el sistema de fuentes del derecho colombiano, pues la evolución jurisprudencial respecto del precedente ha sido suficientemente amplia y

clara para entender, cómo se debe aplicar y cuándo vincularlo como parte del ordenamiento, por lo que dentro del imperio de la ley debe entenderse el precedente jurisprudencial.

Al respecto quisiera finalizar señalando que, no obstante se señaló que el artículo 102 de la Ley 1437 podría resultar atentatorio del debido proceso y otros principios y derechos, de hacerse particular énfasis en el hecho de señalar que esto no quiere decir que, el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes tenga los mismos efectos. En ese sentido, el argumento que pretende, actualmente, oponerse a la vinculación del precedente judicial, como fuente del derecho colombiano, no resiste el más mínimo análisis; señalar que esta fuente de derecho, vulnera la independencia judicial, es inaceptable, pues puede refutarse dicho argumento, en tanto que, de aceptar esa objeción, deberíamos concluir, de manera absurda, que en las naciones de la órbita anglosajona, donde la vinculación al precedente se predica no sólo de los órganos superiores, sino del propio órgano judicial, no existe independencia judicial, algo cuya mera insinuación resulta absolutamente desproporcionada, con lo cual se mantiene incólume el principio de independencia judicial a expensas del de seguridad jurídica que poco a poco va cayendo en el olvido.

BIBLIOGRAFÍA

Manuales y Tratados

- ALFONSO HERNÁNDEZ, Pedro. Temas de la Función Pública. Subdirección Imprenta Distrital. Bogotá. 2008.

- ARAUJO RENTERIA, Jaime. *El Derecho Fundamental a la igualdad*. Bogotá. Corporación Universitaria Republicana. 2004.

- ARANGO FRANCO, Jorge León. *Derecho Administrativo. Estructura de la Administración Pública.* Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 2013.

- ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Legis. Primera Edición. Bogotá. 2011.

- ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Legis. Segunda Bogotá. 2012.

- ARIAS GARCÍA, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Grupo Editorial Ibañez, Universidad Santo Tomas. Bogotá 2013.

- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *La discrecionalidad*. Marcial Pons librero editor. Madrid. 1997.

- BARCELONA LLOP, Javier. Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos. Universidad de Cantabria. Santander. 1995.

- BENAVIDES, José Luis. Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo Ley 1427 de 2011 Comentado y Concordado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

- BENOIT, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, Traducción: Rafael Gil Cremades, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo*. Cuarta Edición Librería Ediciones del Profesional.

- BOBBIO, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. Octava Reimpresión. Traducción E.G.Valdez. México D.F. 2004 (Original en italiano, 1965.) P. 43-45

- CHEVALLIER, Jacques, El Estado posmoderno, Traducción: Oswaldo Pérez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

- CHIOVENDA, José. Derecho Procesal Civil, Tomo II. Reus. Madrid. 1922.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocios Jurídicos e Invalidez,* Cuarta edición. México D.F. Ed. Porrúa S.A. 2006.

- DURAN URREA, Margarita María. AMAYA León, William. Diccionario Hispanoamericano de Derecho, Grupo Latino Editores LTDA, Bogotá, Colombia. 2008.

- DROMI, Roberto. *Acto Administrativo*. Ciudad Argentina. Editorial de Ciencia y Cultura. Hispania Libros Madrid-México. Buenos Aires, Madrid, México. 2008

- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A., Madrid. 1991.

- GALINDO VACHA, Juan Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2013

- GARAPON, Antoine. PAPADOPOULOS, Ioannis. "Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica Francesa y Common Law. Legis Editores S.A. Traducida: DIAZ PERILLA, Viviana. 2006.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I.* Editorial Temis S.A. Bogotá-Lima. 2008

- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. Quinta Edición. Ediciones Civitas. Madrid.

- GARCIA OVIEDO, Carlos. *Instituciones de Derecho Administrativo con Referencia a la Legislación y Jurisprudencia Españolas*. Imprenta y Librería de Eulogio de las Heras. Sevilla. 1927.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Decima Segunda Edición. Universidad Libre. ALVI IMPRESORES LTDA. Bogotá. 2007.

- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creado derecho a partir de Precedentes Jurisprudenciales. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

- IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado para cumplirlas*. Bogotá. Justicia y Desarrollo Sostenible – Ltda. 2006.

- JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Buenos Aires. Euros Editores S.R.L. 2005.

- LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Legis. Bogotá. 1999.

- LOSANO, Mario Giuseppe. Los Grandes Sistemas Jurídicos Introducción al Derecho Europeo y Extranjero. Madrid. Editorial Debate, S.A. 1993.

- MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro, *Vivir en Policía: Una cotralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

- MONTERO AROCA, Juan. "Los efectos del proceso", en DERECHO JURISDICCIONAL, VOL. II. José María Bosch Editor. Barcelona, 1995.

- MONTERO AROCA, Juan. "La Cosa Juzgada" Concepto. Materiales elaborados por CARLOS ALBERTO MATHEUS para la ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Programa de Formación de Aspirantes. Módulo sobre TEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Lima, 2000, Perú. p. 364 al 368.

- MUNAR CASTELLANOS, Lucelly Rocío. ORTÍZ ARCINIEGAS, Luis Roberto. Nuevo régimen administrativo especial y procesal. Comentarios al Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Primera Edición. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. 2001.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho.* Tercera edición. Iustel Portal Derecho S.A. Madrid. 2011.

- NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas.* Editorial Temis S.A. Bogotá. 2003.

- NAVARRO BELTRAN, Enrique. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. Universidad del Rosario. Bogotá. 2013

- PÉREZ VILLA, Jorge. *Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Leyer Editores. Bogotá. 2012.

- PUPPIO J. Vicente. *Teoría general del proceso.* Octava Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Montalban-La Vega Caracas. 2008.

- QUIROGA LEÓN, citado por Ricardo HERRERA VÁSQUEZ, materiales elaborados para la ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Programa de Formación de Aspirantes. Módulo sobre FUNCIÓN JURISDICCIONAL, Lima, 2000, Perú. p. 47.

- RAVE ARISTIZÁBAL, Gabriel. *Compendio de Actuaciones Administrativas y Derecho Procesal Administrativo. Primera Edición. Librería Señal Editora. Medellín. 2000.*

- RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Editado por: Dirección General de publicaciones. México D.F. 1986.

- RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember. Manual de Procedimiento Administrativo Según la Ley 1437 de 2011. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Medellín. 2012.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo. General y Colombiano.* Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002.

- SANTAELLA QUINTERO, Héctor. "Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado", en Código… Óp. cit. Universidad Externado de Colombia, p. 237.

- SARRIA OLCOS, Consuelo. *La discrecionalidad administrativa*. El Derecho Administrativo en Latinoamérica II. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1986.

- SCHWARTZ, Bernard. Administrative Law. Second Edition. Little, Brown and Company. Boston and Toronto. P.611.

- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Práctica Administrativa. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2002.

- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. Bogotá. Editorial Temis S.A. 2001.

- VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRRA, José Luis. El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho. La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Editorial Civitas. Madrid. 1993. P. 101.

Artículos y Revistas

- ALVIAR GARCÍA, Helena. *Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo.* Revista de Derecho Público. Número 19. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá. Junio de 2007

- ALVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. *Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011*. En: Memorias *Seminario Internacional del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado. Publicación realizada con el apoyo de la Contraloría General de la República y la Auditoria General de la República. Bogotá. P.p. 31–SS.

- BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente Constitucional*. En: *Memorias de las V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. P.p. 141 y S.s.

- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La división de Poderes y la Función Jurisdiccional*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año IV, núm. 7-8. 2007. México D.F P.p. 175-211.

- CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés. *El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho*. En: Revista *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41. No. 115 P. 331-361. Medellín. Julio – Diciembre de 2011.

- DE VEGA PINZON, Gabriel. *La discrecionalidad administrativa*. En: *Temas de derecho Administrativo Contemporáneo*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. Bogotá. 2005. P. 145 y Ss.

- DIAZ PERILLA, Viviana. *Una mirada al Estado Postmoderno de Jacques Chevallier.* en Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá. 2006. P.p. 403 - 427.

- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: Cien años creando derecho a partir de precedentes jurisprudenciales*, en Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. P. 19.

- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo*. En: *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código.* Consejo de Estado. Bogotá. 2012. P.p.13-26.

- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *La jurisprudencia en el Nuevo Código.* En: *Memorias Seminario internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011.* Consejo de Estado. Bogotá. 2012. P.p. 233-244.

- JINESTA LOBO, Ernesto. *La nueva justicia administrativa en Costa Rica*. En Revista de Administración Pública Número 179. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid mayo/agosto 2009. ISSN 0034.7639

- PARRA, ARCHILA Maria Victoria. *El precedente judicial en el Derecho Comparado*, In. Santiago de Cali, *Revista Critérios Jurídicos*, 2010. P.p. 240-262.

- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *"La administración pública en la Constitución de 1991: sincretismo involuntario entre la burocracia, el gerencialismo y la gobernanza"* Revista de Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13(1) pp. 365-388

- *RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. "La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones del Estado Social de Derecho",* En *"El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI", Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007,* p.p. 37-55.

- ROJAS BETANCOURTH, Danilo. *Extensión de las Sentencias de Unificación de la Jurisprudencia. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Consejo de Estado. Bogotá. 2012. P.p. 89-125*

- UGARTE GODOY, José Joaquín. *El Sistema Jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica.* In. Revista. Santiago de Chile. Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 Nº 1. 1995, p.p. 111-113.

- VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRRA, José Luis. *El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho.* En: *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez.* Editorial Civitas. Madrid. 1993. P.p. 79 -104.

- YEPES BARREIRO, Alberto. *No hay derecho*. En: *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código*. Consejo de Estado. Bogotá. 2012. P.p.29-36.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 442 del 3 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 543 del 1° de octubre de 1992 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 151 del 22 de abril de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 283 del 29 de junio de 1995. Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 344 del 2 de agosto de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 069 del 23 febrero de 1995. Magistrado ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 037 del 5 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 020 del 10 de febrero de 1998 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 189 de 6 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 386 del 30 de julio de 1998 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 566 de 7 de octubre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 1013 del 10 de diciembre de 1999 Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

- Corte Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 009 del 18 de enero de 2000 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 1641 del 29 de noviembre de 2000 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 569 del 31 de Mayo de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montenegro Lynett

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 836 del 9 de Agosto de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

- Corte Constitucional Sentencia de Tutela 502 del 27 de junio de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montenegro Lynett.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 1038 del 28 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montenegro Lynett.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 063 del 4 de febrero de 2003. Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 116 del 12 de Febrero de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.

- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 246 de 16 de marzo de 2004. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

- Corte Constitucional. Auto 204 del 26 de julio de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 587 del 27 de julio de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 1159 del 26 de noviembre 2008 Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 057 del 3 de febrero de 2010 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

- Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 917 del 16 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 238 de 1 de abril 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

- Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 302 del 28 de abril de 2011. Magistrado Ponente. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 393 del 18 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 539 del 6 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 634 del 24 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 816 del 1° de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 049 del 7 de febrero de 2012. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 250 del 28 de marzo de 2012 Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 400 del 3 de julio de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón Bogotá, D.C, siete (7) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón.Bogotá, D.C., Dos (2) de

mayo de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2006-05536-02(2256-11).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Magistrado Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Del 17 de octubre de 2013. Número de radicado 11001-03-15-000-2013-00956-00 (2016874).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia 5 de febrero de 2015. Exp. 11001-03-15-000-2014-01312-01(AC).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Magistrado Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Auto de 24 de junio de 2013. Radicación 11001-03-25-000-2013-00829-00 (Numero Interno: 1694-2013).

- Consejo de Estado. Sección Segunda. Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Del 31 de marzo de 2014. Número de radicado: (2020197) 11001-03-25-000-2013-01065-00

- Consejo de Estado. Sección Cuarta. Magistrado Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Del 1 de febrero de 2014. Número de Radicado: (2013220) 11001-03-27-000-2012-00045-00.

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Magistrado Ponente: William Zambrano Cetina. 10 de diciembre de 2013. Número de radicado 2177. EXP. 1101-03-06-000-2013-00502-00.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente: Susana Buitrago de Valencia. Número de radicado: (25000-23-41-000-2014-00660-01) 2020968

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente: Susana Buitrago de Valencia. Número de radicado. 1 de febrero de 2010, EXP. 2009-00025-02.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente: Susana Buitrago de Valencia. Número de radicado. 17 de julio de 2014, EXP. 2013-00469-01.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Relatoría. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Providencia 29206. Fecha: 15 de Mayo de 2008.

Internet

- http://www.camara.gov.co/portal2011/preguntas-frecuentes/101-ien-que-consiste-la-funcion-judicial

- http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=53 PALACIOS IBARRA, Juan Francisco. "El control de la discrecionalidad administrativa."

- http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf

- http://ilsa.org.co:81/AFE3A751-98C4-4622-BED4-C0ABD92932E1/FinalDownload/DownloadId-38216B57DF44A4FC261E5EAE9F944B05/AFE3A751-98C4-4622-BED4-C0ABD92932E1/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-02.pdf

- http://www.puj.edu.co/banners/EL_PRECEDENTE_JUDICIAL.

- https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/21juan-carlos-garzon-m.pdf