

**EL PRECEDENTE JUDICIAL: PERSPECTIVAS Y HORIZONTES EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

MAGDA EDITH GUERRERO BONILLA

**Universidad Nuestra Señora del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá
2017**

**EL PRECEDENTE JUDICIAL: PERSPECTIVAS Y HORIZONTES EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

Magda Edith Guerrero Bonilla

Director:

Camilo José Orrego Morales

**Trabajo presentado como requisito parcial para obtener el título de Máster en
Derecho Administrativo**

**Universidad Nuestra Señora del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá
2017**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	15
1.1. Generalidades	15
1.2. Desde una perspectiva general del derecho colombiano	17
1.2.1. La Constitución.....	18
1.2.2. La Ley.....	21
1.2.3. Los reglamentos (Actos administrativos).....	25
1.2.4. Los principios generales del derecho.	26
1.2.5. La Jurisprudencia (Precedente jurisprudencial).....	27
1.2.6. El precedente jurisprudencial en el derecho comparado.....	35
1.3. Conclusiones.....	41
CAPÍTULO 2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO	43
2.1. Generalidades	43
2.2. La evolución histórica y jurisprudencial del precedente.....	46
2.3. De la desconfianza napoleónica a la doctrina legal española	47
2.4. Conclusiones.....	63

CAPÍTULO 3. IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO	66
3.1. Generalidades de su evolución en Colombia	66
3.2. La jurisprudencia como mecanismo de control de la administración.....	73
3.3. Obediencia de las autoridades administrativas	79
3.4. ¿Hay prevaricato por desobediencia jurisprudencial?	85
3.5. Cómo ese control se vuelve regla. Precedente para solucionar casos futuros ..	87
3.6. Conclusiones.....	89
CAPÍTULO 4. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LAS CORTES COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO	92
4.1. Generalidades	92
4.2. Carácter vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional.	93
4.3. Carácter vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.....	104
4.4. Carácter vinculante de las sentencias del Consejo de Estado.	119
4.5. Conclusiones.....	125
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES GENERALES	129
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

LISTA DE TABLAS.

	Pág.
Tabla 1.....	50
Tabla 2.....	54

RESUMEN

El presente trabajo busca establecer la forma como se aplica el precedente judicial en el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo especial énfasis en el derecho administrativo, con el propósito de contribuir a la creación de un referente orientador de la acción de los jueces de esta rama del derecho, encargados de darle cumplimiento a través de sus fallos.

La necesidad de abordar este tema surge de la aparente confusión que se puede derivar de la preponderancia de la ley como orientadora de las decisiones de los operadores judiciales, de manera simultánea con la vigencia de la Constitución Política como norma de normas.

Para el desarrollo de este trabajo se consideran tanto los principios constitucionales relacionados con este asunto, como los desarrollos legales que el mismo ha tenido, especialmente a partir de la Constitución de 1991, aunque también se hace referencia a algunos apartes de la Constitución de 1886. Igualmente se analizan múltiples sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, además de que se consideran diversos planteamientos doctrinales destacados sobre este asunto. Si bien el objeto central es el derecho administrativo, también se estudia lo relacionado con el precedente administrativo en las jurisdicciones ordinaria y constitucional, ejercicio que permite enriquecer el análisis planteado.

Palabras claves: precedente, jurisprudencia, constitución, ley, derecho administrativo.

ABSTRACT

The present work seeks to establish how the precedent judicial should be applied in the contentious administrative process, with the purpose of contributing to the creation of a referent guiding the action of the judges of this branch of the law, charged with enforcing it through of its failures.

The need to address this issue arises from the apparent confusion that can lead to the preponderance of the law as guiding the decisions of the judicial operators, simultaneously with the validity of the Political Constitution as a rule of norms.

For the development of this work we consider both the constitutional principles related to this matter and the legal developments that it has had, especially since the 1991 Constitution, although reference is also made to some aspects of the Constitution of 1886. Likewise, several judgments of the Constitutional Court and the Council of State are analyzed, in addition to the fact that a number of important doctrinal approaches are considered in this matter. Although the central object is the administrative law, it is also studied the related to the administrative precedent in the ordinary and constitutional jurisdictions, an exercise that allows to enrich the analysis presented.

Key words: precedent, jurisprudence, constitution, law, administrative law.

INTRODUCCIÓN

Al observar la jurisprudencia, la doctrina y la normatividad relacionada sobre el precedente judicial¹ y su deber de aplicación, se encuentra que el fin que persigue es la satisfacción de seguridad jurídica –o confianza legítima–, así como del derecho de igualdad de trato que tiene cualquier individuo ante quienes en ejercicio de una función pública deban tomar una decisión o emitir un concepto que les afecte.

Ese fin perseguido por la aplicación del precedente jurisprudencial se construye en particular por la Corte Constitucional, la cual en diferentes pronunciamientos consideró que la ley –entendida en sentido material como la norma general y abstracta creada por el constituyente, por el órgano legislativo o por el órgano de la administración pública– no lograba por sí misma la realización de ambos valores, ni siquiera desde un punto de vista estrictamente formal, ya que muchos enunciados jurídicos tenían al mismo tiempo múltiples interpretaciones y sentidos normativos razonables, razón por la cual se presentaban decisiones muy diversas frente a un mismo caso y más aún frente a casos apenas semejantes.

No obstante que el precedente no crea derecho, sino que lo declara con carácter vinculante, es un deber jurídico de rango constitucional: emana de una

¹ Diferentes autores hablan de precedente judicial y precedente jurisprudencial sin hacer distinciones en el alcance de las dos expresiones. A lo largo del presente trabajo se emplean ambos términos, dependiendo de la forma en que los emplean los autores citados en cada caso, prefiriéndose no obstante el primero de ellos atendiendo por supuesto al título del trabajo. Aunque no fue posible identificar autores que hicieran distinciones precisas, la forma en que algunos autores se refieren al precedente judicial pareciera que lo emplean para referirse a los que se producen en toda la estructura judicial, es decir, desde los jueces hasta los altos tribunales, incluyendo a las Cortes. En cambio, el término precedente jurisprudencial se emplea especialmente para referirse al precedente que producen los altos tribunales, aunque el empleo de uno u otro término no obedece a una definición formal precisa.

norma de la Constitución, de acuerdo al sentido que la Corte Constitucional le otorga a algunas normas de la misma.

Ya son en la actualidad varios artículos de varias normas que señalan de manera expresa la obligatoriedad del precedente, así por ejemplo la Ley 1395 de 2010, dispone que las entidades públicas, en determinados casos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, en materia ordinaria o contencioso administrativa, se hayan proferido en cinco o más casos análogos. Además, permite que jueces, tribunales y cortes no tengan en cuenta los turnos para fallo cuando existan precedentes jurisprudenciales y que las salas especializadas decidan los recursos de apelación cuando se requiera establecer un precedente, por su parte la Ley 1437 de 2011, incorporó la figura de la extensión de la jurisprudencia² del Consejo de Estado, en desarrollo de un nuevo mandato que obliga a las autoridades a tener en cuenta las sentencias de unificación de ese alto tribunal, al adoptar sus decisiones, e incluyó igualmente el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, que busca asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida.

² El término jurisprudencia es empleado por diferentes autores y también por los altos tribunales para referirse al conjunto de antecedentes o precedentes jurisprudenciales sobre algún tema. La misma Constitución Política en su artículo 230 habla de “la jurisprudencia” más no los precedentes judiciales o jurisprudenciales, aunque es claro que al emplear el término se refiere realmente a tales precedentes en forma general. Por estas razones, a lo largo del texto se emplea el término jurisprudencia en el mismo sentido en que lo hace la Constitución Política, mismo en el que ha sido interpretado por la Corte Constitucional a través de las diferentes sentencias que se citan en este escrito.

Y es que la inevitable condición cambiante de la sociedad conlleva igualmente a que sus ordenamientos jurídicos con ella muten, es por ello que la expedición de la Ley 1437 de 2011, anteriormente referenciada, no solo era necesaria sino que además se esperaba desde hacía tiempo atrás; un Código Contencioso Administrativo (Acto Legislativo 01 de 1984) anterior a la expedición de la carta política, se enfrentaba día a día a interpretaciones y ajustes “convenientes” lo cual transgredía la justicia, como valor supremo al que debe propender cualquier sistema jurídico, además no debe caber duda alguna, que sumado a lo anterior la realidad colombiana y por ende las relaciones entre la administración y los ciudadanos resultaban ser diferentes a la vividas hacía más de 30 años.

El camino para su expedición y la consagración de figuras ó instituciones novedosas, particularmente las señaladas en los artículos 102, 269 y 270 de la Ley 1437 de 2011, venía siendo preparada paulatinamente desde hacía años por la propia Jurisprudencia Constitucional y Administrativa, algunas veces de manera tajante y otras de manera tímida pero siempre presionadas por exigencias de trato igualitario de parte de las autoridades administrativas y de la jurisdicción contenciosa administrativa hacia los particulares ante idénticas situaciones de hecho y de Derecho. No obstante debo indicar que si bien esta exigencia de trato igual, fue la idea inicial que al abordar este tema considere, su desarrollo me permitió concluir que no resulto ser al momento de la expedición de la citada ley, el principal motor de impulso para su consagración, sino un tema de descongestión lo que lleva a generar su incorporación en el texto normativo citado.

De igual manera se debe indicar que al fin perseguido de seguridad jurídica y el respeto del derecho a la igualdad agregan algunos interesados en el tema, el de la consistencia y coherencia que se le da al ordenamiento jurídico, con la aplicación del precedente jurisprudencial y frente a ello señalan que el inconveniente radicaría al anquilosamiento del Derecho, es decir, que no pueda adaptarse a circunstancias futuras.

Frente a esta consistencia y coherencia que se señala puede lograrse; queda la duda y la incertidumbre que, por no tratarse de un sistema total de precedentes, como ocurre en el derecho anglosajón y encontrarnos frente a un sistema en el que se aplica tanto la jurisprudencia como la ley, tal fin no es fácilmente alcanzable.

Uno de los aspectos más polémicos de la obligatoriedad del precedente es la limitación que tendrían los jueces para interpretar el ordenamiento, aplicar la ley y resolver los casos que se someten a su consideración, al respecto tal y como se observa en la jurisprudencia citada, el precedente puede dejar de aplicarse, siempre y cuando se expongan clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican la decisión, de acuerdo con la Sentencia C-836 de 2001.

De esta manera, el juez, al ejercer su función, debe guardar un equilibrio entre acatar el precedente, para mantener una coherencia, y mirar qué pasa hacia el futuro, para desafiarlo, si es el caso, y prevenir el anquilosamiento. Para ello, debe tener en cuenta las diferencias entre un caso y otro, cambios sociales posteriores frente a los cuales la jurisprudencia no responda o sea errónea o cuando se haya dado un cambio constitucional o legal de importancia.

Por lo tanto, el precedente jurisprudencial no será una camisa de fuerza para el juez, si este encuentra argumentos que le permitan apartarse, con fundamentos de hecho y de derecho. Sin embargo, en la práctica, las cosas no pueden ser tan fáciles, ya que un juez de rango inferior al cuestionar si un precedente obligatorio del Consejo de Estado es injusto o está equivocado, siempre estará temiendo de un proceso por prevaricato en su contra. Temor que es fundado, ya que existen pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha advertido que los jueces que se aparten de sus decisiones podrían incurrir en dicha conducta delictiva.

Finalmente se debe decir que el artículo 230 de la Constitución continua vigente y en nuestro sistema de Derecho escrito una cosa es la ley y otra la jurisprudencia. Y el mencionado artículo establece la obligatoriedad de la una y la subsidiaridad de la otra, sin embargo, es la misma jurisprudencia y la doctrina la que nos han mostrado que las disposiciones que están en la Constitución y en las leyes, requieren la interpretación, y son esos precedentes la interpretación de esas disposiciones, por lo tanto, existe una unidad inescindible entre la disposición y su interpretación.

Esta diversidad de opciones frente a la aplicación del precedente plantea el siguiente interrogante: ¿es el precedente judicial fuente del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano? Dar respuesta a esa pregunta es el propósito del presente trabajo y contribuir así a la creación de un referente debidamente sustentado tanto en la Constitución, como en la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina, que pueda orientar a los jueces de esta rama del

derecho, quienes en últimas son quienes deben darle cumplimiento a través de sus fallos.

A efecto de dar respuesta al interrogante planteado, en cada uno de los capítulos se procederá a desarrollar un objetivo específico, de esta manera en el primer capítulo, se analizarán las fuentes del derecho administrativo en Colombia, con el propósito de tener un panorama de lo existente. A continuación, se estudiará la evolución de la jurisprudencia como fuente formal de derecho administrativo, con el fin de contrastar dicha evolución con la función de las fuentes estudiadas previamente. En el tercer capítulo el objetivo es examinar el impacto de la jurisprudencia sobre la rama ejecutiva del poder público, lo cual se hace tomando como sustento los hallazgos de los capítulos precedentes, así como el aporte que la doctrina disponible ofrece al respecto. El cuarto capítulo busca identificar las instituciones de la rama administrativa que se encargan de materializar la jurisprudencia como fuente formal del derecho y finalmente el quinto capítulo en el cual se presentan las conclusiones sobre el tema y los retos que frente al precedente se considera son necesarios, a efecto de procurar su consolidación.

La secuencia de estos capítulos se definió considerando que lo primero que se necesita es identificar precisamente las fuentes de derecho con el fin de ubicar a la jurisprudencia dentro de esas fuentes, identificando su utilidad y su importancia de manera general. Hecho lo anterior, se analiza la evolución del papel que ha tenido la jurisprudencia hasta llegar a ocupar la posición que actualmente ocupa, lo cual permite tener una visión general, entendiendo que el papel no ha sido siempre

el mismo. A continuación, se estudia de una manera más específica el tema de la jurisprudencia en la rama ejecutiva del poder público, dado que esa es la rama que cumple la mayoría de las funciones de tipo administrativo, con lo cual se da paso al capítulo cuarto, sobre las instituciones administrativas encargadas de materializar la jurisprudencia.

Además del recorrido que se hace por el marco legal colombiano, se realiza también un ejercicio de derecho comparado que incluye el derecho inglés, el de Estados Unidos, el de España y el de Argentina.

Para este trabajo la metodología utilizada fue la deductiva entendida esta, como “aquella que se realiza tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones al área” (Ponce De León, p 69), de esta manera se partió de premisas generales, efectuando una revisión tanto de las normas constitucionales como legales, así como de los pronunciamientos jurisprudenciales necesarios, para enriquecer el abordaje de los temas tratados en cada capítulo, finalizando cada uno de ellos, con unas conclusiones que buscan servir tanto de síntesis y confrontación de las posiciones de las fuentes consultadas, como para establecer una posición crítica frente a cada capítulo, en la medida en que dicho ejercicio resultó apropiado en el campo propio del derecho administrativo.

CAPÍTULO 1. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En este primer capítulo se estudia la forma como se estructuran las fuentes del derecho administrativo en el derecho colombiano, con el propósito de que el lector tenga una visión amplia de los organismos que lo conforman y de su competencia o alcance.

1.1. Generalidades

Resulta importante partir de una definición de Derecho Administrativo, cuestión difícil, no solo porque es necesario ser simple frente a una situación tan compleja, sino por el hecho de caer en un error al buscar en esa simplicidad la claridad, es por ello que en las múltiples definiciones que pueden encontrarse en los textos, la realizada por Zanobini, cumple con los criterios requeridos: «el Derecho administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos».

Ahora bien, cabe preguntarse entonces de donde se nutre o cuales resultan ser las fuentes para que ese derecho administrativo pueda cumplir su objeto, respuesta que será tema del presente capítulo, debiéndose tener siempre presente la relevada importancia del derecho administrativo frente a cualquier otra disciplina jurídica, ya que la administración no es solo un actor dentro del ordenamiento

jurídico sino su protagonista, en la medida en que es la rama ejecutiva del poder público la encargada de presentar los proyectos de ley que dan origen a dicho ordenamiento, cuyo rumbo siempre debe estar guiado por el encargo que constitucionalmente le ha sido asignado, que no resulta ser otro que la protección y salvaguarda de la persona humana, la cual ya no es vista como el administrado, sino como sujeto de derechos, debiendo observar en esa protección aquellos principios que igualmente la Constitución Política establece, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Antes de entrar en materia, para algunos lectores puede resultar de interés recordar que las fuentes del derecho se pueden clasificar en fuentes directas e indirectas, inmediatas y mediatas; estas últimas también se conoce como subsidiarias (Marienhoff & Basavilbaso, 2111). Se consideran fuentes directas las que están directamente basadas en normas jurídicas positivas, como la Constitución, leyes (formales y materiales, incluidos los reglamentos administrativos), los tratados, la analogía y los principios generales del derecho, en la medida en estos últimos surgen del ordenamiento jurídico general del Estado. También se incluye a la jurisprudencia, ya que “*debe colocársele en el mismo plano jurídico que a los reglamentos de ejecución*” (p. 103).

A su vez son fuentes indirectas aquellas que no se basan en normas o textos positivos, como la doctrina, que cumple su función como elemento primordial en la elaboración de la jurisprudencia. Los contratos y los actos administrativos individuales también se consideran fuentes indirectas del derecho administrativo,

aunque su alcance o campo de aplicación es limitado a las partes involucradas (Marienhoff & Basavilbaso, 2111).

Dentro de las fuentes directas algunas se consideran inmediatas, como la Constitución, las leyes y los tratados; son mediatas o subsidiarias los principios generales del derecho y la jurisprudencia, pues sólo se recurre a ellas en ausencia de un texto legal expreso o específico sobre el tema en cuestión. (Pardo, 2014)

1.2. Desde una perspectiva general del derecho colombiano

Al hacer referencia a las fuentes del derecho administrativo se pueden ubicar de manera genérica en dos grandes grupos, en el primero de ellos se tendría a la Constitución, las leyes y los reglamentos, entendidos estos últimos como todos los actos administrativos expedidos por la administración en uso de sus facultades (Decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, disposiciones) y en el segundo grupo se hallarían los principios generales del derecho y la jurisprudencia (precedentes administrativos).

En este punto resulta apropiado plantear una definición del precedente, empezando por la definición general que hace la Academia, que incluye tres significados: 1) Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos; 2) acción o dicho que sirve para valorar hechos posteriores y 3) aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta. Aunque intentar una definición jurídica del término en este punto puede

conducir a que se haga en términos muy simplistas frente al alcance del mismo, en forma general y tras la advertencia de que se requiere una comprensión amplia que precisamente se intenta en este trabajo, se puede afirmar que el precedente judicial está conformado por aquellas sentencias judiciales que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el alcance de su efecto normativo. (Guerrero, 2012), en similares términos un autor colombiano y nuestra Corte Constitucional lo definen como “la decisión anterior de una autoridad, que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídica, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares” (Santofimio Gamboa, 2010, p.10) y “como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes” (Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006).

1.2.1. La Constitución.

La constitución de un país plasma su orientación política, de esta manera el derecho administrativo al regular las relaciones de la administración con sus ciudadanos, obviamente va a ser reflejo de la misma sin que implique limitarse a la misma, Bielsa señaló frente a ello lo siguiente: “*El derecho administrativo tendrá siempre el carácter o fisonomía del derecho constitucional de cada Estado... ningún*

derecho está más sujeto a las directivas políticas del Estado que el Derecho Administrativo” (Bielsa, 1965)

La constitución delimita y traza el actuar de toda la organización del Estado, de esta manera establece cual es sistema de derechos, principios y valores, como debe ser el funcionamiento de las diferentes ramas del poder público, como interviene el Estado en la economía, como es el sistema de responsabilidades, es decir, determina como es el sistema de derechos y deberes ciudadanos y como se distribuye el poder a fin de evitar un absolutismo y concentración del poder, el profesor Penagos al explicar el concepto de Constitución y otorgarle una posición en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo indicaba *“La Constitución es, pues, un resumen del querer político, social y político de un pueblo determinado. Y todo el sistema normativo debe ser la fiel expresión de esa norma superior que resume el querer del constituyente primario. He aquí la razón, por la cual consideramos que la Constitución dentro del Estado de Derecho es la primera fuente formal del Derecho administrativo”* (Curso de Derecho Administrativo, 1982, p. 131).

La Constitución de 1991 consagra disposiciones que conllevan a que no exista duda alguna en cuanto a su supremacía, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular en diferentes fallos, en sentencia de mayo de 1992 indicó que:

La Constitución se rige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella

instaurados... la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriban en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas y ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad ... la Constitución como Lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes” norma normarum (Sentencia T-006, 1992)

Esta posición fue ratificada en sentencia de noviembre de 1993 en los siguientes términos:

La Constitución es norma de normas, pero en modo alguno es norma ordinaria que solo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje del ordenamiento jurídico...La Constitución como eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado...La Corte como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquellos que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del ordenamiento y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos”. (Sentencia C-531, 1993)

Y finalmente la Sentencia de agosto de 1992 en donde hizo alusión expresa al Preámbulo señalando lo siguiente *“juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustenta el orden que la Carta instaura, y, por tanto, -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante los*

finen en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios” (Sentencia C-479, 1992). En otros apartados de la Constitución se encuentra igualmente la referencia expresa a su supremacía, en su artículo 4 establece “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”, asimismo en el inciso 2 de este mismo artículo señala “...Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades...”, de igual manera el artículo 95 cuando indica “...El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades...” y el inciso 2 cuando reitera “...Toda persona está obligada a cumplir con la Constitución y las leyes...”., por su parte el artículo 121 involucra a los servidores públicos al establecer que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley...”.

De este modo se tiene que el derecho administrativo no corre por un camino que no este trazado por la Constitución, su orientación siempre estará dado por la misma, así las cosas, los cambios que se produzcan en él deben circunscribirse a lo expresado en la Constitución, punto este que resulta de importancia fundamental cuando se está frente a la lectura del artículo 230 de la Carta Política y la Ley 1437 de 2011.

1.2.2. La Ley.

Entendida como aquel acto expedido por el Congreso de la República conforme al procedimiento y facultades establecidas por la propia Constitución

Política, entre las leyes de mayor importancia se encuentran aquellas citadas por Younes (2014), las cuales apelando a la clasificación por él realizada, son entre otras las que se enuncian a continuación.

1.2.2.1. Desde un punto de vista histórico.

- Ley 110 de 1912 o Código Fiscal
- Le 4ª de 1913 o antiguo Código de Régimen Político y Municipal
- Ley 167 de 1941, antiguo Código Contencioso Administrativo
- Ley 19 de 1958 sobre reforma administrativa
- Ley 21 de 1963 por medio de la cual se creó la Junta Monetaria
- Ley 65 de 1967, por medio de la cual se concedieron facultades para la reforma administrativa de 1968
- Ley 28 de 1974 que facultó al presidente para reformar la administración
- Ley 19 de 1982 que trata de contratación administrativa
- Ley 25 de 1974 sobre la Procuraduría General de la Nación
- Ley 20 de 1975 sobre control fiscal
- Ley 3ª de 1986 sobre administración departamental
- Ley 11 de 1986 sobre régimen municipal

- Ley 12 de 1986 sobre cesión del impuesto a las ventas a las entidades territoriales.

1.2.2.2. Después de la expedición de la Constitución de 1991.

- Ley 27 de 1992 (derogada) sobre carrera administrativa en Departamentos y Municipios
- Ley 60 de 1993 (derogada), sobre competencias y recursos de las entidades territoriales
- Ley 80 de 1993 que regula el régimen de contratación del Estado colombiano
- Ley 136 de 1994 o estatuto de la modernización municipal
- Ley 142 de 1994 sobre régimen de los servicios públicos domiciliarios
- Ley 130 de 1994, estatuto básico de los partidos y movimiento políticos
- Ley 131 de 1994 sobre voto programático
- Ley 134 de 1994 sobre mecanismos de participación ciudadana
- Ley 137 de 1994 que regula los estados de excepción en Colombia
- Ley 190 de 1995 o estatuto anticorrupción
- Ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia

- Ley 489 de 1998 o estatuto de organización y funcionamiento de la Administración pública.

1.2.2.3. *Periodo más reciente*

- Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
- Ley 1444 de 2011, que dispone las bases de la reforma de la administración pública del Gobierno del presidente Juan Manuel Santos
- Ley 1474 de 2011, estatuto anticorrupción
- Ley 1454 de 2011, norma orgánica del ordenamiento territorial
- Ley 1551 de 2012, estatuto de modernización del régimen municipal
- Ley 1530 de 2012, sobre distribución de los recursos de las regalías
- Ley 617 de 2013, estatuto político administrativo y fiscal de los distritos especiales
- Ley 1607 de 2012, normas en materia tributaria territorial
- Ley 1265 de 2013, sobre áreas metropolitanas

1.2.3. Los reglamentos (Actos administrativos).

La doctrina siempre hace referencia a los reglamentos, pero tal y como señala el profesor Santofimio:

En el derecho colombiano el término genérico que comprende aquellas manifestaciones normativas de carácter general que eventualmente generan situaciones jurídicas tanto para la administración como para los administrados, es el acto administrativo...fuente de normatividad dependiente que circunscribe igualmente el comportamiento de la administración y los asociados” resultando ser el “...principal instrumento mediante el cual se manifiesta y se confirma el papel preponderante de la función administrativa del Estado en el proceso de cumplimiento de las finalidades señaladas constitucionalmente. (Santofimio J., 1996, pp. 446-447)

De acuerdo con la clasificación del mismo autor, estos son:

- El reglamento, el cual constituye un acto administrativo de carácter general, que por expresa disposición de la Constitución es facultad del Presidente de la República (Artículo 189, numeral 11) y por excepción algunas otras autoridades administrativas entre otras el Consejo Superior de la Judicatura (artículo 257, numeral 3), Consejo Nacional Electoral (Artículo 265 numeral 9), Junta Directiva del Banco de la República (Artículo 371, inciso 2), la Contraloría General de la Nación y las Contralorías Departamentales y Municipales (Artículo 268 numerales 1 y 12, en concordancia con el artículo 272).

- Los actos administrativos ordinarios del ejecutivo (resoluciones, decretos, directivas, circulares, disposiciones, etc.), los cuales pueden ser generales si son fuente de normatividad reguladora general, tales como los decretos, resoluciones, directivas y circulares o individuales si por el contrario son creadores de situaciones subjetivas o personales (Santofimio J., 1996).
- Actos de las corporaciones administrativas (Acuerdos, Ordenanzas y Resoluciones), se trata de una potestad reglamentaria por expreso mandato constitucional.

1.2.4. Los principios generales del derecho.

García y Fernández señalan en su obra cómo el derecho administrativo,

Se construye necesariamente sobre un sistema de principios generales del derecho que no solo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a estas todo su sentido y presiden toda su interpretación...no proceden por deducción de primeras verdades morales, sino que son principios técnicos, que articulan sobre todo el mecanismo básico del derecho, que son las instituciones; y su desarrollo y perfección es un fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelencia de la jurisprudencia y doctrina, actuando en recíproca interrelación. (Derecho Administrativo, 1996, p. 73)

Por su parte la Corte Constitucional ha insistido en sus fallos en el hecho que los preceptos constitucionales resultan ser el fundamento de la administración

pública y por ende del derecho administrativo, *“el contexto constitucional hay que entenderlo, por lo tanto, con todos aquellos principios y valores que han servido para su inspiración. Bajo esta perspectiva, los principios generales del derecho, resultan ser básicos en el momento de analizar el subsistema del derecho administrativo colombiano”*. (Santofimio J., 1996, p. 457)

Adicionalmente se encuentra en la legislación el artículo 8 de la ley 153 de 1887, el cual establece que *“Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”*. (Santofimio J., 1996, p. 458)

1.2.5. La Jurisprudencia (Precedente jurisprudencial).

El precedente jurisprudencial es un tema directamente relacionado con las fuentes del derecho, siendo por lo tanto su estudio de vital importancia para el entendimiento y comprensión del sistema jurídico de cualquier Estado, es por ello que cuando Norberto Bobbio indicaba que el problema del derecho se resumía en su interpretación, acertaba en el punto central de la discusión.

El derecho colombiano *“tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental”* (Bernal C., El precedente en Colombia, 2008, p. 17) lo cual implica notables diferencias frente al derecho anglosajón, en el cual el precedente jurisprudencial constituye uno de sus pilares fundamentales, sin embargo dado el

carácter dinámico del derecho se ha ido afianzando y consolidando, el reconocimiento de las sentencias judiciales como precedente, pasando obviamente por diferentes etapas, tal y como ha sido descrito por diferentes autores en particular por Diego López Medina en sus libros “El Derecho de los Jueces” y “Eslabones de Derecho”.

El camino del reconocimiento del valor del precedente jurisprudencial ha sido largo y difícil, dadas las implicaciones que apareja, es por ello que se reconoce su importancia en el ordenamiento jurídico, pero en el momento de otorgarle la connotación de fuente del derecho nuevamente es retrotraído a un segundo plano como criterio auxiliar. El tratadista Ignacio de Otto efectúa un análisis en este sentido y explica como con la Revolución Francesa, la Teoría del Estado que allí nació, conllevó a que existiera una estricta separación entre crear y aplicar una norma, siendo esta aplicación con sumisión a la ley exclusivamente, señala al respecto en su obra:

La teoría del Estado que nace con la Revolución francesa parte de una estricta separación entre la creación y aplicación de las normas, esta segunda confiada a la Administración, concebida como simple ejecutora. Para asegurar orgánicamente esta separación en lo que se refiere a la Justicia se establecen ciertos principios básicos del Estado constitucional moderno: la función jurisdiccional se le atribuye en exclusiva a jueces y magistrados a los que se desconecta funcionalmente del resto del aparato del Estado mediante el principio de independencia, en cuya virtud no están sometidos a ordenes ni mandatos de ningún género. A su vez esos jueces y magistrados no tiene otra función que la de juzgar y han de hacerlo con sumisión a la

ley exclusivamente. El legislador crea las normas y los jueces se limitan a aplicarlas. (De Otto, 1987, p. 32)

El sistema así diseñado bajo esta teoría revolucionaria, impide a los jueces participar en la creación de normas, sin embargo esta barrera aparentemente firme se rompe en dos puntos concretos, el primero por algo que es inherente a la misma norma y es el hecho de que tiene que ser objeto de juicio y el segundo porque se requiere que exista uniformidad en dicho juicio, al ser necesario contar con un mecanismo para contrarrestar esa libertad del juez, mecanismo que en el sistema anglosajón es conocido como principio stare decisis:

Esa misma diferenciación interna ha llevado que en dos puntos concretos se rompa la barrera firme que en la teoría revolucionaria impedía a los jueces participar en la función de crear normas. En primer lugar, el hecho de que las normas mismas se conviertan en objeto de juicio (...) convierte a los jueces en legisladores negativos (...). En segundo lugar la necesidad de uniformizar la aplicación judicial del derecho ha llevado, (...) a sujetarla a reglas elaboradas por la cúspide de la propia organización judicial, esto es a la jurisprudencia, que adquiere así un valor normativo que la revolución francesa le negó (...) La reducción de la libertad del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional se alcanza en los países anglosajones por el procedimiento de atribuir una fuerza vinculante, más o menos intensa según los casos, al criterio con el que el mismo u otro tribunal ha resuelto previamente los casos iguales al que se plantea. Esta regla conocida como principio stare decisis, no nace ciertamente como respuesta a las dificultades de aplicación del derecho legislado, sino que ha sido históricamente un medio para sustituirlo: el derecho anglosajón es en buena medida un derecho de creación judicial, case

Law, en virtud de que el principio stare decisis confiere al precedente el valor de regla acerca de la solución de los casos anteriores. (De Otto, 1987, pp. 33-34)

Y es que no cabe duda alguna, que el problema del derecho siempre ha sido y continuara siendo, su interpretación, es por ello que el valor que debe o no otorgársele al precedente jurisprudencial constituye ser, uno de los temas de obligatorio abordaje por los estudiosos del derecho; Ronald Dworkin señala que el derecho como tal, es un concepto interpretativo, en donde cada juez se basa en sus propias convicciones, siendo inevitable que esas convicciones sean diferentes, pero lo que siempre se debe tener presente es que el objetivo fundamental del derecho es *“responder a la necesidad de que una comunidad política actúe en forma coherente y de acuerdo a principios establecidos para con todos sus miembros”* (Dworkin, 1988, p. 92).

El tema del precedente jurisprudencial ha sido abordado desde diferentes ángulos y latitudes, en España por ejemplo se encuentra al doctrinante Javier Pérez Royo, quien al referirse a las sentencias del Tribunal Constitucional señala, que paulatinamente a pesar de no ser aceptado por todos, ha ido tomando posición en el Sistema de Fuentes:

La inclusión de este capítulo de la sentencia del Tribunal Constitucional puede resultar, a primera vista, chocante. Desde el punto de vista del Derecho positivo la Constitución simplemente dice que la sentencia del Tribunal Constitucional tiene valor de cosa juzgada y que no cabe recurso contra ella (art.164), y La Ley orgánica del Tribunal Constitucional añade que vinculará a todos los poderes

públicos y producirá efectos generales desde su publicación en el BOE (art.38.1) (...) No hay por tanto en principio nada que autorice a incluir las sentencias del Tribunal Constitucional dentro de este capítulo sobre la Constitución como fuente del derecho. En realidad, la ubicación de la sentencia del Tribunal Constitucional dentro del sistema de fuentes es una cuestión que no está resuelta de manera clara (a veces ni siquiera se plantea) y sobre la que no existe una posición dominante en la doctrina. Esto no tiene nada de extraño, dada la novedad del fenómeno. Lo que sí interesa resaltar, es como en la doctrina española se ha ido paulatinamente elevando la posición jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional, dentro del Sistema de Fuentes. Y así, si en un primer momento Aragón sostuvo que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional debía ser considerada fuente del derecho y estimarse incluida como tal en el apartado 6 del artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil, junto a la del Tribunal Supremo, con posterioridad Rubio Llorente da un paso más argumentando que debe considerarse incluida no en el apartado 6, sino en el 1 de dicho artículo al mismo nivel que la Ley, llegando por último De Esteban a situarla en la jerarquía normativa inmediatamente después de la Constitución y por encima de todas las demás fuentes del derecho. (Pérez, 2008, p. 50)

En la misma línea que Pérez (2008), otra doctrinante española, Remedio Sánchez muestra en su obra, como si bien formalmente, la Constitución es la norma jurídica suprema, en la práctica es el Tribunal Constitucional, quien al modificar o innovar el ordenamiento jurídico, anulando las leyes inconstitucionales, excluyendo determinadas interpretaciones de las leyes (“sentencias interpretativas”), interpretando la Constitución y el ordenamiento jurídico en general con carácter vinculante para los poderes públicos y los ciudadanos, el que lleva que sus

decisiones – jurisprudencia constitucional- se constituyan como una verdadera fuente del derecho, señala así:

La naturaleza de fuente del Derecho de la jurisprudencia constitucional se desprende del propio concepto normativo de Constitución que se acogió por el poder constituyente en 1978 (Rubio Llorente, Pérez Royo). De acuerdo con esta concepción normativa, la Constitución es la norma jurídica suprema a la que están sujetos los ciudadanos y los poderes públicos (art. 9.1 CE). Y esta supremacía normativa de la Constitución significa su superioridad sobre el resto del ordenamiento jurídico, superioridad que se garantiza de dos formas: mediante la rigidez constitucional y mediante un sistema de justicia constitucional en el que el Tribunal Constitucional puede expulsar del ordenamiento jurídico las normas que contradigan la Constitución. Esto último implica que el Tribunal Constitucional incide directamente en el sistema de fuentes puesto que modifica o innova el ordenamiento jurídico, bien anulando las leyes inconstitucionales, bien excluyendo determinadas interpretaciones de las leyes (“sentencias interpretativas”) para que puedan ser consideradas constitucionales, bien interpretando la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico con carácter vinculante para los poderes públicos y los ciudadanos. (Sánchez R., 2005, p. 305)

Ahora bien, en Colombia este tema igualmente ha sido ampliamente abordado por los doctrinantes, se encuentra entre ellos a Gilberto Blanco Zúñiga, el cual efectúa un análisis del origen del concepto, habla sobre el valor de la sentencia constitucional, efectuando una interesante tipología de las mismas, concluyendo en uno de sus apartes lo siguiente: *“resulta claro que la jurisprudencia es, entre nosotros una verdadera fuente del derecho, como que, finalmente, el apartamiento*

de sus dictados se convirtió en la excepción y su observancia en regla general”
(Blanco, 2007, p. 52).

Otro doctrinante de gran valía en el país que estudio este tema fue el maestro Arturo Valencia Zea, quien al reflexionar sobre el artículo 25 del Código Civil Colombiano el cual consagra que “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador” señaló que “no se trata de una auténtica interpretación, sino de la elaboración de una nueva ley. El legislador puede derogar las leyes inconvenientes y reemplazar las oscuras”. Igualmente, el profesor Luis Fernando Gómez Duque, sostuvo frente al artículo 25 del Código Civil: “está redactado en forma equívoca” porque, de un lado, atribuye la prerrogativa de la interpretación al legislador, cuando ello corresponde a los jueces y, de otro, porque es obligatoria no por fuerza de la interpretación, sino por fuerza legal propia. En lo pertinente, dijo:

Si a la interpretación del legislador se le otorga una máxima autoridad, ello ocurre no porque en sí lógicamente tenga un atributo especial que garantice la idoneidad de su razonamiento sino porque simple y formalmente esa interpretación es otra ley, la cual, de hecho, tiene un valor general: el hecho, pues, de dar valor general a una ley aclaratoria, no decide en nada el problema del valor de la interpretación dada por los jueces que son, justamente, quienes tienen que resolver dicho problema. (Sentencia C-820, 2006)

Recientemente el Doctor Alfonso Vargas, Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que el replanteamiento de la cultura jurídica alrededor del concepto tradicional de las fuentes formales del derecho, es abrir “*el camino*

hacia una eficaz política de descongestión judicial y una sincera realización de la justicia” (2012, p. 135)

Otros doctrinantes como Quinche (2014), al abordar el tema señala la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte Constitucional, realizan precisiones de gran valía, indicando que respecto a las autoridades administrativas y demás autoridades públicas no judiciales *“estas tienen la obligación total de acatar el precedente y la interpretación judicial, en la medida en que no gozan de la autonomía que sí ostentan las autoridades judiciales”* y respecto a las autoridades judiciales *“la obligación de seguir el precedente judicial tiene dos dimensiones, según se trate del precedente constitucional o de otra clase de precedente judicial”* (El precedente judicial y sus reglas, pp. 21-23).

Existen sin embargo en beneficio de la propia discusión, otros autores que se oponen de manera enfática a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial y a la fuerza que ha tomado durante los últimos años, entre sus exponentes están Tamayo y Jaramillo, quienes indican que:

La amenaza que la misma Corte, en fallo reciente hace a los jueces que desconocen uno de sus precedentes obligatorios, como pasibles del delito de prevaricato por ese motivo, es la peor y más atemorizante de las armas para que los jueces obedezcan precedentes que muchas veces consideran injustos para su caso concreto. Se trata de la momificación del formalismo jurisprudencial...En consecuencia, un precedente obligatorio que desconoce el texto de la Constitución y de las leyes es supremamente peligroso porque destruye el principio de legalidad y convierte a los jueces de rango inferior en simples

autómatas de la voluntad de las altas Cortes. (Tamayo & Jaramillo, 2012, pp. 4, 5)

Asimismo, se encuentra una posición intermedia, expuesta por Montoya (2011), la cual se resume en la cita que hizo de Hans Kelsen:

La teoría surgida en el terreno del common law anglo-norteamericano, de que solo los tribunales producen derecho, es unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino solo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella que solo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual, pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un órgano productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación. No el comienzo, del proceso de producción del derecho. (Kelsen, 1979, p. 263)

1.2.6. El precedente jurisprudencial en el derecho comparado.

El precedente jurisprudencial no es un elemento exclusivo en la legislación colombiana; por el contrario, existe en casi todos los ordenamientos jurídicos. Con el fin de evidenciar el alcance del concepto en otros modelos de organización jurídica, se analizan en este apartado algunos ejemplos, como son el derecho inglés, el caso de Estados Unidos, España y Argentina. Se toman estos ejemplos

dado que corresponden a países que han servido de referentes para el diseño de diversas normas legales vigentes en Colombia, además presentan algunas variaciones en relación con el alcance y la forma en que opera el precedente, por lo cual le permiten al lector identificar puntos de comparación útiles para los propósitos del presente trabajo.

1.2.6.1. Los precedentes vinculantes en el Comon Law (Derecho inglés)

La doctrina del precedente judicial (precedent) es uno de los pilares básicos del derecho inglés, conocido como "Derecho jurisprudencial o Derecho de los casos " (case law); una gran parte de él se refiere a la interpretación del derecho de las leyes del Parlamento, mientras que otra está dedicada a la creación del derecho propiamente dicho. Debido a la existencia del "case law " todos los tribunales ingleses están obligados a seguir y aplicar lo que decidieron y aplicaron en casos similares tribunales jerárquicamente superiores. Y la correcta aplicación del precedente es fundamental, ya que muchos de los recursos de apelación (appeals) se fundamentan en el precedente incorrecto en que se basó el juez para dictar el fallo (appeals by way of case stated). (Llewellyn, 2016)

De este modo se tiene que la fuente principal de la producción del Derecho Inglés es el case-law, que es el conjunto de principios, reglas, criterios y parámetros de juicio que se han ido creando, por vía inductiva, a partir de los precedentes, es decir, de las decisiones de casos anteriormente resueltos. (Llopis, 2015)

1.2.6.2. *El precedente vinculante en los Estados Unidos*

En el derecho estadounidense, la doctrina del precedente tiene complemento a la regla del stare decisis, esto es, lo que se ha llamado “la doctrina del precedente individual obligatorio” (Schwarz, 2014, p. 23). El profesor argentino Néstor Pedro Sagués refiriéndose al stare decisiset no quieta movere, señala que “Este sistema del régimen anglosajón del common law puede traducirse como “respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos”. Sintéticamente se le conoce como el “sistema del precedente”. Tal doctrina constituye el basamento histórico de la actual fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema norteamericana. La doctrina, conviene advertirlo, se aplica a todo el sistema judicial. Parte del supuesto de que una sentencia cumple dos papeles: resolver una litis concreta, y, además, repercutir en los casos futuros que atiendan problemas análogos. En definitiva, proveer a la sociedad de reglas jurídicas (Zúñiga, 2016).

Para abonar esa argumentación, se esgrimen cuatro razones: 1.- Igualdad. De proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales; 2.-Previsibilidad. La gente sabe a qué atenerse en el futuro, 3.- Economía. Si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos y 4.- Respeto al acierto y sabiduría de los jueces anteriores (Taruffo, 2012). Se trata, fundamentalmente, de una solución pragmática.

Sin embargo, no todo lo dicho en una sentencia tiene el mismo vigor vinculante, ni todas las sentencias valen lo mismo. En tal sentido, cabe mencionar

primero la que llama jurisprudencia persuasiva, no necesariamente vinculante, que es la proveniente de tribunales de otras jurisdicciones o de un nivel igual al que debe decidir un proceso, y la que tiene divergencias (jurisprudencia contradictoria en este caso, se habla de “regla mayoritaria” o “minoritaria”) (Taruffo, 2012). La jurisprudencia imperativa que sí es vinculante es la que emana de un tribunal superior al que conoce el caso, o a la de éste mismo.

Pero dentro de las sentencias de este último tipo, cabe a su turno diferenciar el holding, o ratio decidendi (esta última expresión es usual en Inglaterra, que es lo necesariamente sostenido por un tribunal para dirimir el litigio, del obiter, u obiter dictum, que es lo indispensable en ese fin). Normalmente el obiter dictum no es jurisprudencia imperativa, aunque pueda tener algunas veces especial respeto, en función de localidad jurídica del juez que lo expuso. (Morales, Quevedo, & Quevedo, 2013)

En el sistema norteamericano el precedente tiene dos formas: el precedente - stare decisis- vertical la misma que hace que todos los órganos jurisdiccionales inferiores la cumplan, el precedente - stare decisis- horizontal, hace que todos tribunales se vinculen con sus propios precedentes, fundado esto en los principios de auto-congruencia y consistencia.

En la clásica tradición del Common Law norteamericana, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura a que por excelencia se dirige el mensaje de precedente jurisdiccional; a saber: En primer lugar, la Corte

dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado. La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional. Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*). (Taruffo, 2012)

1.2.6.3. *El valor del precedente jurisprudencial en España*

En España, siguiendo la tradición jurídica continental, los precedentes no son vinculantes para los tribunales superiores. No obstante, la falta de "vinculación" y el valor como Consejo del " es innegable; en cualquier sentencia de los tribunales españoles se puede encontrar la argumentación esgrimida por los abogados, cuál de ellas prevaleció, la legislación aplicable al caso, y la argumentación del tribunal respecto de la interpretación y aplicación debida de las normas.

Lo que está claro es que ningún precepto, hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil LEC-2000³, ha establecido de una manera expresa que la

³ Ley de Enjuiciamiento Civil en España es considerada un hito en el desarrollo de las normas reguladoras de la justicia civil, que, después de siglos de un modelo de proceso ha establecido un nuevo modelo. El viejo

Jurisprudencia (mejor dicho, cierto tipo de Jurisprudencia) tenga valor vinculante. La mayor parte de la doctrina, hasta esta nueva ley, ha negado que la Jurisprudencia en general sea vinculante. Sin embargo, el hecho de que una doctrina se encuentre formulada y reiteradamente aplicada, puede ser un índice o una pauta para el comportamiento futuro pero el Tribunal Supremo es libre de variar o evolucionar dentro de la legalidad.

1.2.6.4. *El valor del precedente jurisprudencial en Argentina*

Al no existir bases históricas propias del common law no rige de modo expreso la doctrina del precedente o del stare decisis. En el S. XX se producen cambios, ex lege, por lo que ciertos tribunales colegiados pueden sentar doctrina obligatoria (vertical y horizontal) a través de los llamados “plenos” o “plenarios”.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Cerámica San Lorenzo consolidó el criterio de que los jueces inferiores deben aplicar las reglas elaboradas por la Corte Suprema y carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellas sin aportar nuevos argumentos que justifiquen la posición sentada por el tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las Leyes dictadas en su consecuencia.

modelo procesal civil del derecho hispánico se basaba en la escritura, como en la mayoría de los países iberoamericanos, mientras que el nuevo se basa en la oralidad. Además de este cambio, incluyó muchos más que han sido objeto de debate y asimilación por parte del aparato judicial en ese país. (Aroca, 2002)

1.3. Conclusiones

El derecho administrativo se construye así sobre un conjunto de presupuestos, no podría ser de otro modo ya que el derecho es dinámico y flexible, pero entre todas estas fuentes existe una que causa especial controversia en el medio jurídico y es la jurisprudencia, ella genera temor y a la vez “confianza”, el temor referido a la posibilidad que sean los jueces los que arbitrariamente puedan tener en sus manos el otorgamiento o no de un derecho dada la interpretación que al mismo pueda darse y que sean en particular esos jueces de mayor jerarquía los que detenten ese poder, pero a la vez “confianza” ya que el precedente jurisprudencial siempre se ha constituido en una exigencia realizada por los particulares en sus asuntos judiciales frente a la administración, exigencia que no resulta ser otra cosa que la invocación del derecho fundamental a la igualdad y del principio de confianza legítima en la administración de justicia y obviamente seguridad jurídica.

Si bien la Constitución Política y más aún el Constituyente Primario es la fuente básica del ordenamiento jurídico de una nación que se comporta con ajuste al concepto de Estado social de derecho, el precedente judicial adquiere un papel determinante al punto que interpreta, a través de la Corte Constitucional, lo que el Constituyente Primario pretendió decir en la Constitución a través de los Constituyentes que representaron la voluntad popular. Llevando el caso a un ejemplo de la familia, como célula básica de la sociedad, podría decirse que el precedente equivale a ese tipo de acuerdos que hacen los integrantes sobre la

forma de hacer las cosas y sobre las normas de conducta que se aplican entre ellos, las que no pueden estar cambiando todos los días para poder mantener las cosas funcionando; sin embargo, debe modificarse ante situaciones nuevas como la emancipación, por ejemplo. Obviamente llevado ese ejemplo simple a la escala de toda una sociedad el asunto se torna mucho más complejo, aunque conserva la equivalencia de servir de acuerdos que les permiten a todos los integrantes saber cómo actuar tanto en los asuntos de rutina como ante situaciones emergentes.

La complejidad de la organización social hace necesario que existan múltiples acuerdos o normas para poder abarcar todos los asuntos, manteniendo intactos los acuerdos básicos. Esos acuerdos tienen diferentes jerarquías, que buscan precisamente blindar la solidez del sistema; esas jerarquías van desde la Constitución a la Ley, a los reglamentos, los principios generales de derecho y la jurisprudencia.

CAPÍTULO 2. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

En este capítulo se analiza la evolución de la jurisprudencia en el derecho administrativo; el término evolución no se refiere solamente al desarrollo a lo largo del tiempo sino al proceso que ha tenido respecto de su función, por lo cual en el capítulo se incluye también una reflexión sobre la concepción de la jurisprudencia en los tribunales napoleónicos y en los españoles.

El método de selección de las sentencias que se exponen en este capítulo se basó en la revisión de las referencias hechas por diferentes autores sobre esta evolución histórica, seleccionando aquellas que mayor relevancia tienen por los aportes o cambios que generaron en la evolución del debate sobre la jurisprudencia formal del derecho administrativo, por lo que de alguna forma pueden considerarse como sentencias hito en esta materia.

2.1. Generalidades

Cepeda (2009) en la presentación realizada a la primera edición del libro “*El derecho de los jueces*” señala que durante la Asamblea Constituyente se dieron dos tendencias frente al papel que debía reconocérsele a las decisiones judiciales en materia de fuente del Derecho

“La primera promovía una revalorización del papel del Juez en una democracia, de su responsabilidad en asegurar la efectividad de un

Estado Social de Derecho y de la necesidad de hacer de la jurisprudencia el máximo intérprete de la Constitución un punto obligado de referencia y una segunda tendencia encaminada a matizar para algunos, o frenar, para otros, lo que era una modificación sustancial del sistema de fuentes del Derecho” (pp. XV, XVI).

Ilustra igualmente que la primera tendencia logró la creación de la Corte Constitucional y la revisión por ella de todos los fallos de tutela, lo que lleva a que sea quien tenga siempre “la última palabra” y la segunda tendencia fue la introducción del artículo 230 en la Carta Política, mediante el cual de manera escrita le asignaba un segundo lugar en materia de fuentes del derecho (Cepeda, 2009).

Esta presentación del Doctor Manuel José Cepeda muestra que el debate sobre el papel de las decisiones judiciales en el tema de Fuentes del Derecho no es un tema recientemente abordado, ha sido objeto de adversarios y adeptos, desde diferentes puntos de vista, existiendo un lenguaje y una práctica, en donde el lenguaje está dado por el marco jurídico positivo existente y una práctica materializada en pronunciamientos constitucionales y jurisprudenciales alejados en algunos casos de ese lenguaje y es que definitivamente el tema de fuentes del derecho no se trata de un debate meramente técnico, es uno “*de los recursos políticos más importantes al interior de un Estado*” (Cepeda, 2009, p. XXI), la soberanía de los Estados se manifiesta en particular en dos monopolios el de las armas y el del derecho, por eso la desconcentración y análisis de lo que este último implica y significa al interior de esa sociedad conlleva a cuál debe ser la jerarquía que en materia de fuentes del Derecho existe en esa sociedad.

Si la distinción entre las fuentes jurídicas consistiese en la mera forma en que se manifiesta la norma, parece extraño que solo ello pueda prejuzgar el puesto que haya de ocupar en el ordenamiento jurídico. El ardor con que se polemiza para conseguir el primer lugar de una u otra fuente jurídica indica que ya no se trata de una cuestión técnica: es una lucha de hondo sentido político, en la que se juega el predominio de una fuerza social respecto de las demás. En cada momento histórico, cada una de las formas en que se manifiesta el Derecho está en manos o en espera de monopolizarla una fuerza social distinta; la discusión histórica acerca de la preferencia a favor de una fuente jurídica será el reflejo de las encontradas aspiraciones por la supremacía del poder jurídico. (De Castro, 1995)

Es por lo anterior que al hablar del precedente judicial también se tiene que hablar de un camino que ha recorrido en la historia, de una evolución histórica, y es que no es, ni ha sido algo espontáneo, sino que ha estado ligado en su desarrollo a factores culturales, políticos y sociales, así por ejemplo la centralización del país implicó *“la centralización del derecho y su interpretación”*, se estudió con gran *“dramatismo e intensidad”* a partir del año 1991; sin embargo, el país se ha encasillado en pensar en *“ el derecho constitucional consiste en tomar una norma o situación fáctica y descubrir que derecho fundamental se está violando...Esta tipificación apresurada se basa en la idea errónea de que las garantías constitucionales nacieron genéricas y continúan en el mismo Estado”* (Cepeda, 2009, p. xxii) lo cual no es totalmente cierto ya que ha existido una evolución en donde el “derecho de los jueces” ha cumplido un papel fundamental, el cual formalmente no se ha reconocido apelando a la carácter auxiliar que debe cumplir

la jurisprudencia, por lo tanto lo que se tiene son múltiples sin mayor utilidad para la sociedad y para los jueces, ya que no tienen una línea indicativa:

El peor enemigo de los derechos fundamentales en Colombia es, por una rara paradoja, su uso desestructurado, indiscriminado y repetitivo. El derecho constitucional de los derechos fundamentales debería mantener una doble funcionalidad: por un lado, simplicidad para que las personas sin apoyo profesional puedan exponer sus sufrimientos, su sentido de que la injusticia se está cometiendo. El juez de tutela debe mostrar a estas personas si la traducción de su vida al derecho es coherente dada la estructura actual del derecho constitucional vigente. Pero por otro lado los asesores profesionales deberían suministrar a sus clientes un conocimiento más detallado de sus derechos y no simplemente una "apuesta" a ver si en algún caso se gana una tutela. (Cepeda, 2009, p. xxv)

2.2. La evolución histórica y jurisprudencial del precedente

Como se ha dicho en líneas anteriores, este tema ha sido objeto de una evolución histórica, es por ello que se partirá de la muerte del sistema Federalista materializado en la Constitución de Rionegro de 1863, originada por el Movimiento de la Regeneración y su Constitución de 1886: allí Colombia vuelve a un sistema centralista, se fortalecen los poderes centrales y se establece que el Congreso es el único órgano capaz de expedir leyes.

El Código de la República, se nutría en gran parte del Código Chileno de 1855 y este a su vez del Código Napoleónico de 1804, es decir que tenían como

estructura ideológica común la prohibición consistente en que los jueces “*podieran pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometiese*” (Código Civil Francés, 1804), “*los códigos post-revolucionarios, prohíben utilizar la costumbre y la jurisprudencia como fuentes del derecho, ya que consideran usurparían la voluntad general y soberana la cual solo se expresa por medio de la ley*” (López D., 2009, p. 35); de esta manera se consagra en el Código Civil Colombiano el artículo 17 en los siguientes términos: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición legal o reglamentaria*” (López D., 2009, p. 36).

2.3. De la desconfianza napoleónica a la doctrina legal española

La posición anti-jurisprudencial del legalismo francés, tal y como la denomina Diego López Medina en su libro “El derecho de los Jueces” comienza a matizarse con los nuevos conceptos procedentes, uno de ellos Francés denominado “*jurisprudence constante*” y el otro Español la “*doctrina legal*”, lo cual obedeció al hecho que en Europa la práctica había demostrado que no todo podía ser solucionado a través de la ley ya que ella tenía vacíos al no ser posible que el legislador pudiera prever absolutamente todo y que este odio exacerbado post revolucionario no podía ir en contra de la realidad social.

El derecho colombiano se inclinó por “la doctrina legal española” la cual “trataba de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto

(esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal de manera constante. Se trataba pues, de un respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias”, con esta influencia se expide la Ley 61 de 1886 la cual consagra en su artículo 37 el recurso de casación cuyo fin era unificar la jurisprudencia: *”Son causales de nulidad, para el efecto de interponer el recurso de casación, los hechos siguientes: Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de la ley sustantiva o de doctrina legal, o fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra”*.

Asimismo, en su artículo 39 definía que debía considerarse como Doctrina Legal:

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte, para interpretar las Leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 27 a 32 del actual Código Civil de la Nación.

Posteriormente, se expide la Ley 169 de 1896 cuyo artículo 4 declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-836/01, consagra: *“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 caso análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”*.

Posteriormente mediante Decreto 62 de 1867 nace la Gaceta Judicial, como órgano Oficial de la Corte Suprema de Justicia, de manera similar a lo sucedido en Francia cuando a raíz de los nuevos conceptos de “jurisprudence constante” y en España de la ‘doctrina legal” se efectuaran en dicha época “colecciones” o “compendios” de jurisprudencia, convirtiéndose en herramienta necesaria de jueces y abogados, en 1827 el Recueil de sentencias de Armand Dalloz bajo el nombre de “Jurisprudence générale du Royaume: en matière commerciale et criminelle ou journal des audiences de la cour de cassation en des cours royales”; posteriormente en 1845 aparece el “Repertoire methodique et alphabetique de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial criminel, administratif, de droits des gens et de droit public” (Bureau de la Jurisprudence generale du royaume, 1845/1873).

Esos compendios resultaban ser herramientas valiosas, ya que permitían al operador judicial y al ciudadano conocer de una manera directa y segura los pronunciamientos existentes frente a los derechos que pretendían invocarse y por ende protegerse y es que la cambiante sociedad conlleva a que ese dinamismo de que es titular el derecho, igualmente al momento de ser aplicado y contrastado con el hecho, sea objeto de variaciones; de igual manera debe señalarse al respecto, que los referenciados compendios, tienen en la actualidad en las sentencias unificadoras una equivalencia, dado que, como lo señala la misma Corte Constitucional dotan a esa jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación claras, uniformes e identificables, en virtud del mandato constitucional. (Sentencia C-588, 2012); incluso algunos autores como García

(2004) y Villamizar y Restrepo (2015) les reconocen a estas sentencias una importancia especial, llegando a considerarlas por su naturaleza como sentencias hito.

Adicionalmente y para reforzar este sistema jurisprudencial se expide la Ley 153 de 1887 y la Ley 105 de 1890, disminuyendo esta ultima el número de sentencias uniformes para señalar la existencia de la “doctrina legal”:

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir ley apropiada al caso.

A su vez el artículo 369 mantenía como causal de casación la violación de la ley sustantiva y de la doctrina legal y su artículo 383 exigía a la Corte Suprema anunciar en cada sentencia la doctrina legal allí definida en términos caros, precisos y generales, encontrándonos así bajo un sistema excesivamente rígido de jurisprudencia vinculante (López D., 2009).

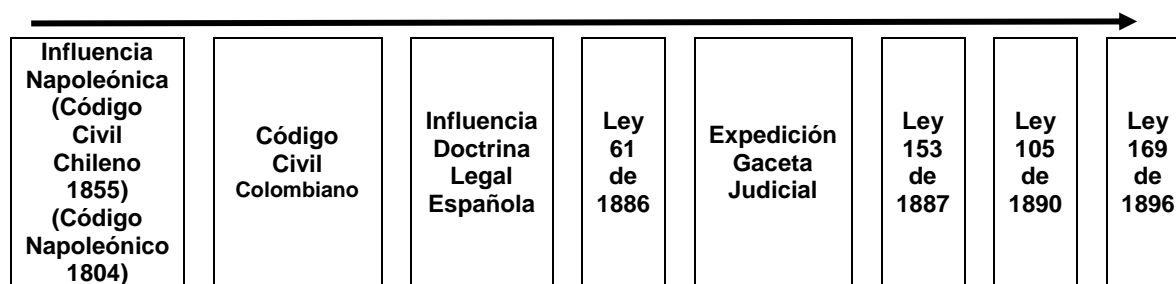


Tabla 1.

Se observa así que la jurisprudencia ocupaba un papel importante en el sistema de fuentes del Derecho, pero fue la propia Corte Suprema en su informe al Congreso en 1892 quien dio cuenta de los problemas que tal rigidez jurisprudencial había ocasionado, allí señaló:

La Corte ha procurado – decían los Magistrados en 1892- llenar hasta donde le ha sido posible esta grave y difícil atribución, pero ha observado que ella aminora en gran parte el fin primordial del recurso, que consiste en la discusión y aplicación de las leyes y doctrinas de derecho de los casos particulares, para que del estudio de sus sentencias pueda deducirse una verdadera doctrina legal y lograrse poco a poco la uniformidad de la jurisprudencia, como sucede en las Naciones que han establecido este recurso, especialmente en Francia donde tuvo su origen, y de donde, en consideración a sus plausibles resultados, se ha ido extendiendo a diversos países. Pero reducida la doctrina legal a los estrechos límites de una declaración general y abstracta sobre un punto de derecho, formulada como un verdadero artículo de ley, la Corte viene a asumir atribuciones del Legislador, sin la libertad de este: porque el Cuerpo Legislativo puede reformar las leyes y debe hacerlo cuando de su aplicación resultan inconvenientes, y la Corte, según la estrechez de la Ley de Casación quizá no puede variar una doctrina legal, aunque mejores estudios y el progreso constante de la ciencia jurídica demuestre el error que se había incurrido.

La Corte Suprema deja así claro que si bien la doctrina probable ha sido un mecanismo que ha arrojado excelentes resultados en Europa, especialmente Francia, su implementación en Colombia ha llevado a un rigidez tal que choca con la realidad y evolución social, este informe lleva a que se derogue el artículo 383 de la Ley 105 de 1890 a través del artículo 87 de la Ley 100 de 1892, no obstante con ello no se solucionó a juicio de la Corte Suprema de Justicia el problema por lo que en su informe al Congreso en el año 1894 nuevamente pone en consideración la

situación que se vive, lo que conlleva que se expida la Ley 169 de 1896, la cual en su artículo 2 elimina la exigencia de hacer referencia en el recurso de casación a la Doctrina legal y en su artículo 4 “introdujo la regla sobre el valor de la jurisprudencia que ha continuado vigente y que subrogaba el artículo 10 de la Ley 153 de 1887: *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”* (López D., 2009, p. 72).

Esta resultó ser la doctrina probable que continuó vigente sin discusión alguna y consensuada en el ámbito jurídico hasta el año 1991 con el nacimiento de la Corte Constitucional, dando paso así a un “sistema libre de jurisprudencia meramente indicativa”.

Lo que sucedió después es algo que solo gracias a esta investigación quien escribe reconoce como cierto y es el hecho de que el legislador y el ejecutivo en un momento de la historia colombiana, quisieron dotar a la Corte Constitucional de un poder precedencial, poder que esta se negó a recibir debido a la posición tradicionalista dominante en la Corte de tal entonces. Como se describe a continuación, desde que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo a bien crear la Corte Constitucional y hasta 1996 se produce un enfrentamiento entre corrientes reformistas y tradicionalistas al interior de este tribunal; este enfrentamiento también contó con intervenciones provenientes desde el legislativo.

Efectivamente se expide en 1991 la Constitución Política y con ella el tradicionalista artículo 230 sobre el sistema de fuentes que a la letra indica: *“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”*.

De igual manera se crea con la Constitución la Corte Constitucional y se expide el Decreto 2067 de 1991, quien en sus artículos 21 y 23, contrario a lo que muchos ahora se podrían imaginar pretendió implantar un sistema fuerte de precedentes vinculantes de la Corte. A continuación, se referencia la evolución que paulatinamente presenta la Corte, así como la legislación que se dio frente al mismo.

La primera referencia que debe realizarse es la que corresponde a la Sentencia T-406 de 1992, en ella la Corte revisa el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar de una acción de tutela que interpuso un ciudadano en contra de las Empresas Públicas de Cartagena, por la puesta en funcionamiento del alcantarillado para el barrio Vista Hermosa que iniciaron en 1991, sin haber terminado su construcción iniciada en el año 1991, generando desbordamiento de aguas negras por los registros, así como olores nauseabundos y contaminantes, el mencionado Tribunal no concede la tutela argumentando que no se trataba de un derecho fundamental, la Corte Constitucional luego de analizar el caso determinó:

La revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a

todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo-general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional.

En este fallo se observa 1) Un cambio del concepto de doctrina probable al de *doctrina constitucional* llamado así por la propia Corte, en donde se pasa de tener un mero criterio pedagógico a uno normativo general. 2) Asimismo, se comienza a hablar de lo que hoy se conoce como disciplina jurisprudencial (artículo 34 del Decreto 2591 de 1991).

No obstante, al interior de la Corte Constitucional se libra una batalla académica entre aquellos Magistrados que tenían una posición tradicional frente a las Fuentes del derecho y aquellos otros que propugnaban por una tesis reformista, prevaleciendo los primeros, según se observa en las sentencias C-113 de 1993, C-131 de 1993, a lo cual se suma el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991:

<p>Decreto 2067 de 1991</p> <p>Artículo 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares..."</p> <p>Artículo 23. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia".</p>	<p>Sentencia C- 113 de 1993 Declara inconstitucionales los incisos 2 y 4 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.</p>	<p>Sentencia C-131 de 1993, declara inexequible la expresión "obligatorio" del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991.</p>	<p>Art 36 Decreto 2591 de 1991</p> <p>Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una acción de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia. El cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta."</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tabla 2

Las sentencias C-113 de 1993 y C-131 de 1993, deben ser entendidas a la luz de la doctrina de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Constitución Política):

Que un fallo sea obligatorio es tanto como decir que la declaratoria de exequibilidad o de inexecutable son pronunciamiento que no pueden ser desconocidos, bajo ninguna circunstancia por los demás operadores del derecho. Una norma declarada inconstitucional por el Tribunal ha sido removida del ordenamiento jurídico. El fallo es obligatorio en el sentido restringido de que nadie, en adelante, podrá usar la norma como fuente del derecho cuando esta haya sido declarada inconstitucional. Por ello la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en cumplimiento de los atributos del numeral 4 del artículo 241(Acción pública de inconstitucionalidad contra leyes y Decretos con fuerza de ley) es diferente a la jurisprudencia de otros tribunales y jueces (con la posible única excepción del control constitucional de los actos administrativos que ejerce el Consejo de Estado art. 158 C.C.A.): sus fallos son erga omnes mientras que la decisión judicial corriente incluidos los fallos de tutela, solo vinculan las partes que han sometido ante el juez sus diferencias (mero efecto interpartes). Solo la sentencia que declara la inconstitucionalidad abstracta de una norma es obligatoria. (López D., 2009, p. 121)

Pese a esto, la corriente reformista de la Corte no estaba derrotada, ya que gracias a la Sentencia C- 083 de 1995 en donde se revisó la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, si bien conserva la línea tradicional del papel de la jurisprudencia dentro de las fuentes del derecho, si comienza a atribuirse un papel protagónico dentro del sistema de fuentes, en esta sentencia diferencia nuevamente entre doctrina constitucional y jurisprudencia, siendo la primera obligatoria, por

tratarse de una aplicación directa de la Constitución y la segunda una mera guía para auxiliar o subsidiaria para el operador judicial.

Asimismo, en sentencia T-123 de 1995, la Corte contempla un mecanismo de disciplina jurisprudencial, en donde le otorga relevancia a la Jurisprudencia emitida por los Altos Tribunales (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional), y no el valor secundario que hasta ahora se le venía dando, allí señaló:

Es importante considerar que a través de la jurisprudencia – criterio auxiliar de la actividad judicial – de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por la Altas Cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (art. 13 C.P.). (Sentencia T-123, 1995)

La línea de pensamiento trazada en esta sentencia es seguida por la señalada en la sentencia T- 260 de 1995, en donde indicó que cuando los jueces se apartaran de la jurisprudencia de las Altas Cortes lo que están haciendo es violando directamente la constitución (doctrina constitucional) y no simplemente una línea de pensamiento.

Como se puede observar, después de la derrota sufrida por la corriente reformista de la Corte, gracias al salvamento de voto de la Sentencia C- 083 de 1995, la Sentencia T-123 de 1995 y la Sentencia T-260 de 1995, nuevamente sale avante una doctrina fuerte sobre precedentes al interior de la Corte, continuando así su desarrollo en sentencia C- 037 de 1996, T-175 de 1997, T-321 de 1998, T-566 de 1998 y SU-047 de 1999, hasta llegar a la Sentencia C-836 de 2001.

Sin embargo a diferencia de lo que había ocurrido en tiempos pasados próximos, ahora es el Congreso quien se opone a la misma considerando que la Corte Constitucional estaba asumiendo roles y poderes que no le correspondían, y es que efectivamente una cosa era lo que decía la Corte (posición tradicional frente al sistema de fuentes) y otra lo que realmente hacía (activismo judicial a través de sus sentencias de constitucionalidad condicionada), expidiéndose así la Ley 70 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia), la cual consagraba en su artículo 48 lo siguiente, cuyos apartes fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C- 037 de 1996:

Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio de 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 control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República, tiene

carácter obligatorio. 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes: Su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

En la referenciada sentencia la Corte Constitucional indicó:

La Jurisprudencia... ha sido clara en definir que la labor que la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta, hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que solo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe con el texto constitucional. (...). (Sentencia C-037, 1996)

En esta sentencia igualmente la Corte referencia lo que se conoce como “cosa juzgada implícita” aceptando que efectivamente, la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad solo son criterios auxiliares para la actividad judicial, pero serán igualmente obligatorios si los conceptos consignados en esta parte guardan una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive.

En esta sentencia la Corte igualmente declaró que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, por lo que si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas,

deben justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

La Corte sigue ratificando su línea jurisprudencial en las sentencias SU-640 de 1998, SU-168-99, T-009-00 y T-068-00, en las dos primeras indicó:

La interpretación que lleva a cabo la Corte no es externa al texto de la Carta, como quiera que esta demanda de la misma para poder actualizarse en el espacio y en el tiempo históricos. Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido por ministerio de la propia Constitución son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su sentido. La Interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la Jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vínculo insustituible para que ella adquiera status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico. (Sentencia SU-168, 1999)

Hasta este punto se observa como la Corte Constitucional adopta una posición de defensa frente al precedente, el cual no es seguido por todos los jueces y demás jurisdicciones.

Para comprender la justificación de la eficacia del precedente judicial se puede tomar como referencia el caso analizado mediante la Sentencia SU-047 de 1997. En ese año la senadora Viviane Morales votó a favor de la preclusión de la investigación contra el entonces Presidente de la República Ernesto Samper Pizano. Según la senadora, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desconoció su derecho a la inviolabilidad de sus votos y opiniones como

congresista, al vincularla a un proceso penal, por la decisión que tomó para votar tal como lo hizo. Por su parte, los magistrados de la Sala de Casación Penal sostuvieron que ese tribunal es competente para investigar a los representantes por sus conductas en el proceso contra el Presidente, por cuanto los congresistas pudieron haber cometido delitos en esas actuaciones judiciales; los magistrados invocaron las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996 de la Corte Constitucional y concluyen que, con fundamento en esa jurisprudencia constitucional, si bien la Carta reconoce la inviolabilidad de los votos y opiniones de los congresistas, esta garantía no se extiende a sus actuaciones como jueces. Ante esa situación, la Corte Constitucional se preguntó qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada.

Bajo la sentencia de unificación SU-047 de 1997 la Corte Constitucional analizó el caso y admite la jurisprudencia como parte integrante del poder que ejerce la ley, advierte los motivos por los cuales se considera de esta forma, pero es dentro del marco de la Constitución de 1991, de manera que la Corte Constitucional deduce que los mandatos de las altas cortes son de estricto cumplimiento.

Al momento de entrar en rigor la Constitución de 1991 y al establecerse la Corte Constitucional, las normas jurídicas han presentado una gran cantidad de modificaciones de tipo legal, este tipo de transformaciones han surgido debido a la repercusión que han mostrado los fallos ya otorgados por las altas cortes, singularmente los difundidos a través de la Corte Constitucional, fallos estos que le

dieron el sentido y la importancia a la jurisprudencia actual, otorgándoles el mérito de precedente.

La Corte Constitucional le dio un nuevo significado al concepto “auxiliar” de la jurisprudencia otorgándole el carácter de imperativo e indispensable, además indicó que dentro de la jurisprudencia se hallan las normas de los análisis o apreciaciones de los preceptos jurídicos mostrando la capacidad y la repercusión que tienen dentro del imperio de la ley dentro de la cual están enmarcados los jueces que la conforman, principios tales como igualdad, seguridad jurídica y unidad bajo los cuales se tienen que regir los jueces, por lo tanto, ellos deben tener en cuenta los precedentes que se han dado en múltiples situaciones jurídicas semejantes, lo cual ha destacado la importancia al carácter como de estricto cumplimiento al precedente en el orden jurídico nacional. La Corte se confirmó en su análisis del imperio de la ley, ya que no solo se estudiaba en su parte formal sino también en la parte deductiva, la cual encuadra la capacidad y la dimensión de las normas, otorgándole la efectividad de precedente a la jurisprudencia. (Gutiérrez, 2014)

Ahora bien, en este punto me detendré a efecto de realizar una precisión frente al precedente judicial, señalando al respecto, que se encuentra dividido en dos clases. El precedente horizontal que es aquel que debe ser contemplado por el mismo juez o entidad que lo produjo, o por otro del mismo cargo u ocupación; este tipo de precedente se encuentra en mejor postura ante la Corte para efectuar variaciones que tengan un origen justo y sensato de su propia jurisprudencia. La jerarquía para el precedente horizontal se presenta al mismo nivel jerárquico (Olano,

2011). En el precedente horizontal, el juez que sabe de un tema concreto debe tener en cuenta las sentencias precedentes sobre casos que se refirieron a circunstancias semejantes promulgadas por jueces del mismo rango, al igual que el concepto de ellos mismos. (Campusano & Romero, 2008). En este tipo de precedente, el que toma la determinación debe continuar con los precedentes adoptados por su colega. (Campos, 2008)

A su vez, el precedente vertical es el que se origina a través de un empleado público o entidad de rango más alto. Esta clase de precedente une con mayor vigor a los jueces de rango inferior a la Corte, ya que la jurisprudencia debe cumplir con una serie de normas más estrictas para su aplicación. De acuerdo con Olano (2011), la jerarquía para el precedente judicial vertical viene dada de un nexo entre las altas cortes los tribunales y los jueces; el juez que conoce de un tema definido debe prestar atención a las sentencias precedentes que trataron sobre asuntos parecidos dictaminados por jueces con la misma autoridad, pero de rango superior. (Campusano & Romero, 2008)

En este tipo de precedente el dictamen o determinación se origina a través de un medio judicial superior de un rango más alto, cuyos comentarios o advertencias son acatados por quien debe acoger las determinaciones. Campos (2008) advierte que los supuestos de hecho de la norma no se pueden saber con anterioridad para ser adaptados en un futuro, por lo que resulta preferible señalar una dirección general como cometido al momento de generar una solución, lo cual constituye la esencia del precedente vertical.

2.4. Conclusiones

El análisis de la evolución de la jurisprudencia como fuente formal del derecho administrativo en Colombia que se realiza en este capítulo muestra que uno de los logros de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue la revalorización del papel del juez, su responsabilidad en asegurar la efectividad de un Estado Social de Derecho y de la necesidad de hacer de la jurisprudencia el máximo intérprete de la Constitución un punto obligado de referencia, logro que se materializó en la creación de la Corte Constitucional como intérprete de la Constitución y juez de máxima instancia en este aspecto. Adicionalmente, el reconocimiento del valor del precedente judicial es el que hace realidad la existencia de un Estado social de derecho, en donde los argumentos están por encima de las armas al momento de sustentar las decisiones y los más altos derechos de los gobernados.

El derecho colombiano se ha inclinado por la obligación de que los jueces inferiores respeten el sentido o significado abstracto que la corte de casación de a una disposición legal de manera constante. En la constitución de 1886 se hablaba de la doctrina legal para referirse a la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes, lo que más tarde se conoció como doctrina probable, que podía ser entonces aplicada por los jueces en casos similares, siempre con la obligación de acogerse a los fallos de los tribunales superiores en caso de controversias instauradas por alguna de las partes.

Con la Constitución Política de 1991 se establece, por medio del artículo 230, que los jueces en sus providencias solo deben someterse al imperio de la ley, siendo auxiliares de su actividad otros criterios como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. A través de sus fallos, la Corte Constitucional pasó progresivamente del concepto de doctrina probable al de doctrina constitucional, con carácter normativo y orientado a la disciplina jurisprudencial.

En 1995, la Corte, mediante sentencia T-123 de ese año, le otorga relevancia a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional, con lo cual sustituye el valor secundario que hasta ahora se le venía dando. Esa tendencia de darle cada vez más importancia al precedente se ha mantenido y una de las sentencias más destacadas y contundentes frente al papel del mismo, es la Sentencia C-836 de 2001, que se analiza en profundidad en los capítulos posteriores del presente trabajo.

Dentro de la revisión histórica considerada se identificó que la teoría de la doctrina probable declara exequible por la Corte Constitucional no hace más que volver ley lo que la costumbre ha reiterado como aplicable, con el fin de crear precisamente un marco legal que refleje lo que la sociedad ha validado, aunque en este caso no solamente basta con que lo haga la sociedad, sino que así lo confirme el sistema judicial de manera reiterada. Sin embargo, esta teoría sobre la doctrina probable presenta un riesgo de que malas prácticas se conviertan en norma,

especialmente en casos en que las decisiones judiciales se vean permeadas por la influencia de intereses particulares.

La Constitución de 1991 se constituye en un hito también en materia jurisprudencial, y especialmente por la creación de la Corte Constitucional como institución autónoma respecto de la Corte Suprema de Justicia. Como se observa en el capítulo, las decisiones judiciales de última instancia han sido objeto de enfrentamiento entre el poder legislativo y el poder judicial; inclusive los hechos recientemente registrados en Colombia indican que también el poder ejecutivo ha hecho intentos por modificar fallos de las cortes, lo cual reitera la importancia que tiene el precedente judicial como base de las decisiones no solamente a nivel de los jueces sino de los altos tribunales, e incluso con mayor razón en estos últimos, considerando la trascendencia de las decisiones sobre las cuales deben pronunciarse y como instancias de control de legalidad de las normas que el legislativo incorpora permanentemente.

En la medida en que se perfeccione y se detalle cada vez más el sentido de las decisiones jurisprudenciales, es decir, en la medida en que se desarrolle más el precedente judicial, se crean barreras más precisas para proteger a la legislación de intentos de acomodarla a intereses particulares, además de que se facilita el trabajo de los jueces, quienes pueden disponer de mayores detalles jurídicos a la hora de tomar decisiones frente a los casos que se someten a su juicio.

CAPÍTULO 3. IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO

Como se ha visto en los capítulos precedentes, la jurisprudencia o el precedente judicial tiene unas implicaciones determinantes en el ejercicio del derecho administrativo, teniendo en cuenta su carácter vinculante. Ese mismo rol de la jurisprudencia hace que se generen inquietudes sobre las consecuencias que tiene su desconocimiento, por lo cual el presente capítulo busca precisar tales consecuencias. En primer lugar, se estudia la forma en que la jurisprudencia puede o no considerarse como un mecanismo para el ejercicio del control administrativo; a continuación, se analiza la sumisión u obediencia que deben tener las autoridades administrativas, lo cual da paso al interrogante que se formula en el siguiente apartado sobre la tipificación de prevaricato cuando se desobedece la jurisprudencia, para terminar con un análisis sobre la manera en que el control fijado por la jurisprudencia puede constituirse en regla y su utilidad como herramienta en la solución de casos futuros.

3.1. Generalidades de su evolución en Colombia

Sólo la ley era el origen del derecho en Colombia, y se estimaba que lo que no estuviese expresado en reglas, decretos, normas, etc no existía. Para los órganos estatales solo existían las fuentes u orígenes formales (Common law) la ley en sí, y la fuente u origen auténtica o tangible se situaba a la jurisprudencia, la doctrina, los usos, la costumbre y los principios generales del Derecho (civil law),

entre ambas se presenta una confluencia. Más adelante, en 1991 al implementar la Corte Constitucional y ésta a su vez hacer emerger el Decreto 2067 de 1991 con el cual surge al nacimiento de un método de precedentes que inicia su proceso de aplicación durante el transcurso de los años 1992 y 1993. Sin embargo, en el lapso entre 1995-2005 la Corte acoge una postura afirmativa en cuanto a la aplicación de la doctrina del precedente bajo la sentencia C-037/96, tomando bases constitucionales a la aplicación de dichas normas, que anteriormente sólo tenía validez de aplicabilidad en la parte legal o doctrinal, pero con el surgimiento de esta postura se le da a la jurisprudencia el posicionamiento que le es propio.

El precedente judicial es una fuente formal del derecho, por medio de la cual, lo fallado en casos precedentes puede ser aplicado para resolver un caso nuevo y semejante. Dicho precedente se puede encontrar en la ratio decidendi de las sentencias. Con la expedición de la constitución del 91, nace el artículo 230 que establece:

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. (Constitución Política, 1991).

Este artículo muestra como en Colombia tradicionalmente la principal fuente del derecho es la Ley, considerado así a la jurisprudencia como un mero criterio auxiliar. Sin embargo, el mismo ha sido reinterpretado por la Corte Constitucional, que ha considerado, en cambio, que la jurisprudencia no es sólo un criterio auxiliar, sino una fuente de derecho en cuanto componente de los elementos que denotan

el concepto de Imperio de la Ley. Es así como Bernal (2008) afirma que: *“La jurisprudencia constitucional se ha apartado de la interpretación común del concepto de “criterio auxiliar” como un concepto que excluye la fuerza vinculante. Correlativamente ha enfatizado que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido”* (p. 85)

En el Año 1993, la Corte clasifica las fuentes en obligatorias y auxiliares y señala que las fuentes obligatorias hacen referencia al imperio de la ley; mientras que las fuentes auxiliares hacen referencia a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (Sentencia C-131, 1993). Así mismo, Corte establece que las fuentes materiales tienen relación con los hechos y circunstancias que hacen producir el derecho, mientras que las formales son por las cuales se expresa el derecho (Sentencia C-104, 1993). Es así, como mediante el fallo precedente la jurisprudencia es clasificada dentro de las fuentes formales del derecho. Más tarde, mediante sentencia C554 (Corte Constitucional, 1994), señala como la constitución en dicho artículo no determinó cómo debía el juez llegar a la convicción que le permitiera dictar sentencia. Únicamente lo somete "al imperio de la ley", es decir, del orden jurídico, lo que significa que el artículo no es preciso a la hora establecer las pautas que debe seguir un juez a la hora de dictar sentencia (Sentencia C-554, 1994).

Mediante Sentencia C-083 (Corte Constitucional, 1995), la Corte señala que no es obligatorio para el juez seguir las pautas desprendidas del artículo 230 cuando el operador jurídico debe optar entre varias interpretaciones posibles de una norma

que deba aplicar a un caso concreto y no al momento de integrar el ordenamiento jurídico; en esta sentencia se desprende de manera categórica a lo señalado por el artículo 230, ya que, en primera medida señala a las fuentes como permisivas y luego indica que no son vinculantes sino optativas para los jueces.

Más adelante con sentencia T-123 (1995), al analizar una demanda que la sociedad Seguros Generales Aurora S.A, instauró contra la División Segunda de Ejecuciones Fiscales de Desarrollo Urbano, el alto tribunal consideró la posibilidad de conciliar los principios de igualdad e independencia judicial, señalando que los jueces debían justificar de manera suficiente y razonable si frente a un caso sustancialmente idéntico debían realizar el cambio de una línea jurisprudencial. En el mismo fallo establece que existen dos posibilidades en las cuales dichos principios no son comparables y por tal no es necesaria su conciliación y son:

1. Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales. En dicho caso, cuando el juez está vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP artículo 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio.
2. Cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial, cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. (Sentencia T-123, 1995)

Para la Corte, el principio de igualdad se refleja en este último punto, en la medida en que, si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, es por medio de la jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por la cual se unifica la doctrina.

Ese mismo año (Sentencia T-260) la Corte revisó sentencias que tuvieron origen en las acciones de tutela instauradas contra la Policía Nacional y señaló que, si bien la jurisprudencia no era fuente obligatoria, las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, sí, ya que, está tiene a su cargo la guarda, integridad y supremacía de la Constitución Política. Mediante la sentencia C-037 (1996), indicó que únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la ley estatutaria de la administración de justicia.

En 1999, refirió que el desconocimiento del precedente, puede llegar a tener graves consecuencias dentro del Estado Social de Derecho, ya que todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas (Sentencia SU-047, 1999), con lo que muestra la importancia del precedente y cómo su inaplicabilidad o desconocimiento conlleva a causar graves daños no solo al caso en concreto, sino que además afecta al mismo sistema jurídico.

Mediante Sentencia C-836 de 2001 establece que el juez a la hora de dictar sentencias, debe ceñirse a su función creadora por medio de la ponderación de los principios generales del derecho, interpretar e integrar del ordenamiento jurídico

positivo y no quedarse en la simple tarea de aplicación mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos. En esta sentencia también la Corte estableció cuatro postulados que indican cuando un precedente es un referente obligado para los jueces:

1. Cuando deben decidir casos futuros de manera idéntica a como fueron decididos casos anteriores.
2. Cuando una Alta Corte lo profirió.
3. Los jueces inferiores podrían apartarse del precedente, solo si se hace referencia expresa al precedente de la Alta Corte, se resume su esencia y razón de ser en su fallo y se justifica su apartamiento del precedente.
4. Cuando lo consideren adecuado para resolver el caso (Sentencia C-836, 2001).

Mediante sentencia T-468 de 2003 la Corte indicó que el principio de igualdad debía ser visto no solo como dar un trato igual a las personas, sino que además se debía dar un trato igual al contenido y a la producción de la ley, por lo que las autoridades públicas y judiciales deben dar un trato igual a todas las personas, lo cual se debe reflejar también en la protección y trato al momento de aplicar e interpretar la ley. (Sentencia T-486, 2003)

Con sentencia T-698 la Corte señala que, si el juez no justifica de manera adecuada el apartamiento a un precedente, desconoce el derecho constitucional que en principio es inviolable, aunque:

La aplicación de estos principios no es del todo absoluta ya que existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial. Además, que el precedente no es el único factor que restringe la autonomía del juez ya que el juez a la hora de fallar debe tener en cuenta criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia T-698, 2004)

En el año 2005 se profiere la sentencia T-330 la cual determina que la actividad judicial supone la interpretación permanente de varias disposiciones jurídicas, lo que conlleva a que diversos jueces tengan diferentes comprensiones de una misma disposición jurídica. (Sentencia T-330, 2005).

Mediante sentencia T-292, señala la Corte Constitucional “que en materia constitucional la aplicación de los precedentes desde una perspectiva vertical tiene las siguientes características:

1. Inexequibilidad: En estos casos el juez deberá aplicar la ratio en los casos en que las disposiciones contradigan la ratio decidendi constitucional.
2. Exequibilidad: En estas sentencias el juez no pueda apartarse de la interpretación fijada por la Corte Constitucional para su decisión.
3. Precedente relevante en materia de tutela: En estos casos el juez está obligado a acoger el precedente para asegurar el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, a no ser que explique razonadamente su apartamiento, con lo cual debe demostrar que el precedente anterior es contrario a la Constitución”. (Sentencia T-292, 2006)

La sentencia T-049 de 2007 señaló por su parte que los jueces tienen la obligación constitucional de respetar sus propias decisiones y señala la facultad

vinculante del precedente horizontal por razones del principio de igualdad, la seguridad jurídica, los principios de buena fe y confianza legítima y la disciplina judicial (Sentencia T-049, 2007)

Mediante sentencia C- 816 la Corte se refiere al “*imperio de la ley*”, como la totalidad del ordenamiento jurídico (2011). Finalmente, para el año 2015, la Corte reitera su posición y establece que la expresión “Ley” del artículo 230 ha sido entendida en un sentido material de manera que comprende todas las normas (Sentencia C-284, 2015). Además, reiteró que el precedente judicial tiene posición especial en el sistema de fuentes, por lo que existe una obligación *prima facie* de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente.

Es claro, entonces, que el art 230 ha sido progresivamente interpretado por la Corte en una dirección favorable a entender la jurisprudencia (sobre todo) constitucional como fuente del derecho.

3.2. La jurisprudencia como mecanismo de control de la administración

El estudio de la Constitución Política en relación con el control dentro del Estado muestra en primer lugar que en artículo 40 se establece que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público; así mismo señala en el artículo 117 que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control; esta última tiene a su cargo la vigilancia de

la gestión fiscal y el control de resultado de la administración, en virtud del artículo 119. Adicionalmente, la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley, como lo indica el artículo 209.

Adicional a lo anterior, los actos de la administración están sujetos a control fiscal, como disciplinario y penal, con las consecuencias que de ello se derivan en relación con la aplicabilidad de la jurisprudencia como instrumento de control de la administración. De acuerdo con la Sentencia C-530 (2003):

El derecho administrativo sancionatorio, a pesar de estar sujeto a las garantías propias de debido proceso, tiene matices en su aplicación y mal podría ser asimilado, sin mayores miramientos, al esquema del derecho penal. Como fue mencionado anteriormente, las exigencias propias del derecho penal no pueden aplicarse con la misma intensidad a este tipo de derecho sancionatorio.

Es decir que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene diferencia de gradualidad cuando se trata de casos relacionados con los funcionarios de la administración. En el mismo sentido, por medio de la Sentencia C-103 (2013) la Corte indicó que el examen de estricta legalidad tiene distintos grados de intensidad en cada caso, en función del grado de interferencia de la norma sujeta a control en los derechos de los sujetos sancionables, y a mayor interferencia, mayor debe ser el grado de precisión de la norma sancionatoria. Una muy precaria intervención en los derechos por parte del precepto implica que este puede ser menos determinado que otro distinto donde, por ejemplo, se restrinjan severamente libertades o derechos fundamentales.

Debido a lo anterior, la intensidad del juicio se debe establecer con base en la especie de derecho a la que pertenece el proceso, que puede ser penal delictivo o a otro diferente, como el contravencional, al disciplinario, al correccional, policivo, o a alguno de los otros identificados en la jurisprudencia (Sentencia C-103, 2013). Igualmente son relevantes para esta definición, el tipo de sanción imponible, la autoridad encargada de imponerla, el procedimiento aplicable, la fuente donde está consignada, la importancia de los bienes jurídicos en juego, entre otros factores.

Una aclaración sobre este punto de los mecanismos de control fue objeto de la Sentencia C-107 (2013), cuando la Corte consagró que:

Los mecanismos de control diseñados en la Constitución no tienen una configuración homogénea, ni tampoco la misma influencia sobre el ejercicio del poder. En general, la Carta reconoce diversos tipos de control, y es posible encontrar que en su texto se habla por ejemplo de control fiscal (CP art. 267), de control de resultado (CP arts. 119 y 357), de control disciplinario (CP arts. 277 y s), de control político (CP arts. 40, 114, 138, 299, 312), de control de eficiencia (CP art. 370), de control de calidad (CP art. 78), de control de rendimiento (CP art. 256 núm. 4°), de control administrativo (CP art. 370) o de control de constitucionalidad (CP art. 278 núm. 5°).

Nótese que en esta ocasión la Corte no menciona de manera expresa a la jurisprudencia ni a los altos tribunales como mecanismos de control administrativo. En esta misma oportunidad el tribunal constitucional describe que la Constitución le atribuye la función de control a varios organismos.

Por una parte, les reconoce a todos los ciudadanos el derecho a participar en el control del poder político (CP arts. 40 y 133). Y, por otra, a varios órganos del Estado les confía competencias de control. No sólo se las asigna al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, a los que denomina expresamente como “*órganos de control*” (CP art. 117), sino también a otras autoridades de distintas ramas del poder público. La Constitución atribuye expresamente competencias de control, entre otros, al Congreso de la República (CP art. 114), al Presidente de la República (CP art. 370), a las Asambleas Departamentales (CP art. 299), a los Concejos Municipales y Distritales (CP art 312), a las Juntas Administradoras Locales (CP art. 318 núm. 2), a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (CP art. 370) y a las autoridades que administran justicia (CP arts. 116, 228 y ss.). En ocasiones es menos directa al regular el control pues establece que es el “*Estado*”, sin más especificaciones, el encargado de ejercer determinada función de control. Así ocurre por ejemplo con la prestación de determinados servicios como la seguridad social (CP art. 48), la atención en salud y el saneamiento ambiental (CP art. 49), o los servicios domiciliarios (CP art. 365). También acontece con bienes, como es el caso del espectro electromagnético (CP art. 75).

La Corte consideró que esa distribución de las funciones de control, en primer lugar, asegura una división del trabajo que contribuye a mejorar la eficiencia y eficacia del control, consecuencia de la especialización de cada entidad. En segundo lugar, intenta evitar que todo el poder de control se concentre o aglutine en una única autoridad, lo que se podría prestar para que el titular del mismo abusara de él.

Ahora bien, la administración ejerce sus funciones a través de los actos administrativos, lo que lleva a analizar la forma como la jurisprudencia tiene efectos en relación con estos actos. En sentencia T-702 de 2005, la Corte estableció, de conformidad con el concepto de decaimiento del acto administrativo, que la administración no puede mantener los efectos jurídicos de un acto administrativo que fue adoptado con base en unas normas legales que fueron declaradas inexequibles por la Corte, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso administrativo (Sentencia T-702, 2005). En otros términos, la insistencia de la autoridad pública en darle plenos efectos a un acto administrativo, y que por efectos del decaimiento ante la declaratoria de inexequibilidad de la norma legal que le servía de fundamento pierde fuerza ejecutoria, constituye una vía de hecho.

Frente a esta posición, resaltó la Corte que, en concordancia con la jurisprudencia administrativa, el hecho de que el acto quede sin efectos no significa que el destinatario de éste no pueda ejercitar las acciones contenciosas que determinen la posible nulidad del mismo desde el momento de la expedición y hasta antes de la declaratoria de inexequibilidad de la norma que le dio fundamento.

Esto quiere decir que el precedente jurisprudencial tiene efectos sobre los actos administrativos, como mecanismo de expresión que son de la voluntad de la administración.

Antes de pasar al siguiente punto cabe recordar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios

originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, en virtud del artículo 104 de la Ley 1437 (2011). Esta jurisdicción es la facultada para conocer de los procesos relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable, así como los relativos a los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes, los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público, los que se originen en actos políticos o de gobierno, los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción y los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

En todos esos casos, 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 de acuerdo con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011). La constitucionalidad de esta norma fue confirmada por la Corte

Constitucional (Sentencia C-816, 2011), aclarando que al momento en que las autoridades extiendan los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado y al interpretar normas constitucionales dentro de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que se refieran a normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

3.3. Obediencia de las autoridades administrativas

Como se mencionó antes, el sistema de fuentes en Colombia se cimienta en la doctrina de la Pirámide Normativa de Hans Kelsen (Bluhum, 2010), en el que la Constitución es norma de normas y a ella deben sujetarse otras disposiciones normativas, entre los que se encuentran la ley, y los actos administrativos, como son decretos, resoluciones, circulares, etc. Adicionalmente existen criterios auxiliares, grupo en el que se encuentra la jurisprudencia (Bernal C., El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, 2008, pp. 149-151).

Ahora bien, los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, modifica o extingue, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir, que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los

administrados. (Consejo de Estado. Sentencia 16 de febrero. Expediente 3551, 2001)

De acuerdo con la Corte Constitucional, 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. (Sentencia C-069, 1995)

El Consejo de Estado ha expresado en reiteradas oportunidades que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación.

A su vez, la validez de un acto administrativo es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento de los requisitos preestablecidos en una norma superior, es decir, el acto administrativo es válido en la medida que se adecue a las exigencias del ordenamiento jurídico. (Santofimio J., 2007)

Por su parte, la eficacia es una consecuencia del acto administrativo que lo hace capaz de producir los efectos jurídicos para los cuales se expidió. La eficacia, a diferencia de la validez, se proyecta al exterior del acto administrativo en búsqueda de sus objetivos y logro de sus finalidades. (Santofimio J., 2007)

De acuerdo con Sánchez (2008), la presunción de legalidad se desprende del hecho de que Colombia sea un Estado de Derecho, por lo que el acto administrativo debe estar conforme a la Constitución y a las leyes y reglamentos vigentes al momento de su expedición. Esta inferencia es además una garantía para los administrados; así, la presunción de legalidad es necesaria para poder otorgarle al acto administrativo su carácter de obligatorio y de válido; es en razón de la suposición de legalidad que los efectos del acto administrativo perduran hasta que fuera extinguido por vía revocatoria o como consecuencia de la declaración judicial de nulidad. Así mismo, la ejecutoriedad es también una consecuencia de la legalidad del acto administrativo y de su firmeza, la que existe mientras no proceda en su contra ningún recurso.

En consecuencia, el Consejo de Estado ha indicado que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no se puede solicitar al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita (Auto de junio 28. Expediente 12005, 1996). No obstante:

Nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del decaimiento, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su

existencia jurídica. (Radicación número: 25000-23-24-000-1997-9346-01(6438), 2001)

En efecto, de acuerdo con la Corte Constitucional, la fuerza ejecutoria del acto administrativo se circunscribe a la facultad que tiene la Administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados. La Corte resalta que:

El artículo 64 del Decreto 01 de 1984 consagra: "Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados" (Sentencia C-069, 1995)

En cambio, en cuanto al decaimiento del acto administrativo, cuando se produce debido a que las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen jurídicamente, el Consejo de Estado ha señalado:

La doctrina foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que

ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde ello existe;
c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta. (Sentencia del 1º de Agosto, 1991)

Quiere lo anterior decir que se requiere que falte uno o todos los presupuestos fácticos o jurídicos que dieron origen al acto administrativo para que tenga lugar su decaimiento

De acuerdo con Bernal, existen cuatro razones que sustentan el carácter obligatorio del precedente:

En primer lugar, está el respeto al principio de igualdad, que supone que los casos iguales se resuelvan de la misma manera, es decir, con base en la misma *ratio decidendi* o sub-regla, teniendo en cuenta que esto corresponde a un derecho constitucional propio de una democracia. En segundo lugar, el límite a la creación judicial del derecho que constriñe a los jueces a respetar esa sub-regla como elemento vinculante de una decisión anterior sin apartarse de ella, salvo en circunstancias excepcionales. Como consecuencia de la anterior, la tercera razón tiene que ver con que el precedente judicial es el que permite una evolución secuencial del ordenamiento jurídico. El cuarto motivo es la garantía de la seguridad jurídica y del principio de la confianza legítima, lo cual exige coherencia y estabilidad de las reglas que tienen que ver con la aplicación del derecho a casos concretos. (Bluhum, 2010)

Debe tenerse en cuenta en este análisis que el derecho administrativo:

“Es, en principio, un conjunto de doctrinas y técnicas que tratan de abarcar la totalidad de la actividad estatal en cuanto ésta busca y realiza cometidos inmediatos tanto de conservación y orden como de interés colectivo y bienestar social”. Su génesis jurisprudencial no está delimitando actualmente su contenido material en ningún país y la ley formal; los reglamentos y los actos administrativos; los "*precedents*" (y las "*rules*" que emanan de ellos), del *Common Law*, los "*Statutes*" (Leyes del Parlamento), la legislación subordinada nacida de la delegación del legislador, las órdenes y los "*By laws*" o disposiciones locales y corporacionales de la órbita angloamericana constituyen también un sistema de Derecho Administrativo”. (Vélez, 1996, p. 40)

No obstante, en tratándose de actos administrativos, en el derecho colombiano su decaimiento en íntima relación con la motivación del acto, y se configura como consecuencia de la desaparición de los elementos integrantes del concepto que motivaron dicho acto. (Santofimio J., 2007)

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

Si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexecutable del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo. (Sentencia C-069, 1995)

El carácter obligatorio que tiene el precedente en materia administrativa se puede evidenciar por la exigencia de que, cuando la autoridad administrativa pretenda actuar en contradicción con éste, debe explicar en la parte motiva de su decisión, las razones que sustentan su decisión. (López D., 2006)

Todo lo anterior tiene por objeto garantizar la vigencia del Estado Social de Derecho. Dicho de otra forma, si el precedente no tuviera carácter obligatorio para la administración, cada autoridad administrativa tendría la potestad de decidir según su propio criterio, lo que conduciría a un caos en materia de seguridad jurídica tanto para las personas naturales, como para las personas jurídicas.

3.4. ¿Hay prevaricato por desobediencia jurisprudencial?

De acuerdo con Rodríguez (2016) el prevaricato es aquella condición de acción u omisión que conlleva al desistimiento voluntario, del cumplimiento de las obligaciones legales que les corresponde cumplir a los servidores públicos que ejercen autoridad, desestimando el cumplimiento de lo consagrado en la ley para el desarrollo de su función. Es decir que para que exista prevaricato, debe mediar la voluntad del servidor público y debe existir una norma cuyo cumplimiento ese servidor decide no acatar.

Por otro lado, el artículo 230 ya mencionado no deja lugar a dudas cuando expresa que los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, mientras que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho

y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Este artículo podría emplearse para contestar que el desconocimiento del precedente no es motivo suficiente para que se configure el prevaricato, en la medida en que el juez no desconozca la ley.

Para Tamayo y Jaramillo *“la obligatoriedad rígida del precedente, es nefasta para un ordenamiento jurídico debido a que tiene más costos que beneficios”* (EL precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la Jurisprudencia, 2012, p. 42). A pesar de que reconocen la virtud que tiene una jurisprudencia unificada, consideran como una amenaza que se señale como prevaricato de los jueces de inferior jerarquía el no acatamiento al precedente, dado que eso los cohibiría de apartarse del mismo en casos en los que existan motivos para hacerlo, por lo que termina señalando que no defiende *“la interpretación caótica y libre de las leyes. Pienso que la doctrina y la jurisprudencia como criterios auxiliares de la actividad judicial, según el artículo 230 C.P., son canales indicativos mas no prescriptivos de la interpretación y aplicación del derecho”* (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 45).

Por otra parte, si el desacato se pudiera aplicar de manera automática por el solo hecho de que un juez se apartara del precedente, la misma Corte como máximo juez tampoco podría hacerlo. Por el contrario, hay que recordar que, como lo señala Lancheros (2012), en determinados casos, la Corte puede tomar la determinación de retirar una apreciación efectuada con anterioridad, a fin de enmendar una determinación, por causas como:

- Modificaciones a normas, por lo que se requiere insertar la apreciación de otras normas complementarias a las utilizadas previamente.
- Modificación en conceptos o ideas del referente normativo a causa del desarrollo o crecimiento del razonamiento o juicio efectuado por el juez idóneo para estudiar el caso concreto.
- Cuando se trata de agrupar precedentes por coincidir dos o más líneas jurisprudenciales.
- Comprobación de que el precedente se apoya en un principio sobre el cual existió polémica.
- Imprecisiones jurisprudenciales que requieren la rectificación de la línea jurisprudencial.
- Efectos repentinos e inadmisibles de análisis anteriores que en su momento fueron convenientes y apropiados.
- Variaciones cruciales en contra de las cuales resulte insensato suscribir a la hermenéutica habitual.
- Aspectos que no fueron analizados en su momento y que posibiliten la evolución más razonable para el establecimiento jurídico.

3.5. Cómo ese control se vuelve regla. Precedente para solucionar casos futuros

Cuando la Corte busca notar aquello que alcanza el vigor necesario para ser determinante de un precedente con base en una decisión judicial, se requiere

conocer si el precedente es adaptable a la resolución de un proceso o no. Para hacerlo, se debe aplicar el juicio por parte del juez de acuerdo a si existe un precedente con base en el cual se haga la comparación; en caso contrario se debe distinguir el proceso del precedente (distinguishing); es decir que, en tal caso, la Corte, dentro de su análisis, debe señalar las razones que generan el cambio de precedente. Al respecto Mitidiero (Fundamentación y precedente: Dos discursos a partir de la decisión judicial, 2011), a fin de que se halle confianza en el precedente, las distinciones deben ser sólidas, es decir, que deben ser ejecutadas con base en una oposición verdadera que no aparece dentro de los puntos analizados por el ente judicial.

De igual forma una práctica de precedentes requiere contar con métodos, por si se llega a presentar el caso de enfrentar una superación, ya sea general (overruling) o parcial, por medio de una transformación o reescritura del mismo. Mitidiero (2011) explica que la superación de un precedente es trazada por la Corte y que la efectividad de la superación mediante un nuevo precedente, únicamente se efectúa para un futuro (Protective overruling). Es decir que el cambio de precedente solo debe aplicarse a casos que se juzguen con posterioridad a dicho cambio.

En la labor que realizan los jueces dentro de los tribunales se encuentra el hecho de que el juez pueda alejarse de sus mismos precedentes bajo algunos términos. Por lo tanto, éste puede modificar la comprensión que tiene sobre las diferentes normas y alejarse de las determinaciones anteriores, a fin de demandar,

reformular o cambiar una norma jurídica. Así mismo, la Corte Constitucional debe ser congruente con sus decisiones anteriores.

López (2006) plantea que un juez puede tomar la determinación de alejarse de un precedente cuando estime conveniente hacerlo, aunque para ello debe dar una total explicación de las causas y de la disposición de una nueva forma de analizar el proceso. Adicionalmente, para que una modificación en la jurisprudencia no sea considerado antirreglamentaria, se requiere que el tribunal presente motivos de validez, capaces de anteponerse no únicamente por encima de los principios o normas que se utilizaron en casos anteriores, sino también con relación a la seguridad jurídica e igualdad que son la base del respeto por el precedente.

3.6. Conclusiones

En este capítulo se analiza el impacto de la jurisprudencia sobre la rama ejecutiva del poder público, para lo cual se empieza por señalar que solamente la ley era considerada como origen del derecho en el país, por lo cual se consideraba como inexistente lo que estuviese por fuera de las reglas, decretos o normas específicas. La misma Corte Constitucional ha señalado, sin embargo, que, si bien el precedente judicial también tiene carácter vinculante para los jueces y no solo la ley, éstos pueden apartarse de la jurisprudencia; adicionalmente, el principio de igualdad se refleja en la medida en que, si bien sólo la doctrina de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, es por medio de la jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por la cual se unifica la doctrina.

La Corte ha definido los momentos o postulados que señalan el carácter obligatorio del precedente, como son la definición de casos futuros idénticos a los previos, cuando así sea definido por una alta corte, cuando lo consideran adecuado para resolver un caso y haciendo referencia expresa al precedente correspondiente y a las razones concretas que lo llevan a apartarse del mismo. Este carácter obligatorio aplica, en el caso de la misma Corte Constitucional, tanto para fallos de inexequibilidad, como de exequibilidad o de tutela.

También se observó en este capítulo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene diferencia de gradualidad cuando se trata de casos relacionados con los funcionarios de la administración. En razón de lo anterior, la intensidad del juicio se debe establecer con base en la especie de derecho a la que pertenece el proceso, ya sea penal delictivo o diferente (al contravencional, al disciplinario, al correccional, policivo, o a alguno de los otros identificados en la jurisprudencia).

Se ha establecido por parte del tribunal constitucional que los mecanismos de control diseñados en la Constitución no tienen una configuración homogénea, ni la misma influencia sobre el ejercicio del poder. El carácter obligatorio del precedente se sustenta en el respeto al principio de igualdad, el límite a la creación judicial a los jueces, la evolución secuencial del ordenamiento jurídico y la confianza legítima.

Así mismo se analizó aquí que si el desacato se pudiera aplicar de manera automática por el solo hecho de que un juez se apartara del precedente, la misma

Corte como máximo juez tampoco podría apartarse de sus propios fallos previos, lo cual resulta contrario al carácter evolutivo propio del derecho.

Estos elementos muestran que es a través de la jurisprudencia que se materializa la independencia y la coordinación entre las ramas del poder público; si la jurisprudencia no fuera tomada en cuenta por la administración al momento de producir sus actos y tomar las decisiones que constitucionalmente le corresponden, se quebrantaría el modelo de Estado social de derecho, pues cada rama del poder actuaría bajo sus propias normas y de acuerdo con sus prioridades e intereses.

CAPÍTULO 4. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LAS CORTES COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO

Si bien el tribunal que tiene competencia en los asuntos administrativos del Estado es el Consejo de Estado, en este capítulo se analiza la forma como los máximos tribunales de la justicia penal (Corte Suprema de Justicia) y Constitucional (Corte Constitucional), producen jurisprudencia cuyos alcances se relacionan con las instituciones administrativas del Estado, en atención a la coordinación y coherencia que debe existir en todo el sistema judicial. Debiéndose indicar igualmente, que si bien la jurisdicción de lo contencioso administrativo está integrada por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos, en este capítulo se hace énfasis en las Cortes dado que, en cada jurisdicción, éstas se constituyen en los órganos de cierre, por lo que su jurisprudencia es de última instancia, a diferencia de las demás instancias, aunado al hecho de que son las que han tratado más el tema del precedente judicial y han establecido los criterios para su aplicación e interpretación, lo que permite vislumbrar con mayor claridad cuál ha sido el tratamiento que se ha venido dando frente a dicho tema.

4.1. Generalidades

De manera general, puede afirmarse que la aplicación del precedente es una necesidad asociada a la conservación de un Estado social de derecho, en donde todos quienes estén sujetos al ordenamiento jurídico de ese Estado, tengan claridad

sobre cómo son las cosas, las consecuencias de sus decisiones y la forma como están definidas las reglas de juego bajo las cuales pueden participar y con qué leyes son juzgadas sus actuaciones.

El carácter vinculante de las sentencias de los altos tribunales ha evolucionado no solo como consecuencia de la Constitución de 1991 sino desde esa fecha hasta la actualidad a través de diferentes sentencias de la Corte Constitucional, relacionadas con el papel de la jurisprudencia en las ramas ordinaria, administrativa y constitucional del derecho, por lo cual en este capítulo se analiza el alcance de dicho vínculo en cada uno de esas jurisdicciones.

4.2. Carácter vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional

De acuerdo con lo expresado por el magistrado Alejandro Martínez Caballero en la Sentencia de unificación 047 (1999), el respeto al precedente cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, por lo que el juez constitucional debe proceder de manera consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro diferentes razones.

En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico (...). En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico (...). En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por

un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial (...). (Sentencia SU-047, 1999)

Nótese que las razones esgrimidas para sustentar la necesidad de actuar conforme a los precedentes constitucionales son la seguridad jurídica y la coherencia del sistema jurídico, la protección de la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, el principio de igualdad y como mecanismo de control de la propia actividad judicial. Todos esos cuatro argumentos sumados conducen a que exista un cierto orden, unas reglas de juego claras para todos los actores involucrados, como elementos indispensables para que las personas, tanto naturales como jurídicas puedan actuar dentro de ciertos límites claros, uniformes y predefinidos, además de que los jueces también sepan a qué se deben atener al momento de decidir, y que no se corra el riesgo, o al menos que se reduzca, de que lo hagan según su propio arbitrio, capricho o interés particular.

Sobre este asunto preparó ponencia el magistrado Rodrigo Escobar Gil, afirmando de manera textual que: *“Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional”* (Sentencia C-836, 2001).

En esa sentencia las razones expuestas por el ponente sobre la interpretación de la autonomía judicial son amplias; partiendo del artículo 230 constitucional sobre el imperio de la ley, y del artículo 228, según el cual la administración de justicia es una función pública, independiente y autónoma, se

plantea como interrogante cuál es el sentido que debe darse al sometimiento de los jueces al imperio de la ley, y a su autonomía para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico. La respuesta a ese interrogante la sustenta en cuatro premisas, como son:

(1) el artículo 113 de la Carta establece que los diversos órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente; (2) que están constitucionalmente encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y a asegurar la vigencia de un orden justo; (3) que la Constitución garantiza la prevalencia del derecho sustancial y; (4) que el principio de igualdad consagrado en el preámbulo de la Carta, en armonía con las diversas manifestaciones constitucionales de la igualdad –como derecho- tienen como presupuestos la igualdad frente a la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art. 13). (Sentencia C-836, 2001)

Es decir que, si bien la administración de justicia está a cargo de órganos del Estado autónomos, éstos deben colaborar de manera armónica, y lo hacen para garantizar la efectividad de la Constitución, como garante del derecho sustancial, y que el derecho a la igualdad se refiere al trato que den la ley y las autoridades del Estado. Dicho esto, el magistrado analiza trece argumentos, los cuales, dada su relevancia frente al presente trabajo, se resume y analizan a continuación.

La función judicial, y, por lo tanto, también las atribuciones y potestades asignadas constitucional y legalmente para cumplirla deben entenderse enmarcadas dentro de los límites que establece la Carta. Para explicar este punto, Escobar Gil explica que la Constitución está conformada por dos bloques, uno

dogmático y otro orgánico; en el primero se definen los valores, principios y derechos fundamentales, mientras que en el segundo se define la estructura del Estado y las atribuciones otorgadas a los órganos y autoridades para cumplir con sus funciones. Sin embargo, esas dos partes o bloques no son partes aisladas y en cambio, constituyen una sola unidad biunívoca, como lo había expuesto la misma Corte en una sentencia previa y en los siguientes términos:

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. (Sentencia T-406, 1992)

Para precisar este punto el magistrado se vale también de un pronunciamiento previo relacionado con la interpretación autónoma del ordenamiento jurídico, valga decir, con el precedente, de acuerdo con la parte dogmática de la Constitución:

Finalmente, debe esta Sala reiterar la prevalencia de la parte dogmática de la Constitución, (...) respecto de aquella que determina la organización estatal, pues son éstos [principios y valores, en conjunto con los derechos fundamentales] los que orientan y legitiman

la actividad del Estado. En virtud de esta jerarquía, (...) la autonomía judicial y la libertad que tienen los jueces de interpretar y aplicar la ley no puede llegar al extremo de implicar un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, ni un incumplimiento del deber de proteger especialmente a aquellas que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, reduciendo el ámbito de aplicación y por ende la eficacia de los mecanismos legales que desarrollen el objetivo constitucional de la igualdad (Sentencia T-1072, 2000)

Esto quiere decir que la legitimidad del Estado proviene de la parte dogmática de la constitución, y que, si se modificara esa parte dogmática, seguramente habría que modificar la estructura del Estado para que éste pudiera cumplir con los principios, valores y derechos fundamentales de la parte dogmática modificada. Así, los jueces, como parte de la estructura del Estado, deben estar al servicio de la parte dogmática de la constitución.

Adicionalmente, en su actuar y decidir los jueces constitucionales deben ser conscientes de que las potestades y prerrogativas de que gozan las autoridades del estado de acuerdo con la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente; *“en esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna”* (Sentencia C-836, 2001). Se deduce entonces que la autonomía judicial y su independencia solamente existen porque se necesitan para que pueda cumplir sus fines constitucionales.

Respecto del valor normativo de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y aunque este punto se analiza más adelante en este mismo capítulo, el magistrado Escobar Gil señala en la sentencia aquí estudiada que la igualdad, como principio vinculante para toda la actividad estatal, comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades, las cuales actúan de manera conjunta en la actividad judicial. Esto debido a que los jueces, al interpretar la ley, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Esto hace que *“en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación en la aplicación de la ley”* (Sentencia C-836, 2001). Para que esa igualdad sea efectiva, es que debe, entre otras razones, existir una coherencia en la aplicación de la jurisprudencia, una observación del precedente que reduzca la multiplicidad de comportamientos y situaciones a categorías más o menos generales, para lo cual se hace necesario fijarle al texto de la ley escrita un sentido que le permita realizar su función normativa.

Por otro lado, *“el texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo”* (Sentencia C-836, 2001); en este punto se reafirma la autonomía relativa del juez constitucional frente a la jurisprudencia precedente; para explicar este punto, Escobar Gil cita una sentencia de 1995, según la cual:

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que, sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. (Sentencia C-083, 1995)

Se destaca en este punto que la Corte le otorga a los jueces una importancia aun mayor que la del legislador, debido a su función de aplicadores últimos de lo escrito en la ley. Pero más allá de eso, la Corte, de acuerdo con esta sentencia, reconoce que el papel de los jueces es cada vez más importante, debido a que, en el Estado contemporáneo, de complejidad fáctica y jurídica, se ha agotado la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. Este señalamiento de la Corte implica que los jueces requieren mayor autonomía que antes frente a la jurisprudencia precedente, para poder adaptar las normas de carácter general a los casos particulares sobre los cuales deben inexorablemente fallar. Sin embargo, deben hacerlo con apego a principios generales, debido a que: *“no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad”* (Sentencia T-406, 1992). Adicionalmente, el papel del juez en el Estado social de derecho es

consecuencia directa de la pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución.

Para que el juez pueda ponderar los precedentes jurídicos al momento de decidir, requiere de un proceso de abstracción y concreción de las normas particulares, a fin de otorgarle a la ley un significado concreto, coherente y útil. Esta función no se puede ejercer de manera mecánica, sostiene la Corte, debido a que se presentan complejidades y singularidades sociales que deben tomarse en consideración al momento de fallar.

Respecto al origen de la fuerza normativa o carácter vinculante de la doctrina de la Corte Suprema, el magistrado Escobar Gil plantea cuatro elementos:

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

Es decir que ese origen tiene que ver con la función orgánica que cumple la Corte Suprema en función del bloque dogmático diseñado en la primera parte de la Constitución, con los principios de igualdad y buena fe, y de la tarea de interpretación del ordenamiento jurídico.

A pesar de estos argumentos, la misma sentencia señala explícitamente que no se justifica la obligación de los jueces de la misma Corte Suprema de Justicia de observar en sus decisiones las decisiones de este tribunal, dado que:

En efecto, si el objetivo constitucional de la realización de la igualdad fuera el único fundamento de su obligatoriedad, no sería suficiente para que los jueces y, como tales, también la Corte Suprema de Justicia como juez de casación, estuvieran vinculados por la doctrina judicial. Bastaría con que atribuyeran materialmente los mismos efectos a los casos similares, sin necesidad de hacer explícita su adhesión, o las razones para desviarse de sus decisiones precedentes. Sin embargo, la obligatoriedad formal de la doctrina judicial como tal, no se deriva únicamente de la necesidad de preservar la igualdad (Sentencia C-836, 2001)

La necesidad de la observación del precedente también se explica por la conveniencia de que los gobernados sepan a qué atenerse, qué normas les aplican y en qué sentido, cuáles las consecuencias de sus actos y la forma como les son protegidos sus derechos, así como claridad sobre lo que se considera como un comportamiento aceptado dentro de cualquier comunidad; para ello no resulta suficiente con la estabilidad de la ley en términos geográficos o temporales. En cambio, se necesita que *“la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cubija también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico”*; esta garantía permite asegurar la permanente vigencia de un orden justo.

Esa estabilidad jurídica generada como consecuencia de la observación del precedente, hace que las decisiones judiciales se vuelvan razonablemente

predecibles, lo cual resulta deseable para que la sociedad pueda funcionar de manera armónica y ordenada a lo largo del tiempo. Lo contrario generaría un clima de anarquía, limitando la libertad individual, sintiéndose permanentemente en riesgo de vulnerar los derechos ajenos o que los suyos les sean vulnerados por otros, sin que ello tenga una consecuencia cierta.

Respecto al papel que tiene el principio de buena fe frente a la seguridad jurídica, la Corte señala que éste garantiza que ni el Estado ni otras personas van a actuar con base en fundamentos jurídicos analizados de manera aislada, pero contradictorios al ser considerados de manera comparativa. La plena vigencia de esta garantía se presenta cuando el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, lo cual resulta propio de la aplicación de la máxima latina “*venire contra factum proprium non valet*”, equivalente a la prohibición de ir en contra de sus propios actos, propia de quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente. Lo que esto implica es que la buena fe supone que también los jueces están sometidos al imperio de la ley que ellos aplican a los ciudadanos. Para que este principio opere plenamente, no es suficiente con que se verifique “*la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción*” (Sentencia C-836, 2001)

Resulta de especial importancia registrar de manera textual la siguiente afirmación que hace la corte en esta sentencia:

Con todo, podría afirmarse que las decisiones de la Corte Suprema no vinculan a los jueces inferiores, pues se trata de autoridades judiciales que ejercen sus funciones de manera autónoma. Según tal interpretación, las decisiones de dicha Corporación no podrían ser consideradas “actos propios” de los jueces inferiores, y estos no estarían obligados a respetarlos. Ello no es así, pues la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de Estado al que pertenecen (Sentencia C-836, 2001).

El hecho de que Colombia sea un Estado de Derecho implica y al mismo tiempo exige que exista unidad en el ordenamiento jurídico, para lo cual los jueces al decidir sobre cada caso necesariamente deben tener en cuenta la interpretación hecha por la cabeza de la jurisdicción correspondiente. Debe tenerse presente que la justicia es una organización jerarquizada, en la cual un juez superior se encarga de conocer las decisiones de los inferiores. Este efecto se logra en la medida en que:

Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución. (Sentencia C-104, 1993)

En cuanto a los objetivos buscados por la uniformidad de las decisiones judiciales, la Corte, siguiendo la ponencia del magistrado Escobar Gil, reitera los siguientes:

1) Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -art. 2° CP-. 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 CP-. 4) Unificar la interpretación razonable y disminuye 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. (Sentencia C-104, 1993)

Para que todo esto sea posible, se requiere además la aplicación del principio de publicidad, consagrado en el artículo 228 de la Constitución, lo cual permite que, tanto los organismos judiciales como las partes procesales y la comunidad en general puedan acceder tanto al texto de la ley, como a la jurisprudencia, pudiendo verificar que el ordenamiento se está aplicando e interpretando de manera consistente y uniforme.

4.3. Carácter vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia

En Colombia el poder vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia proviene del Artículo 234 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema

de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. A su vez, el artículo 235 de la misma Carta establece como atribuciones propias de este organismo:

ARTICULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. Actuar como tribunal de casación. 2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3. 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. 4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen. 5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional. 6. Darse su propio reglamento. 7. Las demás atribuciones que señale la ley.

Es decir que ese carácter vinculante de la Corte Suprema es necesario para que exista una instancia máxima en la jurisdicción ordinaria, al igual que existe el Consejo de Estado en la jurisdicción administrativa cuyas decisiones son vinculantes en esa rama del derecho, y también una Corte Constitucional para los asuntos de su competencia. Sin ese poder vinculante, cada rama entraría en una especie de caos en donde no se tendría claridad sobre los temas de carácter

general que deben orientar la aplicación de la justicia en cada una de las correspondientes áreas del derecho.

Sin embargo, este ordenamiento no ha sido siempre el mismo a lo largo de la historia; Rincón y Rueda (2004) recuerdan que, de acuerdo con Kelsen (1979), las normas del derecho tienen más de una interpretación, teniendo en cuenta que usualmente existe más de un marco interpretativo y varias posibilidades; esto implica, como ya se ha dicho respecto de otras ramas del derecho, que el juez está facultado para modificar la jurisprudencia al momento de fallar sobre casos específicos. De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, ya en desuso, establecía como requisito para la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que existieran al menos tres sentencias uniformes de este tribunal sobre un mismo punto de derecho. En el artículo 4 de la misma ley se hacía referencia a la doctrina más probable, a tener en cuenta por parte de los jueces inferiores a la hora de aplicar la ley.

Esta norma fue sometida a juicio de exequibilidad el cual alcanzó de manera favorable; en el correspondiente fallo la corte advirtió que, si bien los fallos judiciales constituyen precedente, su valor vinculante no tiene necesariamente efectos de carácter obligatorio para quienes tienen la función de aplicar las normas, pues “*tal valor normativo no puede llegar hasta petrificar el Derecho y hacerlo inflexible frente a los cambios sociales, económicos y políticos*” (Rincón & Rueda, 2004, p. 18).

Si bien puede resultar actualmente extraño el concepto de doctrina probable, en la práctica la situación actual es similar en ese aspecto a la que generó en 1887

la citada ley, declarada además exequible. Y puede considerarse similar porque, si bien el término como tal no se usa, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sigue teniendo un efecto relativo o subjetivo, que entra a ser valorada por el juez de cada caso al momento de tomar su decisión. Tal vez lo que sí ha cambiado es que la legislación vigente en la actualidad establece que, cuando el juez se aparta de la jurisprudencia, entendida ésta, aunque no de manera expresa, como la posición más reciente de la Corte correspondiente sobre un determinado punto jurídico, esa decisión del juez debe ser motivada y justificada dentro del cuerpo de su fallo.

Sobre el poder vinculante de las sentencias, Zuluaga confronta los artículos 4 y 230 de la Constitución; el primero de ellos señala que “la Constitución es normas de normas” y el segundo establece que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, concluyendo que “*no es posible que los jueces estén sometidos a la Constitución dado su carácter normativo, pero a la vez sólo están sujetos a la ley en sentido formal*” (2004, p. 28). Sin embargo, esta confrontación deja por fuera a la jurisprudencia, que podría entenderse como la interpretación que hace la Corte de la Constitución o de la ley, según la rama de la justicia de su competencia. Al incluir a la jurisprudencia en esta confrontación, se puede concluir que el poder vinculante de la jurisprudencia, por definición constitucional, está condicionada al cumplimiento de la ley; es decir que un juez debería primero que todo fijarse en lo que dice la ley respecto al caso sobre el que debe decidir. Tal vez también podría concluirse que al juez no es a quien le compete analizar ni ponderar la coherencia entre la ley y la constitución, que, a pesar de ser la norma sobre todas

las normas, no es la que él custodia, tarea que, en cambio, le corresponde a la Corte Constitucional o a la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la justicia ordinaria.

Debe además recordarse que en los procesos ordinarios existe la segunda instancia judicial, y que, además, algunos casos pueden llegar a ser sometidos al juicio de la Corte Suprema de Justicia. Es decir que, si una de las partes se siente con el derecho de hacerlo y cree que la sentencia de la primera instancia no se acoge a las normas vigentes o que no cumplió con todos los aspectos de forma que le sean aplicable, puede acudir a la instancia superior a reclamar lo que siente que le pertenece. Estas instancias superiores se encargarán de analizar nuevamente el caso, confrontando los hechos y las pruebas con las leyes y con los principios constitucionales y revisando si, a su juicio, el fallo del juez de la instancia inferior se aparta de lo que establecen las normas, dicho fallo sea modificado. Esa existencia de una segunda instancia permite la vigilancia del apego que los jueces hacen de la jurisprudencia y de la ley, sin que para ello exista un sistema de órdenes imperativas entre una instancia y otra, sino un debate de argumentos que, se supone, enriquece la calidad de la decisión de la instancia superior.

Ese ordenamiento de instancias y de tipos de normas es el que asegura los efectos vinculantes de la jurisprudencia. De acuerdo con la SU-640 (1998), *“no podría la Constitución orientar el proceso normativo y el conjunto de decisiones que se derivan de su propia existencia, si sus preceptos no fuesen acatados por todas las autoridades y las personas”*. Si bien esas palabras se refieren a la justicia constitucional, también aplican para la justicia ordinaria, en el sentido de que, así

como la Corte Constitucional tiene la función de custodiar el respeto y aplicación de la constitución. La Corte Suprema de justicia hace lo propio en la justicia ordinaria, y lo hace por medio de la jurisprudencia, que tiene un carácter general, así como de los fallos concretos sobre casos específicos que llegan hasta esa instancia.

De acuerdo con la Sentencia C-836 (2001) corresponde a los jueces, y particularmente a la Corte Suprema, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico.

En esa medida, la labor creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento. Sin embargo, esta labor no es cognitiva sino constructiva, estos principios y reglas no son inmanentes al ordenamiento, ni son descubiertos por el juez, sino que, como fuentes materiales, son un producto social creado judicialmente, necesario para permitir que el sistema jurídico sirva su propósito como elemento regulador y transformador de la realidad social.

La Corte Constitucional señaló además que la creación judicial de derecho debe incluir la suficiente flexibilidad, de manera que pueda adecuarse a las cambiantes realidades y necesidades sociales, lo que impide *“darle a la doctrina judicial un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros valores y principios constitucionalmente protegidos”*.

La Corte, en la Sentencia C-836 (2001), también se pregunta sobre la forma como resultan obligatorias para los jueces y para la Corte Suprema de Justicia las

decisiones de ésta como tribunal de casación y al respecto señala que el sometimiento o sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no se puede reducir a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, el cual tiene como fin la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.

Sobre esa expresión de imperio de la ley, se ha referido la Corte en los siguientes términos:

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (Cart. 16). (Sentencia C-486, 1993)

La Corte interpreta la voluntad del constituyente afirmando que este organismo estableció de manera explícita en el artículo 4° la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas jurídicas, para permitir la aplicación judicial directa de sus contenidos. Lo anterior a pesar de que tal jerarquía no necesita ser

explícita para que sea reconocida, ni supone la directa aplicación de las normas constitucionales por parte de los diferentes operadores judiciales. Adicionalmente, esta jerarquización implica que la ley en sentido formal, aquella que dicta el legislador, se debe interpretar a la luz de los valores, principios objetivos y derechos establecidos en la Constitución. (Sentencia C-836, 2001)

Como consecuencia de lo anterior, los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho, como son la constitución y la ley, para lo cual no solamente deben resolver casos similares de la misma manera, sino también tenerlos en cuenta de manera expresa; para hacerlo, sus decisiones deben ser motivadas con base en su propia doctrina judicial, lo cual constituye garantía tanto para el ejercicio de los derechos de las personas, como garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia. Para la Corte, esa doble finalidad de garantía de la actividad judicial es la que *“determina cuándo puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la forma como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones de la Corte Suprema como juez de casación”*. (Sentencia C-836, 2001)

Lo anterior también implica, en principio, que un cambio en la legislación debería generar un cambio en la jurisprudencia, pues lo contrario equivaldría a desconocer la voluntad del legislador, que resulta contraria a la necesaria colaboración armónica de las ramas del poder y desconocería la soberanía popular

de sus electores. Así mismo, cuando no se ha producido un cambio en la legislación, los jueces están obligados a seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema, de acuerdo con su capacidad, la de los jueces, de responder de manera adecuada a la realidad social cambiante. Es decir que, aún sin que cambie la legislación, *“un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales”* (Sentencia C-836, 2001), para lo cual, se requiere formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, que modifiquen la jurisprudencia existente, es decir, que modifiquen el precedente.

No obstante, esa adecuación necesaria a las modificaciones de la realidad social no puede servir de excusa para cambiar la jurisprudencia sino dentro de ciertos límites, dada la necesidad de que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que sirvió de fundamento de la decisión, de manera que el cambio en la jurisprudencia esté justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.

Aquí podría traerse a colación el principio de proporcionalidad, el cual, a juicio de Marín (2007) es uno de los principios que más ha sido desarrollado, por cuanto es una herramienta y parámetro de control de la actividad de la administración, pero también ha tenido influencia en el campo de los derechos fundamentales y los conflictos que se suscitan entre éstos y las diferentes actividades del Estado en la

medida en que éste interfiere en los derechos o patrimonio de los individuos. La Corte Constitucional ha señalado que “el principio de proporcionalidad es una herramienta conceptual del derecho constitucional que permite evaluar la validez o legitimidad constitucional de las intervenciones que las autoridades públicas (y principalmente el Legislador) en los derechos fundamentales” (Sentencia C-433, 2013).

En cuanto a la discrecionalidad que aplica al momento de aplicarlo, el juicio de proporcionalidad tiene especial importancia, ya que en el ejercicio de esa facultad se debe elegir entre las varias opciones, con el único propósito de proteger el interés general. En efecto, en Colombia la Corte Constitucional ha señalado unas subreglas que el juez constitucional debe seguir al momento de evaluar la correcta y pertinente aplicación del principio de proporcionalidad, como son las de determinar:

1. Si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución,
2. Si el trato diferente es “adecuado” para lograr la finalidad perseguida;
3. Si el medio utilizado es “necesario”, en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido y,
4. Si el trato diferenciado es “proporcional stricto sensu”, es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que pretende satisfacer mediante dicho trato. (Sentencias T-422, 1993)

Considerando que siempre puede haber situaciones que deban ser resueltas por lo jueces y no hayan sido abordadas de manera específica por la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha recomendado que en esas situaciones se haga uso del

test de proporcionalidad y ha explicado estas subreglas que lo conforman en los siguientes términos; en primer lugar, en el análisis se busca establecer la finalidad de la medida de que se trata el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses; de acuerdo con la Corte, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar. (Sentencia C-470, 2011)

El segundo elemento por analizar con miras a determinar la proporcionalidad de la medida que se estudia es su idoneidad para alcanzar la finalidad propuesta. Entonces, para que una norma pueda considerarse proporcional, ha de ser adecuada o conducente para el logro del fin propuesto, para lo cual deberá existir un importante grado de probabilidad de que a través de ella pueda lograrse el objetivo buscado.

En tercer lugar, dentro de este test de proporcionalidad debe examinarse lo relativo a la necesidad de la medida, lo que equivale a preguntarse si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto. De acuerdo con la Corte, este aspecto normalmente se determina examinando la posibilidad de que se implemente otra medida menos gravosa, y que sin embargo resulte igualmente conducente al propósito esperado. ,Y por último, debe analizarse si esta medida resulta proporcionada en sentido estricto, para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos

o dificultades que ello ocasionaría. Sin embargo, en algunos casos este criterio resulta bastante subjetivo, dado que la alta indeterminación del beneficio o del costo que se puede generar, queda entonces en un plano puramente especulativo evaluar la relación costo - beneficio que al respecto pudiera plantearse y, a partir de allí, deducir si se está quebrantando el principio de proporcionalidad.

La Corte también se ha referido a la posibilidad de que no exista suficiente claridad sobre cuál es el precedente que debe aplicarse en un determinado caso, debido a que la jurisprudencia resulte contradictoria o imprecisa; también puede presentarse tal confusión en casos frente a los cuales la jurisprudencia haya producido decisiones contrarias o cuya interpretación pueda resultar confusa. En tales casos, *“compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso”* (Sentencia C-836, 2001); dado que los jueces tienen siempre la obligación de fallar, es de esperarse que lo que suceda es que lo hagan sustentando o motivando su decisión, y que la parte interesada escale dicho fallo hasta que llegue a la Corte para que defina el punto que genera controversia o imprecisión.

Ahora bien, de acuerdo con la explicación hecha en los primeros capítulos de este trabajo, una sentencia está compuesta de dos partes, como son los *obiter dicta*, y los *ratione decidendi*, por lo que el juez que las analice para sustentar sus

decisiones judiciales debe tener en cuenta que solamente estos últimos resultan obligatorios, “*mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución*” (Sentencia C-836, 2001); sin embargo la misma Corte reconoce que no siempre resulta fácil la distinción entre estas dos partes o que puede resultar igualmente difícil la extracción de la *ratione decidendi* a partir de la lectura de una determinada sentencia, lo cual lleva a que su carácter obligatorio no implica una vinculación formal del juez a un determinado fragmento de una sentencia, separado de los hechos que lo motivaron.

Es por ello que la Corte señala la importancia de que los textos de las providencias que produzcan los altos tribunales sean precisos al plantear los principios que las motivan, sin extender o limitar en su aplicabilidad, o desconociendo o sobrevalorando la relevancia de los aspectos fácticos y jurídicos que deban tenerse en cuenta al momento de emplearlos en un caso específico.

Frente a esta posición de la Corte, el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa aclaró su voto frente a la Sentencia C-836 de 2001 señalando que la misma define una obligación más no una facultad de los jueces respecto de la aplicación de la jurisprudencia precedente frente al caso que deban definir. Al respecto consignó que:

“Bien hubiera podido la Corte limitarse a señalar, por ejemplo, que los jueces “podrán apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia como juez de casación, siempre y cuando al

hacerlo justifiquen la interpretación adoptada en ejercicio de su autonomía”. No obstante, la Corte consideró que el condicionamiento debería ser distinto y de mayor alcance y, por lo tanto, ser formulado, no a partir de la facultad de apartarse o de seguir el precedente, sino de la obligación del juez de considerar los precedentes existentes. Esta obligación es doble. Primero, comprende el deber general de seguir el precedente (...). Segundo, incluye la carga especial de argumentación que debe ser satisfecha para que se cumplan las condiciones en las cuales existe una excepción a este deber general”. (Sentencia C-836, 2001, p. Aclaración de voto)

Adicionalmente, para el magistrado Cepeda el problema de la fuerza vinculante del precedente se extiende del campo del derecho constitucional a las demás ramas del derecho y cobija no sólo a la jurisdicción constitucional sino también a la jurisdicción ordinaria. El juez, en las diferentes ramas del derecho, tiene la obligación de fundamentar sus decisiones de apartarse de la jurisprudencia precedente haciéndolo *“de manera “clara”, lo cual significa que la determinación de no seguir el precedente crea en el juez una carga de transparencia en la medida en que debe decir diáfananamente de qué precedente se está apartando y qué elemento de éste está cambiando”*. Además de lo anterior, los mismos argumentos deben *“referirse a las circunstancias especiales y excepcionales que hacen legítimo que un juez no siga el precedente, lo cual significa que no cualquier razón es suficiente para apartarse del precedente puesto que el juez tiene una carga de argumentación en la medida en que debe demostrar “razonadamente” que se cumplen los requisitos mencionados en (...) la sentencia”* (Sentencia C-836, 2001, p. Aclaración de voto).

En cuanto al artículo constitucional que señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley, el magistrado Cepeda señala que la interpretación literal de ese artículo resulta insostenible, dado que excluiría a la ley superior, es decir a la Constitución como norma de normas, así como a los tratados, que hacen parte del marco legal en virtud del artículo 93, y:

“Excluiría además los decretos que no tienen fuerza de ley, como aquellos que desarrollan las leyes marco o los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria ordinaria. Igualmente, excluiría los acuerdos municipales y las ordenanzas departamentales. Finalmente, todas las demás fuentes de rango inferior a la ley dejarían de ser obligatorias para los jueces. De tal manera, que la palabra ley sólo puede ser interpretada en el sentido de “derecho” para evitar contradicciones con otras normas de la Constitución”. (Sentencia C-836, 2001, p. Aclaración de voto).

Para el magistrado, el alcance vinculante del precedente judicial se aplica en varios sentidos; según el primero de ellos, puede obligar a todos los jueces debido a que deben resolver en el futuro los casos idénticos de manera idéntica a la que se hizo en los casos anteriores. Adicionalmente, obliga a todos los jueces inferiores a la corte que lo estableció, por lo que, si un juez inferior no lo aplica, la corte correspondiente se encargará de revocar tal decisión, por lo que se dice que el precedente es formalmente obligatorio en sentido estricto.

En tercer lugar, afirma el magistrado Cepeda:

“Un precedente puede ser obligatorio para todos los jueces inferiores a la alta corte que lo sentó, y aceptarse que un juez inferior (i) después

de hacer referencia expresa al precedente, y (ii) de resumir su esencia y razón de ser, (iii) se aparte de él exponiendo razones poderosas para justificar su decisión. En este sentido se dice que el precedente es formalmente obligatorio, pero no estrictamente obligatorio". (Sentencia C-836, 2001, p. Aclaración de voto).

De este tercer sentido del carácter vinculante del precedente se deriva el cuarto, dado que los jueces pueden apartarse de él cuando, en forma razonada, lo consideren adecuado para resolver el caso.

4.4. Carácter vinculante de las sentencias del Consejo de Estado.

Tal como se analizó en los capítulos precedentes, existen diferentes posiciones en relación con la aplicabilidad o no del precedente jurisprudencial y los casos en los cuales pueden presentarse excepciones a ese respecto. Sin embargo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo expedido por medio de la Ley 1437 (2011) hace algunas precisiones que permiten aclarar cualquier duda al respecto y que, como se deduce del hecho de estar plasmadas en una ley de la República, tienen carácter obligatorio.

En el artículo 10 de dicho código se establece de manera taxativa que:

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.

Es importante señalar que este artículo fue sometido al juicio de la Corte Constitucional, tribunal que lo declaró exequible por medio de la Sentencia C-634 (2011), de acuerdo con la ponencia presentada por el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. En dicha sentencia se señaló que esa norma se debe aplicar en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, además de las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que hayan dado interpretación a 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 cuanto a este punto de las sentencias del Consejo de Estado, en el mismo código en el artículo 102 se establece 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. Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado.

Resulta claro en este punto que el Código establece prioridad al reconocimiento y protección de los derechos a que haya hecho referencia el Consejo de Estado, por lo que en esta rama del derecho administrativo los

funcionarios y jueces deben siempre atender dicha prioridad en el caso en que se presente controversia sobre la aplicación de una norma; además se faculta al interesado para que demande dicha prioridad en los procedimientos administrativos. En caso de que exista un precedente que deba tenerse en cuenta, se establece en el código que el interesado presentará una petición que cumpla con los requisitos generales, además de: 1) una razonada en la que se evidencie que el peticionario 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; 2). Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso y 3) Copia o referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Es decir que la aplicación de este artículo está condicionada a que se pueda probar que el caso que se empleará como precedente de la solicitud, corresponda a la misma situación de hecho y de derecho a aquel que se está decidiendo. Adicionalmente, el Código establece que, si de manera previa se hubiese formulado una petición con el mismo propósito y en la cual no se hubiera solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado lo deberá indicar de manera expresa, de manera que, al momento de resolver la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud. A partir de esa solicitud, es la autoridad pertinente la encargada de decidir, debiendo basarse para ello en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, además de tener en cuenta *“la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos*

jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente". (Ley 1437, 2011)

El código fija un plazo perentorio de 30 días para que se produzca tal decisión, la cual podrá ser negada una vez se tengan en cuenta 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. (Ley 1437, 2011)

Este carácter obligatorio de acompañar la decisión de la autoridad con motivaciones específicas sobre las razones que diferencian el caso analizado del caso enunciado como precedente por el solicitante, las pruebas que demuestran tal diferencia, y las razones que justifican su decisión de apartarse del precedente argumentado por el solicitante, ponen de manifiesto la importancia que el código busca fijar respecto de la preponderancia que tiene el precedente en materia administrativa. Como si fuera poco, el mismo artículo señala que, en caso de que la decisión del órgano administrativo sea contraria a la solicitada por el interesado, “*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” (Ley 1437, 2011).

Adicionalmente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011) también señala que contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Así mismo, si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, tampoco habrá lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado; sin embargo, en tales casos el solicitante tendrá la opción de acudir ante el Consejo de Estado en los términos fijados en el mismo Código. Como una evidencia adicional de la importancia que el Código le atribuye al precedente en el derecho administrativo, el mismo artículo 102 señala que la solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Frente a este artículo específicamente, también debió pronunciarse la Corte Constitucional, lo cual hizo por medio de la Sentencia C-816 (2011); en esta oportunidad el ponente fue el Magistrado Mauricio González Cuervo, y lo hizo para reiterar, tal como lo hizo el tribunal constitucional respecto del artículo 10 del Código, que 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, se 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.

Respecto de las facultades del Consejo de Estado para modificar los precedentes judiciales, el artículo 103 del Código señala que: “*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*” (Ley 1437, 2011). De esta manera se ratifica lo señalado previamente en este trabajo, en el sentido de que el precedente judicial, en este caso en lo referente al derecho administrativo, puede ser modificado por el Consejo de Estado; sin embargo, esa facultad está limitada y condicionada a la debida motivación expresa.

Frente a estos lineamientos fijados por el Código de lo Contencioso Administrativo, Herrera et al (2012) consideran que

“La figura del precedente administrativo del artículo 10 de la ley 1437, no soluciona cabalmente el problema puesto que debido a la interpretación constitucional y a los medios para realizarla queda sesgada y limitada la postura constitucional, puesto que si bien es cierto conforme a la sentencia 634 del 2011 que estudia el artículo 10 de dicha ley debe tenerse en cuenta de manera preferente el precedente constitucional al momento de encontrar oposición y de encontrar la necesidad de acudir al artículo 102 de extensión de jurisprudencia esta extensión solo se aplicaría en cuanto a las sentencias de unificación del Consejo de Estado lo que nos llevaría a concluir que seguiríamos en el mismo camino de inseguridad jurídica

y de inestabilidad en cuanto a la aplicación de precedentes”. (Alcance del precedente jurisprudencial en la ley 1437 de 2011 y sus implicaciones en la práctica judicial., 2012, p. 242)

Si bien es cierto que la Sentencia C-634 (2011) previamente citada condiciona la aplicación del artículo 10 del Código a la observación que debe hacer el administrador judicial de los fallos o sentencias que la Corte Constitucional haya hecho producido en relación con los derechos involucrados en el caso específico que se está decidiendo, también es cierto que necesariamente esto debe ser así en un Estado social de derecho. Es decir, resultaría contrario al orden constitucional que la rama administrativa del derecho pudiera actuar bajo sus propios postulados y precedentes, desconociendo los derechos de los ciudadanos.

4.5. Conclusiones

En principio podría pensarse que el papel de un juez, independientemente de la rama del derecho en la cual tenga jurisdicción, puede resultar compleja respecto de la aplicación del precedente judicial. Esa dificultad se deriva de una aparente contradicción entre expresiones taxativas de la propia Constitución Política de 1991, que, por un lado, señala que los jueces solamente están obligados en sus decisiones a observar la ley, y que los demás elementos del ordenamiento jurídico son accesorios, mientras que por otro lado señala que la Constitución es norma de normas.

Sin embargo, esa complejidad o posible dualidad del juez respecto de cuáles son las guías válidas de su decisión ha sido atenuada por el detallado análisis que

ha hecho la Corte Constitucional respecto de la aplicación del precedente. En primer lugar, la Corte ha señalado que esa preponderancia de la jurisprudencia tiene sustento en razones tan relevantes como la seguridad jurídica y la coherencia del sistema jurídico, la protección de la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, el principio de igualdad y como mecanismo de control de la propia actividad judicial. Esa importancia del precedente hace que las decisiones judiciales que desconozcan injustificadamente la jurisprudencia y traten de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, constituyan una omisión de un deber constitucional.

También se observó en este capítulo que la Constitución consta de un primer bloque dogmático y un segundo bloque orgánico, siendo el más relevante el primero, que establece los valores, principios y derechos fundamentales, mientras que en el segundo se define la estructura del Estado y las atribuciones otorgadas a los órganos y autoridades para cumplir con sus funciones, de manera que se asegure la conservación del bloque dogmático. En otras palabras, el bloque orgánico de la constitución se adapta a las necesidades del bloque dogmático y no al revés, por lo cual, la legitimidad del Estado proviene de la parte dogmática de la Constitución.

La relación del precedente con el principio de igualdad, comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades, las cuales actúan de manera conjunta en la actividad judicial. Sin embargo, el texto de la ley no es, susceptible de aplicarse

mecánicamente a todos los casos, por lo que se requiere que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo. El papel de los jueces tiene una importancia creciente, pues en el Estado contemporáneo, de complejidad fáctica y jurídica, se ha agotado la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos.

Para ponderar los precedentes jurídicos al momento de decidir, el juez requiere de un proceso de abstracción y concreción de las normas particulares, a fin de otorgarle a la ley un significado concreto, coherente y útil. Por su parte, el principio de buena fe frente a la seguridad jurídica, garantiza que ni el Estado ni otras personas actúen con base en fundamentos jurídicos analizados de manera aislada, pero contradictorios al ser considerados de manera comparativa; no obstante, la misma Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de la Corte Suprema no vinculan a los jueces inferiores, pues se trata de autoridades judiciales que ejercen sus funciones de manera autónoma.

En la rama administrativa del derecho los funcionarios y jueces deben siempre atender prioridad al reconocimiento y protección de los derechos a que haya hecho referencia el Consejo de Estado en el caso en que se presente controversia sobre la aplicación de una norma. Así mismo, 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, los jueces 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.

Por su parte, el poder vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia proviene del Artículo 234 de la Constitución, que establece que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Adicionalmente, en los procesos ordinarios también existe la segunda instancia judicial, y algunos casos pueden llegar a ser sometidos al juicio de la Corte Suprema de Justicia. La existencia de una segunda instancia permite la vigilancia del apego que los jueces hacen de la jurisprudencia y de la ley y ese ordenamiento de instancias y de tipos de normas es el que asegura los efectos vinculantes de la jurisprudencia. Corresponde a los jueces, y particularmente a la Corte Suprema, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico.

También se observa que la rama judicial del poder público, por medio de sus tres jurisdicciones, busca mantener la integridad de a los principios consagrados en la Constitución; frente a este objetivo y específicamente en la jurisdicción contenciosa administrativa se destaca la prevalencia, en primer lugar, de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la coherencia que la misma debe tener con la producida por la Corte Constitucional, en virtud de la Sentencia C-816. Pero, además, los funcionarios de la rama administrativa del poder público también están sometidos a la competencia de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia, así como a los organismos de control disciplinario.

CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES GENERALES

Frente al interrogante planteado al comienzo de este trabajo y en cumplimiento de los objetivos entonces definidos, se identifican a lo largo de los diferentes capítulos las conclusiones generales que aquí se plantean.

El derecho administrativo se construye sobre un conjunto de presupuestos, pero entre todas estas fuentes existe una que causa especial controversia en el medio jurídico y es la jurisprudencia, que busca generar temor referido a la posibilidad que sean los jueces los que arbitrariamente puedan tener en sus manos el otorgamiento o no de un derecho dada la interpretación que al mismo pueda darse y que sean en particular esos jueces de mayor jerarquía los que detenten ese poder, así como confianza respecto de la prevalencia del derecho fundamental a la igualdad y del principio de confianza legítima en la administración de justicia.

La función del juez, como primera instancia a la cual acuden quienes sienten que los hechos de los que han sido objeto contrarían la efectividad del Estado Social de Derecho, debe basarse en la comparación que haga frente a la jurisprudencia disponible en relación con los hechos jurídicos objeto de su decisión. Sin embargo, para que eso sea posible y teniendo en cuenta, por un lado, la alta carga operativa que enfrentan a diario esos jueces y la justicia en general, y, por otro lado, la gran diversidad de normas y pronunciamientos del Consejo de Estado, resulta claro que se requiere de herramientas que faciliten ese proceso de consulta. El cumplimiento de la función judicial en la actualidad necesariamente exige la disponibilidad de recursos y la capacidad para consultar de manera eficiente la jurisprudencia

existente, es decir, para construir en cada caso un estado del arte que le sirva de guía. Tal como se mostró en el trabajo, las sentencias de unificación pueden tener una función destacada en esta fase de estudio que debe realizar el juez, así como el principio de doctrina probable. De esta forma se busca preservar tanto la seguridad jurídica como la coherencia del sistema jurídico, la protección de la libertad ciudadana y las condiciones que permitan el desarrollo económico, el principio de igualdad y como mecanismo de control de la propia actividad judicial. Las decisiones judiciales que desconozcan injustificadamente la jurisprudencia y traten de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, constituyen una omisión de un deber constitucional por parte del juez.

Sin embargo, el papel del juez no puede limitarse a una función de cruce de bases de datos legislativos ya que se requiere, además, que tenga el criterio suficiente para sopesar los hechos. Adicionalmente, debe tener siempre presentes los principios y derechos constitucionales, todo lo cual implica la aplicación de un criterio propio, para poder justificar las razones que lo llevan a apartarse de lo que dicte el precedente judicial.

No obstante, el juez puede enfrentarse en su actividad diaria con situaciones sobre las cuales no exista un precedente claramente aplicable o en donde se enfrenten diversas posiciones de las Cortes. En tales casos, el principio de proporcionalidad y el test de proporcionalidad pueden ser una herramienta que le ayude al juez a sopesar las opciones que plantea tal disyuntiva.

También se concluye que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene diferencia de gradualidad cuando se trata de casos relacionados con los funcionarios de la administración, por lo que la intensidad del juicio se debe establecer con base en la especie de derecho a la que pertenece el proceso, ya sea penal delictivo u otro diferente. Los mecanismos de control diseñados en la Constitución no tienen una configuración homogénea, ni la misma influencia sobre el ejercicio del poder y el carácter obligatorio del precedente se sustenta en el respeto al principio de igualdad, el límite a la creación judicial de los jueces, la evolución secuencial del ordenamiento jurídico y la confianza legítima.

En la rama administrativa del derecho, los funcionarios y jueces deben siempre asignar prioridad al reconocimiento y protección de los derechos a que haya hecho referencia el Consejo de Estado. Así mismo, los jueces 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.

Estas conclusiones plantean retos para el sistema judicial, empezando por la necesaria dotación de recursos y capacitación de los jueces de la jurisdicción administrativa, al igual que sucede con demás jurisdicciones. Partiendo del supuesto de que el juez siempre desea acertar en sus decisiones, hacerlo implica una tarea compleja, que requiere, además de una sólida formación, el empleo de habilidades tecnológicas básicas para el procesamiento de información. Si bien los interesados en los procesos usualmente aportan las pruebas sobre las cuales sustentan sus posiciones, el juez requiere seguir un proceso de estudio

suficientemente juicioso, como requisito para que la sociedad pueda funcionar confiando en la solidez judicial. Así mismo, para que la rama judicial pueda operar eficientemente en respuesta a esa expectativa social, es necesario que los jueces cuenten con la infraestructura y la capacidad que implica la aplicación del precedente judicial.

Tal vez esto resulte obvio para las generaciones más jóvenes y en las ciudades más grandes. Sin embargo, la justicia se vive y se exige también en las poblaciones más apartadas y con jueces durante cuya formación no estuvieron tan cerca de los recursos tecnológicos disponibles en las grandes ciudades, y que seguirán ejerciendo su función por varios años. Valdría entonces la pena que en futuras investigaciones se aborde el análisis de las competencias de los jueces en el uso de las opciones que ofrece internet y en general las tecnologías de la información y las comunicaciones frente a su ejercicio profesional. Es probable que, al igual que sucede en otras profesiones, también una parte del incremento de la eficiencia judicial dependa de resolver aspectos operativos que se viven a diario en las zonas más apartadas del país o en donde ejercen su función jueces transparentes y muy idóneos en su formación jurídica, pero que simplemente no tienen conocimiento de la existencia de soluciones que la tecnología ha resuelto ya hace varios años.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aroca, J. (2002). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. *Derecho PUP*, 53, 583-668.
- Auto de junio 28. Expediente 12005. (1996). *Consejo de Estado. Sección Tercera*. Bogotá: Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.
- Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* (Primera Edición. Quinta reimpresión ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 2008(21).
- Bernal, C. (2008). El Precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 2008(21), 81-94.
- Bielsa, R. (1965). *Derecho administrativo (Vol. 4). La Ley*. Buenos Aires: De Palma.
- Blanco, G. (2007). *Sistema de fuentes en el ordenamiento Jurídico Colombiano*. Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Bluhum, E. (2010). *El precednete en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bureau de la Jurisprudence generale du royaume. (1845/1873). *Bureau de la Jurisprudence generale du royaume*.

- Campos, L. (2008). *El precedente vinculante en el derecho constitucional: "Una visión sistemática"*. From *El precedente vinculante en el derecho constitucional: "Una visión sistemática"*: <http://www.camposaspajo.com/pb/el-precedente-vinculante-en-el-derecho-constitucional-una-vision-sistemica.pdf>
- Campusano, R., & Romero, P. (2008, Julio). Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común. *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común*.
- Cepeda, M. (2009). Presentación. In D. López (Ed.), *EL derecho de los Jueces* (pp. XV-XVI). Bogotá: Editorial Legis.
- Código Civil Francés. (1804). *Artículo 5*.
- Consejo de Estado. Sentencia 16 de febrero. Expediente 3551. (2001). *Sección Primera*. Bogotá: Magistrada Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.
- Constitución Política. (1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- De Castro, F. (1995). Derecho Civil de España, I, 3ª Edición. In A. Nieto (Ed.), *El positivismo Jurídico y la Constitución de 1978* (p. 377). Madrid: Revista Española de Derecho.
- De Otto, I. (1987). *El Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- García, E., & Fernández, T. (1996). *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.

- García, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Vniversitas*, 571-302.
- Guerrero, G. (2012). *La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno. Una aproximación desde la reforma constitucional de 2005*. Santiago de Chile: IV Congreso Estudiantil de Teoría del derecho y derecho Constitucional.
- Gutiérrez, J. (2014). *El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo Colombiano*. From El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo Colombiano: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40951/1/285815.2014.pdf>
- Herrera, A., Reyes, H., & Sanjuan, C. (2012). Alcance del precedente jurisprudencial en la ley 1437 de 2011 y sus implicaciones en la práctica judicial. *Memorando de Derecho*, 3(3), 231-244.
- Kelsen, H. (1979). *La teoría general de las normas*. París: Wien Manz.
- Lancheros, J. (2012, Mayo 20). *El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa, síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia 292 de 2006 de la Corte Constitucional*. From El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa, síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia 292 de 2006 de la Corte Constitucional: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2273/3095>
- Ley 1437. (2011). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- Llewellyn, K. (2016). *La tradición del derecho consuetudinario: Decidir las apelaciones*. Londres: Quid Pro Libros.
- Llopis, M. (2015). El sistema legal inglés y su hermenéutica: la importancia del lenguaje en el derecho anglosajón. *Revista de Lenguas para Fines Específicos*, 8, 269-280.
- López, D. (2009). *EL derecho de los Jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- López, D. E. (2006). *La interpretación constitucional en relación con el constitucionalismo ecuatoriano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Marienhoff, M., & Basavilbaso, B. (2111). *Tratado de derecho administrativo (Vol. 1)* (Sexta Edición ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Marín, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mitidiero, D. (2011). *Fundamentación y precedente: Dos discursos a partir de la decisión judicial*. From *Fundamentación y precedente: Dos discursos a partir de la decisión judicial*: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/1280
- Montoya, L. E. (2011). *La Excepción se hace regla: El Derecho judicial. El Precedente judicial en el discurso de las fuentes del derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Morales, M. O., Quevedo, L., & Quevedo, L. (2013). *Análisis Jurisprudencial del Derecho Internacional frente al Derecho Nacional*. Chía: Universidad de la Sabana.

- Olano, H. (2011). *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo*. From Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art10.pdf>
- Pardo, J. (2014). *Lecciones de derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons.
- Penagos, G. (1982). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I ed.). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Pérez, J. (2008). *Las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Ponce De Leon Armenta, L. La metodología de la investigación científica del derecho. www.juridicas.unam.mx, página 69),
- Quinche, M. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Radicación número: 25000-23-24-000-1997-9346-01(6438). (2001). *Consejo de Estado. Sección Tercera*. Bogotá: Consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero.
- Rincón, A., & Rueda, R. (2004). *Análisis socio-jurídico de la aplicación judicial del precedente jurisprudencial por parte de los jueces del circuito de Bucaramanga en acciones de tutela referentes al derecho a la salud*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.
- Rodríguez, A. (2016). *Configuración del delito de prevaricato en Colombia: análisis de la normatividad vigente, doctrina y jurisprudencia*. Bogotá: Universidad Católica.

- Sánchez, C. A. (2008). *Acto Administrativo – Teoría General* (Cuarta Edición ed.). Bogotá: Editorial Legis.
- Sánchez, R. (2005). *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Santofimio, J. (1996). *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Schwarz, C. (2014). *El papel del precedente como factor institucional en la toma de decisión judicial: los Estados Unidos y México. Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*. Mexico DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sentencia C-037. (1996). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-069. (1995). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia C-083. (1995). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-103. (2013). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-104. (1993). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-104. (1993). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-107. (2013). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-131. (1993). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-284. (2015). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-433. (2013). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-470. (2011). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-479. (1992). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrados Ponenetes José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-486. (1993). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-530. (2003). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-531. (1993). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-554. (1994). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jorge Araujo Mejía.

Sentencia C-588. (2012). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-634. (2011). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva .

Sentencia C-816. (2011). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-820. (2006). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-836. (2001). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia del 1º de Agosto. (1991). *Consejo de Estado. Sección Primera*. Bogotá: Consejero Ponente Miguel González Rodríguez.

Sentencia SU-047. (1999). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia SU-168. (1999). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU-640. (1998). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-006. (1992). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-049. (2007). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-1072. (2000). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-123. (1995). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Ernesto Cifuentes.

Sentencia T-123. (1995). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-260. (1995). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T-292. (2006). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-330. (2005). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-406. (1992). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

- Sentencia T-486. (2003). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-698. (2004). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Rodrigo Uprimny Yepes.
- Sentencia T-702. (2005). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencias T-422. (1993). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Setencia T-406. (1992). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ciro Angarita Barón.
- Tamayo, J., & Jaramillo, C. (2012). *EL precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la Jurisprudencia*. Bogotá: Pontificia Universidad javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez.
- Taruffo, M. (2012). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Ius Et Veritas*, 22(45), 88-95.
- Vargas, A. (2012). *Instituciones de Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Banco de la República y el Consejo de Estado.
- Vélez, J. (1996). *Los dos sistemas del derecho administrativo ensayo de derecho público comparado*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.

- Villamizar, L., & Restrepo, J. (2015). La extensión de la jurisprudencia unificada del consejo de estado: nueva competencia de los consultorios jurídicos en materia contencioso administrativa. *Ratio Juris*, 10-20, 267-282.
- Younes, D. (2014). *Curso de Derecho administrativo, 9ª Edición* (Novena Edición ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Zuluaga, R. (2004). *Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Zúñiga, F. (2016). Sentencias del Tribunal Constitucional y el poder judicial. El valor del precedente. *Estudios constitucionales*, 4(1).