

El deber de coherencia administrativa.

**Análisis de la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia entre 1992 -
2022 y la figura del precedente de la administración pública.**

Darly Alexander Andrade Cañón

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo

Director

Cesar Fernando Hutchison Salazar

Universidad Santo Tomás, Tunja

División

Maestría en Derecho Administrativo

2023

Agradecimientos

Mi agradecimiento dirigido a Laura por la paciencia y el apoyo que me ha brindado durante toda la ausencia que ha implicado la escritura de este trabajo.

A mi profesor Franklin Marín, de quien soy deudor de la pasión que me genera el derecho público.

A mi tutor el profesor Cesar Fernando Hutchison Salazar por sus siempre acertados comentarios y gran conocimiento de la filosofía del derecho que brindaron unos cauces esenciales para finalizar este trabajo.

A mis amigos Lea Johannes y Kilian Umbach de la Universität de Konstanz, por dedicar tiempo para leer este trabajo y apoyar con sus sugerencias desde el derecho alemán.

A la Universidad Santo Tomás en donde he encontrado profesores de gran calidad que con sus ideas en clase me aportaron visiones que fueron incorporadas a este trabajo, entre ellos el profesor Ciro Nolberto Güecha Medina, Edgar Andrés Quiroga Natale y el profesor Fernando Alexei Pardo Flórez.

Contenido

Introducción	6
Capítulo I La Constitucionalización del Derecho Administrativo: El Precedente de la Administración Pública en Colombia	14
1.1 Preliminares.....	14
1.2 El Fenómeno De Constitucionalización Del Derecho (Administrativo) ¿De Qué Se Está Hablando?.....	15
1.3 El Neoconstitucionalismo.	18
1.4 Los Derechos Fundamentales Y El Derecho Administrativo	23
1.5 El Derecho Administrativo Como Derecho Constitucional Concretizado.....	29
1.6 Orígenes Y Rasgos De Un Ordenamiento Jurídico Constitucionalizado.....	33
1.7 La Constitucionalización Del Derecho Administrativo Colombiano	39
1.7 Propuesta. Las cuatro vías de constitucionalización del derecho administrativo colombiano.	39
1.7.1. La primera vía autónoma.....	41
1.7.2 La segunda vía autónoma.	43
1.7.3 La primera vía mixta.....	46
1.7.4 La segunda vía mixta.....	48
1.8 La constitucionalización del derecho administrativo y el origen del precedente de la administración pública	49
1.9 Síntesis del capítulo.....	53
Capítulo II Fundamentos dogmáticos y prácticos de un sistema jurídico de precedentes.....	55
2.1 Preliminares.....	55

2.2 Breve referencia a la dogmática.....	56
2.3 Distinción inicial. Entre el civil law y el common law: orígenes de la teoría dogmática clásica en torno a la institución jurídica del precedente.....	59
2.3.1. El papel del juez en la interpretación y aplicación del derecho	63
2.3.2 El encuentro entre el civil law y el common law	71
2.3.3 La vinculatoriedad de la jurisprudencia en Colombia	73
2.4 El sistema jurídico de precedentes y sus fundamentos	78
2.4.1 Noción de precedente	78
2.4.2 Las bases filosóficas del precedente.....	81
2.4.3 Elementos, características y tipos de precedente.....	84
2.4.3.1 Elementos del precedente.....	84
2.4.3.2 Características del precedente.....	86
2.4.3.3 Tipos de precedente.....	89
2.5 La interpretación y argumentación jurídica en la construcción del precedente	90
2.5.1 Aspectos elementales de la interpretación jurídica.....	93
2.5.2. Breve recorrido por las principales teorías de la argumentación jurídica	98
2.6 Síntesis del capítulo.....	105
Capítulo III Breve Propuesta de Teoría Local del Precedente de la Administración Pública en Colombia.....	107
3.1 Preliminares.....	107
3.2 Concepto de administración pública	107
3.3 Definición de Precedente de la Administración Pública.....	108

3.4 El fundamento del precedente de la administración pública (en Colombia).....	108
3.5 El precedente judicial y el precedente de la administración pública.....	110
3.6 El “camino de vida” de los precedentes. Aspectos esenciales a nivel dogmático y práctico, o interpretación y argumentación en la aplicación del precedente de la administración pública.	118
3.7 La discrecionalidad administrativa como escenario para operar por precedentes.	123
3.8 La ponderación como metodología para adoptar decisiones administrativas.	126
3.9 Síntesis del capítulo.....	133
Conclusiones.....	134
Referencias Bibliográficas	137
Referencias Normativas y Jurisprudenciales	152

Introducción

El tema central de esta investigación es la figura del precedente de la administración pública en Colombia.

El trabajo defiende dos tesis centrales.

La primera indica que el precedente de la administración pública en Colombia es producto del fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo principalmente impulsado por la Corte Constitucional. Para ello propone una clasificación a la que denomina “las cuatro vías de constitucionalización del derecho administrativo” y demuestra el origen en Colombia de aquella figura.

La segunda propone, desde una perspectiva práctica, un esbozo de teoría local del precedente de la administración pública en Colombia, y asegura que esta teoría local debe superar los problemas hermenéuticos y argumentativos propios de un sistema de precedentes.

La inquietud investigativa en torno a este tema nació al leer las palabras del profesor Alexei Julio Estrada, consignadas en el libro “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo.”¹ En aquella presentación, Alexei Julio Estrada sostenía que “la profesora Silvia Diez, examina [en su artículo] una figura que hasta ahora ha sido poco estudiada, al menos por la doctrina colombiana: el precedente administrativo.”, y añadía que “[e]n efecto, hasta hoy ha pasado casi inadvertido que el artículo 10 del CPACA hace referencia al carácter vinculante, no sólo del precedente judicial, sino también administrativo”.²

Efectivamente, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “[a]l 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.”³

Fue en la comprensión de esta lectura que surgió de manera inmediata la intención de indagar por tal figura, y no por las clásicas discusiones judiciales y doctrinales ya existentes sobre el precedente judicial. Sin embargo, aquí se defiende una postura integracionista, que considera

¹ BENAVIDES, Jose Luis (ed.), Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo, s.l., Universidad Externado, 2014, vol.1, 283 p.

² *Ibid.*, p. 19

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

que, tanto el precedente judicial, como el de la administración pública, guardan una estrecha relación.

Al hablar del precedente de la administración pública se hace referencia en este trabajo a la aplicación uniforme de las decisiones de la administración pública cuando se enfrenta hoy a situaciones que comparten identidad fáctica y jurídica con asuntos del pasado, en la expedición de actos administrativos particulares y concretos.

Siguiendo la metodología investigativa propuesta por Denscombe⁴ en relación con los resultados alcanzables mediante las preguntas de investigación, este trabajo se orienta por dos interrogantes.

Por un lado, desde la perspectiva explicativa se cuestiona sobre ¿cuál es el origen y tratamiento de la figura del precedente de la administración pública en Colombia en el marco del fenómeno de Constitucionalización del derecho administrativo entre 1992 y 2022? Y, por otro lado, con una visión propositiva plantea la incógnita de ¿cuáles son los desafíos que dentro de un ordenamiento jurídico constitucionalizado debe enfrentar una teoría local del precedente de la administración pública en Colombia?

Como hipótesis de trabajo se plantearon, en relación con las preguntas las siguientes. En primer lugar, que, en un ordenamiento jurídico como el colombiano, de raigambre legislativa, la figura del precedente de la administración pública encuentra sus orígenes en el fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo. Lo anterior dado que aquella figura se construye como resultado de la irradiación de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima sobre el derecho administrativo.

En segundo lugar, que una teoría local del precedente para la administración pública debe incorporar los desarrollos de las técnicas hermenéuticas y tópicos argumentativos del derecho, como pilares de su desarrollo y de su efectiva implementación en el marco de la función administrativa.

⁴ MARTYN, Denscombe, *Ground Rules For Social Research: Guidelines for Good Practice*, McGraw-Hill Education (UK), 2009, 252 p. El autor sostiene que mediante las preguntas de investigación se puede predecir un resultado, explicar las causas y las consecuencias de un fenómeno, evaluar un fenómeno, describir un fenómeno o desarrollar recomendaciones para resolver un problema práctico o mejorar procedimientos

A su turno⁵, el objetivo macro⁶ del trabajo consiste en formular, dentro de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, un esbozo de teoría local del precedente de la administración pública en Colombia que atienda los principales desafíos dogmáticos y prácticos que debe superar tal teoría.

En ese sentido, el trabajo se trazó los siguientes objetivos específicos, entendiendo que, en su orden, conducen a responder las preguntas planteadas, así como el objetivo general. En primer lugar, se planteó identificar los rasgos característicos del proceso de constitucionalización del derecho administrativo y sus irradiaciones dogmáticas y prácticas en la figura del precedente administrativo en Colombia en el periodo 1992 a 2022. En segundo lugar, analizar los fundamentos dogmáticos y prácticos de un sistema jurídico de precedentes judiciales y administrativos con énfasis en los procesos de interpretación y argumentación jurídica. Y, finalmente, exponer un esbozo de teoría local que desarrolle los aspectos esenciales a nivel dogmático y práctico, esto es interpretación y argumentación, en la aplicación del precedente de la administración pública en Colombia.

Desde la perspectiva metodológica este trabajo es de carácter cualitativo. Tipológicamente, es una investigación dogmático-teórica. Se acude a la técnica de investigación documental utilizando el análisis doctrinal y normativo y el método censitario desarrollado por el profesor Edgar Hernán Fuentes Contreras⁷ para el análisis y recolección de jurisprudencia.

⁵ En relación con los objetivos del trabajo seguimos la propuesta de taxonomía de Bloom contenida en BLOOM, Benjamin, *Taxonomía de los Objetivos de la Educación. La Clasificación de las Metas Educativas*. Trad. Marcelo Pérez Rivas, 10 ed., Buenos Aires, Librería “El Ateneo” Editorial, 1990, 289 p. y su posterior revisión adelantada por MAYER, Richard E., et al. *Taxonomy for Learning, Teaching, and Assessing, A Revision of Bloom's Taxonomy of Educational Objectives*. 2a ed. Allyn & Bacon, 2000. 336 p.

⁶ Según las propuestas citadas ibidem, existen seis niveles de habilidades de pensamiento que conducen a lograr objetivos educacionales. A partir de esos niveles (conocimiento, comprensión, aplicación, análisis, síntesis y evaluación) este trabajo ubica su objetivo general en el nivel de síntesis, dado que trabaja “con elementos, partes, etcétera, y los combina de manera que constituyen un esquema que antes no estaba presente con claridad” BLOOM Op. Cit. p. 104. De este modo, los objetivos específicos se ubican en los niveles de comprensión y análisis para obtener como resultado un escenario de síntesis contenido en el tercer capítulo.

⁷ FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución. La doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.*, Bogotá, D.C., Ibañez, 2010, 354 p.; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, (Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, *En*, *Dikaion*, diciembre, 2021, vol. 30, no. 2, p. 335-372; FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán, LÓPEZ SUÁREZ, Beatriz Eugenia y VILLEGAS RINCÓN, Adriana, *Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011*, *En*, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 2014, vol. 14, no. 27, p. 41-63; SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz Eugenia y FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán, *Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humano*, *En*, *Prolegómenos*, julio, 2015, vol. 18, no. 36, p. 65-80

Este trabajo encuentra su justificación, conveniencia y oportunidad en el impacto que la Constitución Política de 1991 ha tenido sobre el conjunto de la sociedad colombiana y la manera en que su contenido irradia el ordenamiento jurídico nacional. La constitucionalización del derecho administrativo debe ser estudiada por la relación que entre estas dos disciplinas existen y la cercanía que con ellas tiene la población a diario. No es un asunto meramente teórico (dogmático), sino que suscita una relevancia práctica por cuanto se traduce en la eficaz y eficiente garantía de los derechos fundamentales, de los ciudadanos, frente a la administración.

Esta investigación participa de la discusión dogmática y práctica sobre el fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia, y, respecto de estudios existentes⁸ proponer un enfoque novedoso, al abordar un tema respecto del que no hay muchas reflexiones, esto es, el impacto del fenómeno de la constitucionalización del derecho, sobre la figura del precedente de la administración pública.

En este aspecto, el tema suscita relevancia para el conjunto de la sociedad, por la importancia que poseen las decisiones diarias que adopta la administración pública en actos administrativos particulares y concretos y la manera en que estas afectan positiva o negativamente a la población. Discutir sobre este punto, consideramos, es de suma trascendencia a propósito de la eficacia y eficiencia con que está llamado a operar el Estado a plenitud.

Por lo indicado anteriormente, la intención en el abordaje de este asunto es situar la discusión en el terreno de la dogmática, entendida en este trabajo, como aquel campo del conocimiento jurídico, que es capaz de “[m]ostrar que la solución propuesta para resolver un caso problemático, resulta de la mejor reconstrucción del sistema jurídico, fundada la decisión en la

⁸ APONTE, Maria Stephania , LLANO FRANCO, Jairo Vladimir y SÁNCHEZ ESPINOSA, Giovanni, Constitucionalización del Código General Disciplinario en Colombia, En, Jurídicas CUC, 2021, vol. 17, no. 1, p. 557-588; ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, La constitucionalización de la responsabilidad y su proyección en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, En, Jurídicas, 2021, vol. 18, no. 1, p. 139-161; AYALA, Corina Duque et al., Avances en la constitucionalización del procedimiento contencioso administrativo colombiano en tiempos del covid-19, En, Via Inveniendi Et Iudicandi, enero, 2022, vol. 17, no. 1, p. 58-81; BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F., La resistencia a la constitucionalización del Derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro, En, Dikaion, 2010, vol. 19, no. 1, p. 99-120; BREWER CARIAS, Allan, El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia, En, Revista de Derecho Público, 1993, no. 55-56, p. 47-59; DUQUE AYALA, Corina y MARTÍNEZ CRUZ, Aura Catalina, El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo y la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia, En, IUSTA, 2011, no. 34, p. 69-86; MONTAÑA PLATA, Alberto y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (eds.), La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, D.C, 2014, 709 p.; RESTREPO-MEDINA, Manuel Alberto, Tutela Contra Actos Administrativos: Expresión Concreta de La Constitucionalización del Derecho Administrativo Colombiano, En, Revista Jurídicas, febrero, 2017, vol. 14, no. 1, p. 24-39; RODRÍGUEZ CRUZ, Juan Pablo, La constitucionalización del derecho administrativo: referencia a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, Bogotá, D.C, Leyer, 2018, 285 p.; VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul, La constitucionalización del juez administrativo en Colombia, Bogotá, D.C, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, 196 p.

interpretación de los valores consagrados por el sistema” y asegurar que de esa manera “[e]l jurista dogmático sugiera soluciones a partir de la generación de modelos teóricos compatibles con una interpretación posible de los valores del ordenamiento.”⁹

Por ello el trabajo considera que la dogmática ha de ser consciente que “detrás de una discusión sobre soluciones alternativas para un caso problemático, existe una discusión axiológico-política entre modos distintos de entender cuáles son esos valores -y las que, por ende, se argumenta en ese plano”.¹⁰

Sin embargo, y pesar de que el enfoque sea teórico, se propone que este trabajo sea interpretado y comprendido, desde los horizontes de la razón práctica; pues busca identificar los desafíos que una teoría local del precedente, reflexionar sobre las bases interpretativas y argumentativas que de manera práctica debe usar el servidor de la administración si pretende consolidar una doctrina local del precedente, en la cultura jurídica colombiana.

Como consecuencia de lo anterior, la investigación identifica aquellos rasgos que caracterizan el proceso de constitucionalización del derecho administrativo y sus reflejo dogmático y práctico sobre el precedente de la administración pública. En esa misma línea explica la fundamentación dogmática y práctica de un sistema jurídico de precedentes tanto judiciales como administrativos; y finalmente, se concentra en un esbozo de una teoría local que desarrolla los elementos esenciales que en la dogmática y en la práctica surgen para la aplicación del precedente de la administración pública en Colombia.

Así mismo, esta investigación pretende ser de utilidad práctica para la comunidad académica nacional, la administración pública y la ciudadanía, al pretender brindar herramientas preliminares, para que la población actúe frente a la administración y ésta decida de manera oportuna, eficiente y segura, sobre los asuntos que se ponen en su conocimiento, incorporando la necesidad de que la administración consolide y aplique su propio precedente desde la interpretación y aplicación de las normas que gobiernan el caso garantizando la coherencia y la seguridad jurídica.

⁹ COURTIS, Christian, «El Juego de los Juristas» en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 112

¹⁰ COURTIS, Christian, «El Juego de los Juristas» En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 112

Así las cosas, y ante la ausencia de un desarrollo bibliográfico amplio, la falta de claridad sobre asuntos metodológicos de la aplicación del precedente y más aún, sobre la poca importancia que en la academia nacional se ha dado al precedente de la administración pública como figura positivizada, se hace necesario contribuir con ejercicios de reflexión académica, a efectos de bordear el vacío teórico que respecto de la no tan reciente, pero sí poco estudiada figura del precedente de la administración pública se instituyó en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

Consolidar, por tanto, una teoría local del precedente de la administración pública implica entonces, un desafío para la cultura jurídica colombiana, para los órganos de la administración y para los agentes y actores que orbitan en torno a la institución del derecho. No sólo por los problemas de coherencia y completitud que todo sistema jurídico presenta, sino por los problemas interpretativos y argumentativos que, en este caso, están obligados a resolver los servidores, y que creemos, son los pilares desde los cuales debe pensarse dogmáticamente una teoría local del precedente en la administración. Sobre todo, si se parte de la presunción, según la cual, los funcionarios judiciales, por la propia lógica de su ejercicio y razonamiento, están formados en las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica, pero, quizá, si se pone el foco en el servidor público de las otras áreas de la administración pública, este saber no existe o en el mejor de los casos es incipiente.

Por ello, quizá lo más novedoso de esta investigación es plantear una reflexión desde aspectos centrales de las teorías de la interpretación jurídica (hermenéutica jurídica), con uso de las teorías de la argumentación jurídica (tópica jurídica), como pilares de una teoría local del precedente en la administración pública.

Tal intención se anima en las reflexiones del profesor Diego López Medina y la invitación que hace a la comunidad jurídica nacional de pensar en: “teorías locales del derecho”.

A pesar de esta ausencia de voz propia, verificable en el terreno del saber jurídico, se considera que la labor de producción científica de conocimiento local y la tarea que sobre los hombros de la academia pesa es de plantear soluciones a las situaciones problemáticas del país e invita a pensar y proponer soluciones locales, que si bien pueden estar (o están) implícitamente relacionadas con el conocimiento extranjero (pues en un mundo globalizado pensar en un purismo teórico nacional sería inaceptable), requieren que estas se adapten a las necesidades y particularidades culturales, sociales y políticas del contexto.

En consecuencia, este trabajo adscribe a la propuesta del profesor Medina, según la cual: “[e]sos viajes teóricos abren la posibilidad de pensar en teorías del derecho locales, como productos de difusión y desviación frente a un canon transnacional prestigioso”¹¹. Esto permite considerar sin ninguna vacilación, que esa voz de la academia y de los jóvenes investigadores puede ser incorporada y expresada. Pretensión que, de ser satisfecha, debe contribuir a demostrar que la academia y las tesis de derecho pueden movilizar discusiones teóricas con profundos efectos prácticos.

El trabajo se divide en tres capítulos. El primer capítulo se dedica a abordar el fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo. Es esencial, por cuanto instala las bases que permiten clarificar el impacto que tal fenómeno genera sobre el precedente de la administración pública. Se hace una especial mención al neoconstitucionalismo y la garantía de los derechos fundamentales como pilares jurídicos que sustentan la ocurrencia del fenómeno objeto de análisis.

En este capítulo, se prueba que la labor de los tribunales constitucionales es una acción estratégica clave, en torno al fenómeno de constitucionalización. La propuesta que aquí se sostiene es que no basta con una constitución con fuerza normativa directa, sino que dicho fenómeno, requiere de un órgano especializado y encargado de garantizar su supremacía, con la función directa en unos casos, en otros más sutil, de constitucionalizar el ordenamiento jurídico y particularmente el derecho administrativo. Trazado este camino, se sostiene que la relación de la constitucionalización del derecho administrativo es un asunto central en la construcción de una teoría local del precedente de la administración pública.

El segundo capítulo, se ocupa de estudiar el precedente como institución jurídica general. Las fuentes históricas de su existencia y los elementos que se han construido en torno a esta figura, particularmente en los países que tradicionalmente pertenecen a la familia del derecho legislado y no del derecho jurisprudencial. En este apartado se prueba la importancia de la dogmática del precedente jurisprudencial y la similitud de sus elementos con la construcción del precedente de la administración pública. Esta reflexión es importante para el trabajo, por cuanto el precedente judicial es la más próxima y quizás consolidada idea de precedentes normativos en Colombia y su cultura jurídica, por lo que se propone que, sobre su base, se puede pensar en construir una figura

¹¹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2004, p. 71

homóloga, pero claramente diferente y aparentemente extraña para Colombia como la del precedente de la administración pública.

El tercer capítulo, se ocupa de la figura del precedente de la administración pública. Allí se propone un concepto de qué se entiende por administración pública y qué es un precedente de la administración pública. Se estudia su fundamento y similitud con la decisión judicial. Sostiene que los márgenes de discrecionalidad administrativa conferidos por el legislador son lugares para operar por precedentes, en la toma de decisiones administrativas particulares, para lo cual es viable aplicar la técnica de la ponderación en la situación de conflicto de derechos. Este asunto se justifica, en la recapitulación de algunas técnicas de interpretación y la argumentación jurídica útiles para identificar los supuestos fácticos y jurídicos (según lo indica la Ley 1437 de 2011) que fundamentan la aplicación del precedente de la administración pública.

Capítulo I

La Constitucionalización del Derecho Administrativo: El Precedente de la Administración Pública en Colombia

1.1 Preliminares

Esta primera sección aborda el estudio del fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo e indaga por las raíces de su existencia y su relación con el precedente de la administración pública. En ese sentido, resulta oportuno abordar los cambios *iusteóricos* que se han desarrollado en la segunda mitad del siglo XX y que explican la relevancia del fenómeno de constitucionalización frente al paradigma de legalidad propio del ordenamiento jurídico administrativo decimonónico. Particularmente se hace referencia al denominado neoconstitucionalismo¹².

Con lo anterior, podrá advertir el lector que este trabajo no tiene una aspiración meramente descriptiva. Por el contrario, entiende el autor que el papel que juega la teoría del derecho en la práctica legal es relevante en tanto que, la interpretación de las instituciones jurídicas se realiza sobre la base de la cultura jurídico-teórica imperante en el momento, es decir, sobre el reconocimiento de lo que podría llamarse paradigmas jurídicos.

Se advierte que, la referencia y uso de literatura y concretas decisiones judiciales extranjeras, a lo largo del trabajo, se justifica en la medida en que, no es académicamente admisible abordar fenómenos jurídicos de esta naturaleza, ignorando el impacto que en los últimos cuarenta años sobre Latinoamérica ha generado el fenómeno de globalización en la teoría jurídica¹³, el llamado trasplante del derecho¹⁴, o lo que en la doctrina nacional se ha conocido como “teoría transnacional del derecho”¹⁵.

¹² Cfr. CARBONELL, Miguel, «El Neoconstitucionalismo: Significado y Niveles de Análisis» en *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 659; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, «El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?» en *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 659; RAMOS DUARTE, Ecio Oto y POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoría do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, 2 ed., Sao Paulo, Landy, 2010, 244 p.

¹³ Cfr. TWINING, William, *Globalisation and Legal Theory*, London, Butterworths, 2000, 279 p.

¹⁴ Cfr. LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana, *Constitutional Adjudication in Colombia: Avant-garde or Case Law Transplant? A Literature Review*, *En*, Estudios Socio-Jurídicos, marzo, 2011, vol. 13, no. 1, p. 145-182

¹⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, *op. cit.*

De este fenómeno es bastante relevante el hecho según el cual “los países centrales generan los productos más difundidos de [Teoría Transnacional del Derecho], productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente, venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo”¹⁶. Al respecto, en el contexto de la teoría del derecho, los países receptores de teorías transnacionales, como Colombia, “trasplantan o usan ideas originadas en jurisdicciones prestigiosas.”¹⁷. Por ello es acertado sostener que: “en Colombia y demás países de la región [...] a partir de la expedición de un nuevo texto constitucional, se empezó a notar un vertiginosamente alto grado de influencia de escuelas y autores transnacionales” el cual, es el caso de este trabajo¹⁸.

1.2 El Fenómeno De Constitucionalización Del Derecho (Administrativo) ¿De Qué Se Está Hablando?

La constitucionalización del derecho es una cuestión de grado¹⁹, vale decir, no es un producto acabado sino un fenómeno que se consolida con el decurso de transformaciones políticas, jurídicas y teóricas en torno a la constitución política y la interpretación que de ella se hace.

Este fenómeno encierra un conjunto de cambios paradigmáticos en la manera en que se teoriza y entiende el derecho como sistema. Cuando se habla de constitucionalización se ha de hacer referencia de manera previa al constitucionalismo como una idea política²⁰ de control del poder público basado en textos normativos rígidos, elaborados por el pueblo o sus representantes, que pactan las reglas básicas de existencia del Estado y de las relaciones de este con la población y entre aquella misma. En palabras de Jellinek: “[l]a constitución del Estado comprende los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado y establecen la forma de su creación, sus relaciones mutuas, su esfera de acción y también la posición fundamental del individuo ante el poder estatal”²¹.

Esto último no es nada nuevo. Son las definiciones que comprenden el estudio de la teoría general del derecho constitucional con las nociones clásicas como de la conocida Carta Magna de

¹⁶ *Ibid.*, p. 16

¹⁷ *Ibid.*, p. 17

¹⁸ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, «El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?» en *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 322

¹⁹ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001, 278 p.

²⁰ COMANDUCCI, Paolo, «Constitucionalismo: Problemas de Definición y Tipología» en *Un Debate Sobre el Constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 91

²¹ JELLINEK, George, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, A. Giuffrè, 1949, p. 93; Traducción del autor.

Juan sin Tierra²², la Constitución Americana y Francesa de finales del siglo XVIII, y en general, la continuada expedición de constituciones como documentos tendientes a fijar la organización del Estado y a limitar el poder, como conquista de los movimientos revolucionarios e independentistas de la época, que buscaban, esencialmente, liberarse del absolutismo monárquico²³.

Este escenario histórico, podría sintetizarse en contundentes afirmaciones, según las cuales: “una Constitución no es producto de un gobierno sino del pueblo que constituye un gobierno, y el gobierno sin Constitución es poder sin derecho”²⁴.

No obstante, estos textos constitucionales eran apreciados respecto de los derechos fundamentales en ellos consagrados, como “meras prescripciones programáticas”²⁵, es decir, como aspiraciones políticas que requerían la necesaria intervención del legislador para su desarrollo y cumplimiento. Finalizada la segunda guerra mundial, y con la expedición de las constituciones europeas de la Posguerra, particularmente la Ley Fundamental de Bonn, estas comprensiones han venido sufriendo cambios drásticos.

Un elemento estructural de las transformaciones del “constitucionalismo democrático”²⁶ de mediados del siglo XX es la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en las constituciones políticas y estas como textos dotados de plena fuerza normativa.

Esta corriente fue fortaleciéndose a causa de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en el terreno europeo), con decisiones que hablaban de los derechos fundamentales, como un orden objetivo de valores y del efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento jurídico. Varias decisiones tomadas en este sentido sentaron las bases de esta teoría, entre ellas el caso del *Sozialistischen Reichspartei* (SRP), el *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD), *Wilhelm Elfes*²⁷ y el caso *Lüth*²⁸.

²² SOBERANES, Jose Luis, Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 165 y ss.

²³ FIORAVANTI, Maurizio, Constitución. De la Antigüedad a nuestros días, Madrid, Trotta, 2001, 170 p.

²⁴ PAINE, Thomas, I diritti dell'uomo e altri scritti politici, Roma, Rinuniti, 1978, p. 256. El texto original indica “una Costituzione non è il prodotto di un governo, ma del popolo che costituisce un governo, e un governo senza Costituzione è un potere senza diritto”. Traducción del autor.

²⁵ IBLER, Martin, Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania, En, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 2005, no. 50, p. 12

²⁶ LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 2018, p. 89

²⁷ Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1, 51, Sentencia del Primer Senado, 23 de octubre de 1952; Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2, 51, Sentencia del Primer Senado, 17 de agosto de 1956; Tribunal Constitucional Federal Alemán, 253, 56, Sentencia del Primer Senado, 16 de enero de 1957.

²⁸ Tribunal Constitucional Federal Alemán, 7, 198, Sentencia del Primer Senado, 15 de enero de 1958.

Así lo ponen de presente Schmidt-Aßmann y Dragon²⁹ quienes resaltan el papel de la Constitución Alemana de 1949 y la interpretación que de ella realiza el Tribunal Constitucional Federal Alemán, así como la labor emprendida por la doctrina y la jurisdicción alemana en procura de la salvaguarda de los derechos fundamentales frente a la administración pública. Al punto que, afirmaron concluyentemente que el derecho constitucional es omnipresente en la práctica jurisdiccional de los tribunales administrativos.

En ese escenario de cambio constitucional, el 15 de mayo de 1959 el doctor Fritz Werner quien fuera el presidente del *Bundesverwaltungsgericht* en Alemania³⁰, pronunció en la Universidad de Stuttgart la ponencia que luego se publicó como artículo, titulada: “el derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”³¹. Esta ponencia enfatizó en la fuerte vinculación que existe entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, convirtiéndose en la hoja de ruta en este campo del derecho administrativo alemán.

Si se sigue en este punto a Andrea Sandri³², respecto de las épocas claves y las novedades del derecho administrativo se resalta, a propósito de la constitucionalización, el papel del Tribunal Federal Constitucional, en la tarea interpretativa de la constitución y la manera en que el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo ha adecuado la interpretación del derecho administrativo al de la Carta Constitucional, particularmente en lo relacionado con la garantía de los derechos fundamentales. Sandri recuerda a Otto Bachof, quien en 1963 sostuvo que toda cuestión de derecho administrativo, es hoy, al menos potencialmente, una cuestión de derecho constitucional, y los tribunales administrativos participan en la interpretación de la Constitución no menos que los tribunales constitucionales.

²⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard y DAGRON, Stéphanie, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, *En*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Heidelberg Journal of International Law, 2007, vol. 67, p. 395-468

³⁰ Es el homónimo del Consejo de Estado en Colombia.

³¹ WERNER, Fritz, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, *En*, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 1959, p. 527-533

³² SANDRI, Andrea, Ricognizioni sulle epoche e i nuovi sviluppi del diritto amministrativo in Germania, *En*, Istituto Di Studi Sui Sistemi Regionali Federali E Sulle Autonomie, 2012. El texto original indica: “Ogni questione di diritto amministrativo oggi almeno potenzialmente una questione di diritto costituzionale, e i tribunali amministrativi prendono parte all’interpretazione della costituzione non meno dei tribunali costituzionali”. Traducción del autor.

En la misma línea Von Bogdandy y Huber³³, sostienen que la constitucionalización del derecho administrativo no ha sido un fenómeno repentino, sino que, por el contrario, se ha ido desarrollando de forma paulatina y que, aunado a ello, no obedece tampoco a un plan estructurado para los miembros de la jurisdicción o de la administración pública. Es, en cambio, una seguidilla de situaciones que han tomado forma en la práctica administrativa y judicial, últimamente influenciada por las discusiones académicas que sobre el asunto se han realizado.

Así, para estos autores, el proceso de constitucionalización ha evolucionado por las etapas del desenvolvimiento del principio de proporcionalidad, el derrumbamiento de cualquier aspecto del derecho que pretende apartarse del respeto a los derechos fundamentales, la comprensión del Estado de Bienestar como Estado Social de Derecho y el acatamiento de la constitución por parte de la administración.³⁴

Con base en las ideas anteriormente expuestas, es posible sostener que la constitucionalización del derecho administrativo es un fenómeno no sólo jurídico sino también, y por qué no, esencialmente político, que proviene de las transformaciones producidas luego de lo ocurrido en la segunda guerra mundial en Europa y que se diseminaron por Latinoamérica de manera posterior.

1.3 El Neoconstitucionalismo.

Referirse al neoconstitucionalismo es, en principio, enfrentarse a la reformulación de un concepto existente al cual se le añaden unas características particulares, es decir, un aparente “nuevo constitucionalismo”. No obstante, es un concepto que no para de generar debates, pues su estructura, objetivos o esencia no es aún del todo clara. Esto es así por cuanto, como se ha puesto de presente, el término puede significar “una forma de Estado”, “una cultura jurídica”, “una teoría del derecho”, “una filosofía del derecho”, o “un planteamiento ideológico o axiológico”³⁵.

Fuentes Contreras sistematiza las siguientes variables de lo que denomina “neoconstitucionalismos”. Sostiene que existe la versión de “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo societario”, “transconstitucionalismo”, “nuevo constitucionalismo”,

³³ VON BOGDANDY, Armin , CASSESE, Sabino y HUBER, Peter, Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band III. Verwaltungsrecht in Europa, s.l., C.F. Müller, 2010, 636 p.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ PINO, Giorgio, Principi, ponderazione e separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici, *En, Gíurisprudenza costituzionale*, 2011, vol. 56, no. 1, p. 966 y ss.

“constitucionalismo multinivel”, “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, “pluralismo constitucional” e “Ius commune constitucional latinoamericano actual”³⁶.

De acuerdo con su propuesta, la más acertada para los fines de este trabajo es la que denomina “neoconstitucionalismo”, que, por su exactitud y pertinencia para los fines de este trabajo se cita en extenso. El autor la conceptualiza como una visión en la que

existe una noción de Constitución “justiciable”, es decir, que en la Constitución yace una pretensión de optimización mediante las labores de interpretación y aplicación normativa; por ello, se resaltan los principios fundantes y que estructuran del orden constitucional, el cual es abierto. En consecuencia, se logra constitucionalizar el ordenamiento jurídico. En esta visión, hay una idea de universalizar, a través de los derechos humanos, a los órdenes democráticos. De tal modo, se derrumban modelos de interpretación clásicos de la ley (como los propuestos por la exégesis) y se robustecen teorías políticas de la justicia, del republicanismo, las posturas críticas y las de integración normativa, desde lo armónico.³⁷

Esta categoría conceptual acuñada en 1997³⁸, fue designada para referirse a un conjunto de posiciones *iusteóricas* que para el momento estaban “delineándose y definiéndose”³⁹, y que buscaban alejarse del rigor positivista que había imperado en la primera mitad del siglo XX y de las antiguas corrientes del derecho natural.

Recuérdese para entender la profundidad del cambio de paradigma, que es lugar común, en la teoría del derecho, sostener que el Estado de Derecho o Estado Legal del siglo XVIII y XIX se movía sobre la base del positivismo jurídico, teniendo al juez como boca de la ley y a la administración pública como ejecutora de la voluntad legislativa concentrada en el órgano que por excelencia representaba el poder del pueblo (el Congreso o Parlamento), como contraposición y avance frente al escenario de la recién derrotada época del absolutismo monárquico.

El fenómeno o idea neoconstitucional, viene a modificar sustancialmente la concepción descrita anteriormente, y tiene sus raíces en las transformaciones ocurridas en Europa con la

³⁶ FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán, Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano, *En*, Revista Jurídica Digital UANDES, enero, 2020, vol. 3, no. 2, p. 23-25

³⁷ *Ibid.*, p. 23

³⁸ POZZOLO, Susanna, «Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”» en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol. 1/1, p. 363

³⁹ *Ibid.*

expedición de las nuevas constituciones, posteriores a 1945⁴⁰. Estas incluyeron “normas constitucionales, con principios de justicia material, destinados a expandirse como un paraguas sobre todo el ordenamiento jurídico”⁴¹, en lo que se ha venido a denominar, “el efecto de irradiación”⁴². Tal dinámica constituye “un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y, tales principios, fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente «políticas», sin incidencia jurídica práctica.”⁴³.

Desde entonces el neoconstitucionalismo mantiene un carácter polisémico, no bien definido por causa de los distintos usos y graduaciones de aplicación práctica, que al término se le ha dado desde su aparición⁴⁴. En todo caso, es indiscutible que representa una novedosa forma de concebir la organización política y de entender el derecho en occidente, al convertirse en una verdadera cultura jurídica en los términos de Giovanni Tarello⁴⁵.

Pese a estas discusiones dogmáticas por el lugar del fenómeno neoconstitucional, este ha logrado consolidarse como estructura de pensamiento y como práctica del derecho. Hoy es verificable que, en el ejercicio del jurista, e incluso de la ciudadanía, se apele a referencias tales como el respeto a los derechos fundamentales, los mecanismos que para su protección existen y las interpretaciones de los tribunales constitucionales como criterios vinculantes para la administración y los particulares. En ese sentido hay unos rasgos que son claves en las manifestaciones de este fenómeno y que será abordado a continuación⁴⁶.

Por un lado, el reconocimiento indiscutible de la constitución política como norma suprema a la cual se encuentran vinculados los poderes del Estado y los particulares y que requiere unos tratamientos especiales que impiden su fácil modificación, es decir, no es una “ley” más (en sentido formal), sino un texto de mayor valía⁴⁷, que expresa las normas vinculantes en las relaciones

⁴⁰ RAMOS DUARTE, Ecio Oto y POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, op. cit., p. 78-80

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustav, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 93

⁴² “Ausstrahlungswirkung” de la Sentencia Lüth de 1958 (BVerfGE 7, 198), op. cit.

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustav, *El Derecho Dúctil*, op. cit., p. 93

⁴⁴ RAMOS DUARTE, Ecio Oto y POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, op. cit., p. 77

⁴⁵ Cfr. TARELLO, Giovanni, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, Granada, Comares, 2002

⁴⁶ En lo subsiguiente, respecto de los elementos centrales del neoconstitucionalismo se sigue algunos de la propuesta de POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, *En*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, noviembre, 1998, no. 21-v2, p. 339-353. En los aspectos enunciados, que no son propuestos por Pozzolo, surgen del análisis del autor.

⁴⁷ MORA DONATTO, Cecilia Judith, *El valor de la Constitución normativa*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 8 y ss.

políticas y sociales de un Estado. Aunque esta afirmación pareciera ser evidente desde la cláusula de supremacía constitucional consolidada en el Caso *Marbury vs. Madison*⁴⁸, en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la idea central de lo aquí anotado se relaciona con la constante referencia que a la constitución política se realiza en el día a día legislativo, administrativo y judicial. En otras palabras, la constitución no es más el texto relegado, sobre el cual se daba preferencia a la Ley (en sentido formal) sino que su incidencia en el discurso cotidiano, jurídico, judicial y administrativo es alto y evidente.

Vinculado a lo anterior, hay que resaltar el papel de los jueces constitucionales como guardianes de la Constitución y de la efectividad de los derechos allí consagrados. El juez contemporáneo -dentro del esquema neoconstitucionalista- ha asumido unas facultades especiales en la tarea interpretativa, dado que, ante el alto nivel de indeterminación de las normas constitucionales, su labor implica que: “de entre la gama de significados semánticos de la constitución, el [juez] debe extraer el sentido jurídico que mejor realice el propósito de la constitución”⁴⁹. Esta competencia conferida como garante de la efectividad constitucional ha sobrepasado el deseo Kelseniano de la Jurisdicción Constitucional como legislador negativo⁵⁰, para convertirse en un actor positivo, mandatorio e incluso, como se ha sostenido, creador de derecho,⁵¹ a partir de la interpretación constitucional.

Así mismo, esta corriente propone un asunto de amplia relevancia para el mundo del derecho, pero en especial, para el ámbito del derecho administrativo, la distinción entre reglas y

⁴⁸ MARSHALL, John, *WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON*, Supreme Court of the United States, 1803. Cornell University, Legal Information Institute. Sostiene el Juez Marshall en la sentencia: que “Los poderes de la legislatura están definidos y limitados; y para que esos límites no puedan ser confundidos u olvidados, está escrita la Constitución. ¿Con qué propósito se limitan los poderes, y con qué propósito se consigna por escrito esa limitación, si esos límites pueden, en cualquier momento, ser traspasados por aquellos a quienes se pretende restringir? La distinción entre un gobierno con poderes limitados e ilimitados queda abolida, si esos límites no confinan a las personas a las que se imponen, y si los actos prohibidos y los actos permitidos tienen la misma obligación. Es una proposición demasiado clara para ser rebatida que la constitución controla cualquier acto legislativo que la repugne; o que la legislatura puede alterar la constitución mediante un acto ordinario. (...) Entre estas alternativas no hay término medio. La constitución es una ley superior, primordial, inmutable por medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como otros actos, es modificable cuando la legislatura tenga a bien modificarla. (...) Si entonces los tribunales deben considerar la constitución; y la constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura; la constitución, y no tal acto ordinario, debe regir el caso al que ambos se aplican.” (Traducción del autor).

⁴⁹ BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*, New Jersey, Princeton University Press, 2006, p. 127. El texto original indica: “from among the range of semantic meanings of the constitution, the [judge] must extract the legal meaning that best realizes the purpose of the constitution.”. Traducción del autor.

⁵⁰ KELSEN, Hans, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, En, *Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, no. 5.

⁵¹ LLORENTE, Francisco Rubio, *La Jurisdicción Constitucional Como Forma De Creación De Derecho*, En, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, no. 22, p. 9-51

principios. Este es un debate que se abrió de manera directa en 1967⁵², pero que, hasta la fecha, no ha dejado de ser un intenso tema de discusión. Las primeras, es decir, las reglas, son esencialmente disposiciones normativas concretas que poseen determinación clara, dirigidas a regular asuntos específicos. En otras palabras, normas hechas con la aspiración de regular un asunto concreto de manera (casi) precisa. Los segundos, esto es, los principios, son, en términos de Alexy, mandatos de optimización⁵³. Es decir, normas de contenido general, de carácter más o menos abstracto y que pueden, en el ejercicio de aplicación significar muchas cosas, o ser utilizados para efectos de argumentar en uno u otro sentido.

En esa línea, otro rasgo esencial del neoconstitucionalismo se circunscribe a los métodos de aplicación normativa, es decir, a los procesos de subsunción y ponderación. Es de la esencia del legalismo, donde reinan las reglas, aplicarlas a partir del método lógico de subsunción, es decir, encuadrar (si es que procede) el supuesto de hecho en la regla a aplicar, con uso del método exegético – literal de interpretación. En tanto que, ante la existencia de principios con fuerza normativa en las constituciones contemporáneas, se ha optado por utilizar la ponderación como mecanismo de aplicación normativa cuando en esa tarea existen colisiones entre principios constitucionales.

No sobra decir, que este ha sido uno de los rasgos del neoconstitucionalismo que mayor cantidad de críticas ha recibido⁵⁴, pero que, justamente, mayor implementación práctica ha tenido especialmente en Alemania, España y buena parte de los tribunales de Latinoamérica⁵⁵.

Finalmente, y en relación con el objeto central de este trabajo, un elemento definitorio del neoconstitucionalismo es el alto grado de vinculación del legislador a la constitución política y la

⁵² AARNIO, Aulis, Reglas y principios en el razonamiento Jurídico, En, Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, 2000, no. 4, p. 593; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Sobre principios y reglas, En, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, noviembre, 1991, no. 10, p. 101

⁵³ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 606 p.

⁵⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia» en *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2006, p. 120-163; GARCIA AMADO, Juan Antonio, ¿Ponderación o Simples Subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007, de 25 de abril de 2007, En, Palestra Del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia, 2007, no. 8, p. 624; SCHLINK, Bernhard, Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, En, Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1984, vol. 11, p. 462; SCHLINK, Bernhard, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit» en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, vol. 2/2, p. 461; GAST, Wolfgang, Juristische Rhetorik, 4 ed., Heidelberg, CF Müller, 2006, p. 382

⁵⁵ Cfr. CLÉRICO, Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Buenos Aires, EUDEBA, 2009, 407 p. CARBONELL, Miguel (ed.), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 349 p.

garantía de que el apartamiento de esta es controlado por el Tribunal constitucional. En este punto Pozzolo, plantea un escenario de constitución versus independencia del legislador. El tema no es de menor envergadura, aunque para la teoría jurídica reciente, particularmente la constitucional, tal afirmación sea más que evidente.

La idea de constitución, como se sostuvo en líneas precedentes, no es ya un mero proyecto político de estructura, sino un mandamiento de obligatorio respeto para todos los poderes del Estado y los particulares. Es decir, es papel del legislador desarrollar, con su amplio margen de configuración normativa, todas las normas que considere necesarias, pero, con una obligación de respeto por la constitución, tanto en lo sustancial como en lo procedimental.

Tal idea podría sintetizarse sosteniendo que “en el moderno Estado constitucional, [contrario al Estado de Derecho – Estado Legal] la ley está definida mediante, y subordinada a, criterios sustantivos cuya formulación explícita está sancionada por la Constitución”.⁵⁶

Así pues, el neoconstitucionalismo, o constitucionalismo no positivista⁵⁷, como teoría del derecho, como cultura jurídica, como forma de constitucionalismo moderno, o como teoría que pretende explicar un fenómeno visible, al que se ha llamado un paradigma jurídico, está presente en el ordenamiento jurídico colombiano. Es una verdad indiscutible. El impacto que este ha traído sobre el derecho administrativo es amplio y el jurista administrativista, así como la administración pública requieren, hoy más que nunca, una alta comprensión de la doctrina y práctica del derecho constitucional, sobre todo si se entiende que en virtud de una facultad legal, puede esta última empezar a edificar sus propios precedentes sobre la base de los principios constitucionales.

1.4 Los Derechos Fundamentales Y El Derecho Administrativo

Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales: “son todos aquellos derechos subjetivos de los que son titulares universalmente "todos" los seres humanos por el hecho de tener la condición de personas, o de ciudadanos, o de personas con capacidad de obrar” y que al respecto

⁵⁶ LA TORRE, Massimo, Derecho y concepto de Derecho: tendencias evolutivas desde una perspectiva europea, *En*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1993, no. 16, p. 71. Con gran acierto sostiene La Torre que, La Grundnorm constitucional no se compone sólo de delegaciones de poder al legislador, sino que pone ella misma reglas de conducta o, por lo menos, principios sustantivos hacia la realización de los cuales tiene que orientarse la intervención del legislador.

⁵⁷ Siguiendo la tesis de ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «Dos Versiones del Constitucionalismo» en *Un Debate sobre el Constitucionalismo*, 1 ed., Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 70 - 71

debe entenderse que “un "derecho subjetivo" es cualquier expectativa positiva (de servicios) o negativa (de no infracción) atribuida a un actor por una norma jurídica”⁵⁸.

Una oportuna distinción, de derechos fundamentales, es aquella según la cual estos pueden ser i) derechos fundamentales en sentido formal, ii) derechos fundamentales en sentido material y iii) derechos fundamentales en sentido procedimental⁵⁹.

La primera se refiere a aquellos que se encuentran fijados de manera taxativa en los textos constitucionales que les reconocen como tal, vale decir, una enunciación expresa. La segunda categoría, implica aquellos derechos que involucran la anterior categoría pero que se suman aquellos no enunciados taxativamente y que en todo caso se les asigna tal valía. En otras palabras, son derechos humanos positivizados⁶⁰. Finalmente, los derechos fundamentales en sentido procedimental se entienden como aquellos que, para su desarrollo debe reconocerse qué órgano tiene tales potestades, el constituyente o el legislador ordinario.

No es objeto de este trabajo disertar sobre una dogmática de los derechos fundamentales. Sin embargo, este concepto ha adquirido la más notoria relevancia en el proceso de transformación constitucional y de la teoría jurídica contemporánea. El valor que se le ha asignado a los derechos fundamentales es el valor de la constitución. Ante este panorama, los derechos fundamentales son el objeto central de protección de las sociedades cuya organización política es la de Estado Social de Derecho y en las que el derecho administrativo tiene como tarea proteger y garantizar.

El derecho administrativo es un derecho que “surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo”⁶¹ y, así, disminuir la desconfianza que en la época de los finales de los años 1700 y principios de los años 1800 había sobre la naciente administración, que no era otra cosa que la imagen de la recién caída Monarquía. Más aún, el derecho administrativo es una respuesta política de control sobre aquellos órganos y servidores que se les ha conferido la competencia para inmiscuirse en la vida colectiva y personal de los miembros del Estado. De alguna manera, el derecho administrativo, como régimen jurídico de la administración pública es

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, Fundamental Rights, *En*, International Journal for the Semiotics of Law, marzo, 2001, vol. 14, no. 1, p. 1

⁵⁹ BOROWSKI, Martin, La Estructura de los Derechos Fundamentales, Bogotá, Universidad Externado, 2003, p. 34 y ss

⁶⁰ *Ibid.*, p. 35

⁶¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramon, Curso de Derecho Administrativo, Lima - Bogotá, Palestra - Temis, 2006, vol.1, p. 468

(para su época) un mecanismo de respuesta para garantizar la efectividad de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia.

Si esta declaración era el culmen político del derrocamiento del absolutismo monárquico, la constitución francesa en términos generales vino a fijar los límites al ejercicio del poder del Estado para garantizar tal declaración. Pero los límites impuestos en la constitución eran, justamente, generales. Sin embargo, el amplio margen de acción que adoptaba la administración pública requería un régimen jurídico especial, que regulara sus actos, omisiones, contratos, entre otros⁶².

De esta manera, el Consejo de Estado Francés, con sus célebres fallos de los años 1800 construyó por vía pretoriana tal régimen jurídico especial para esta novedosa pero importante institución que aparecía en el panorama y que tenía como tarea nivelar el poder del Estado y la defensa de los derechos de la ciudadanía⁶³.

Sin embargo, la relevancia de los derechos fundamentales durante el siglo XIX y principios del siglo XX no es nada comparable a lo ocurrido luego de los años 1950. En efecto, la innovación del derecho administrativo de esta época radica en la cláusula de Estado Social de Derecho y el efecto de vinculación a los derechos fundamentales que se adoptó en la constitución de Bonn de 1949⁶⁴.

En el actual estado de cosas, en la mayor parte de países de Europa y América, el derecho administrativo se encuentra sujeto e impregnado de las disposiciones superiores de la constitución. Pero tal sujeción no es formal o incidental, es tan directa que puede ser reclamada ante los jueces constitucionales. Así pues, el derecho administrativo es “el Derecho del poder público para la libertad ciudadana”⁶⁵.

Las tendencias contemporáneas del derecho administrativo están íntimamente ligadas a la garantía de las prerrogativas que el Estado Social de Derecho⁶⁶ ha dispuesto para la población y el

⁶² RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, «La Explicación Histórica del Derecho Administrativo» en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol.1, p. 295

⁶³ *Ibid.*, p. 299

⁶⁴ WAHL, Rainer, *Los Últimos Cincuenta Años del Derecho Administrativo Alemán*, Trad. José Carlos Mardomingo, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 60

⁶⁵ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano, *En, A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, enero, 2012, vol. 12, no. 47, p. 15

⁶⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales, *En, Revista de Investigações Constitucionais*, mayo, 2015, vol. 2, no. 2, p. 31-62

papel protagónico que ella tiene, enarbolando como adalid el respeto de la dignidad humana⁶⁷, en el contexto de una fuerte globalización⁶⁸, dado que la administración pública “debe respetar y promover los derechos fundamentales y demás derechos e intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos”⁶⁹.

Tal situación expresa la manera en que, en esencia, la administración pública como integrante del Estado no es un fin en sí misma, sino un medio para la realización de los fines atinentes a la dignidad humana⁷⁰. Bien puede afirmarse que el reconocimiento de la dignidad humana⁷¹, como eje axial del constitucionalismo latinoamericano de mediados y finales del siglo XX, está relacionado directamente con la consagración de ella en las constituciones europeas de la posguerra.

Así, la actuación de las autoridades administrativas está continuamente vinculada a la satisfacción de los derechos fundamentales.

Es justamente en este punto donde se evidencia con plena claridad la importancia que el fenómeno neoconstitucionalista ha tenido sobre el derecho administrativo. El hecho que exista una garantía jurisdiccional cuando la administración pública amenace violar o viole derechos fundamentales de la persona es la expresión máxima de la importancia de tales derechos subjetivos. Esto permite afirmar que, en buena medida es por causa de la justicia constitucional que los derechos fundamentales han tomado un papel protagónico en las relaciones entre el Estado (administración) y su ciudadanía.

El derecho administrativo entonces, ha sufrido fuertes transformaciones para efectos de respetar y hacer efectivos los derechos fundamentales. En otras palabras, los derechos fundamentales han sido el motor de transformación del derecho administrativo contemporáneo.

Asuntos esenciales en el funcionamiento del Estado, tales como la contratación estatal que otrora era concebida como un escenario meramente negocial y rígidamente dirigido por la Ley,

⁶⁷ BRITO, Mariano, La dignidad humana como fundamento de nuestro derecho administrativo, *En*, Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo, enero, 2012, vol. 1, no. 11

⁶⁸ MEZZAROBBA, Orides y SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da, The principle of the dignity of human person: a reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization, *En*, Revista de Investigações Constitucionais, abril, 2018, vol. 5, p. 273-293

⁶⁹ CORREIA, José Manuel Sérulo, Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI, *En*, A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, enero, 2016, vol. 16, no. 63, p. 50.

⁷⁰ ORBEGOSO SILVA, Miluska, La teoría alemana de la organización y el procedimiento. Una clave para entender la protección de los derechos fundamentales en el estado social, *En*, Boletín mexicano de derecho comparado, abril, 2019, vol. 52, no. 154, p. 202

⁷¹ HÄBERLE, Peter, «El Estado Constitucional Europeo» en *La constitucionalización de Europa*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 24

ahora se encuentra limitado por derechos fundamentales como el debido proceso⁷² o principios tales como la libertad de empresa o la libertad de iniciativa privada, así como la libre concurrencia y competencia económica. Es decir, la actividad de la contratación⁷³, de la administración, y con ella, por supuesto, los actos administrativos en fase previa, precontractual⁷⁴, contractual⁷⁵ y poscontractual, han de estar siempre vigilantes al respeto del debido proceso administrativo como derecho fundamental fijado en la constitución política y los demás principios como orientadores de la actividad contractual de la administración.

A nivel *iuspolitico* y pragmático, las transformaciones del modelo de Estado liberal, al Estado Social de Derecho, como se denomina el Estado colombiano, implican que su actividad es cada vez más creciente, sólo haciendo referencia a la administración pública (dejando de lado el completo aparato estatal) la cual impone sanciones de carácter policivo, recauda impuestos, tasas y contribuciones, ejerce regulación sobre el ejercicio empresarial, el control de calidad, registra las marcas y patentes, garantiza (o al menos busca hacerlo) asuntos de la seguridad social como la salud, la pensión, los riesgos laborales, vigila asuntos de carácter mercantil, financiero, bancario.

También es la encargada de la planeación del desarrollo, de emitir la moneda, de administrar los fondos públicos, de construir viviendas, de otorgar subsidios al desempleo, de fomentar la creación de empresas y su sostenimiento en la economía, asume la responsabilidad de imponer aranceles al ingreso de mercancías del extranjero, dirige la lucha contra la criminalidad, inspecciona vigila y controla asuntos portuarios, vigilancia privada y la inversión en la bolsa de valores o el control de las reservas internacionales.

En el nivel local, promueve la participación ciudadana, brinda servicios educativos, de agua potable y saneamiento básico, servicios culturales, asuntos recreativos y deportivos, concede alimentos para los menores en etapa escolar, otorga becas y subsidios universitarios, expide licencias de construcción, planea el ordenamiento territorial, otorga la estratificación de los bienes raíces, mantiene la base de datos de potenciales beneficiarios de subsidios sociales, grava el

⁷² BAHAMÓN JARA, Martha Lucía, Elementos y presupuestos de la contratación estatal, Primera edición., Bogotá, D.C, Universidad Católica de Colombia, 2018, p. 18

⁷³ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, «Manifestaciones del debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio contractual» en Alberto MONTAÑA PLATA, y Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA, (eds.), *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado, 2018, p.

⁷⁴ CHAVES-VILLADA, Jaime Eduardo, El Desarrollo del Debido Proceso en las Actuaciones Administrativas Para la Formación de Contratos Estatales, *En*, Vniversitas, mayo, 2015, vol. 64, no. 130, p. 116 y ss.

⁷⁵ MATEUS LONDOÑO, Diana Lorena, Debido proceso probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual en Colombia, *En*, Revista Digital de Derecho Administrativo, junio, 2020, no. 24, p. 183-211

ejercicio de actividades industriales y comerciales, el consumo de la gasolina, el uso de las vías públicas para estacionamiento, fija las tarifas de transporte público, construye vías, escuelas, puentes, acueductos, alcantarillados, mitiga o corrige los efectos de los desastres naturales, y una buena cantidad más de actuaciones que se escapan de este listado, pero que reflejan la constitucionalización del derecho administrativo y la suprema valía que se otorga a los principios y reglas contenidas en la Constitución. También refuerzan la idea, según la cual, el servidor público, debe incorporar en sus acciones -deliberatorias o decisorias- técnicas de interpretación y argumentación jurídica, bajo el paradigma de la Constitución y ya no sólo de la Ley.

Ante tan ingente cantidad de actividades, no sería desacertado pensar que hay una alta probabilidad de que sean violados los derechos fundamentales pero que, a contra cara, expresa de forma clara la responsabilidad que en punto a la satisfacción de los derechos fundamentales recae sobre la administración pública, pues “las instituciones públicas son las que están dirigidas al ejercicio de funciones públicas y la garantía de situaciones universales, las primeras de todas los derechos fundamentales”⁷⁶.

Justamente, esta mirada *iusdogmatica*, del derecho administrativo, ha permitido construir renovados conceptos de esta disciplina. Con acierto se sostiene que “el derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas de derecho público que regulan la actividad administrativa pública necesaria para la realización de los derechos fundamentales y la organización y funcionamiento de las estructuras estatales y no estatales encargadas de su desempeño.”⁷⁷.

No hay duda entonces, que los derechos fundamentales son elemento orientador de la ciencia del derecho administrativo y actúan como catalizador de las transformaciones administrativas en el contexto de constitucionalización del derecho, dado que, es el derecho administrativo el que de mejor manera desarrolla las prescripciones constitucionales. En este contexto, es fundamental que se establezca un ambiente propicio para que los derechos fundamentales sean efectivos y se materialicen como verdaderas realidades, y no como promesas vacías e ilusorias.

De esta forma, el derecho administrativo tiene la importante tarea de construir el escenario adecuado para que los derechos fundamentales sean efectivos y funcionales. En otras palabras, el

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, Madrid, Trotta, 2013, p. 191

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, 10 ed., Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 95

derecho administrativo debe garantizar que los derechos fundamentales estén protegidos y se respeten en todo momento, lo que implica la creación de normas y mecanismos que aseguren su cumplimiento.

En este sentido, los derechos fundamentales juegan un papel crucial en el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, ya que su reconocimiento y protección son una pieza clave en la conformación de un Estado constitucional y democrático de derecho, y, del desarrollo del fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo. Por tanto, el derecho administrativo debe estar alineado con los principios y valores constitucionales y garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de la administración pública.

1.5 El Derecho Administrativo Como Derecho Constitucional Concretizado

“Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”⁷⁸, es una conocida expresión en el derecho administrativo alemán, que enuncia la interpretación que a mediados del siglo XX se hacía ya de la influencia del derecho constitucional sobre el derecho administrativo y que aún se considera en pleno vigor⁷⁹.

Así mismo en Francia⁸⁰, por ejemplo, a finales de siglo se sostenía que la Constitución fundaba el régimen de derecho administrativo y que aún aquellos que defendían la independencia del derecho constitucional frente al derecho administrativo, al escribir sobre este último no podían dejar de hacer mención de aquel.

Como se expresó al principio de este escrito, el fenómeno de globalización junto a la teoría transnacional del derecho, han aumentado las migraciones progresivas de las ideas jurídicas principalmente de los países de Europa central y occidental hacia América Latina como países que fungen como centros de recepción.

No obstante, las cercanas relaciones dogmáticas en Europa generan una suerte de intercambio de ideas y generalización de prácticas jurídicas.

⁷⁸ WERNER, Fritz, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *art cit*

⁷⁹ SCHÖNBERGER, Christoph, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht» En Michael STOLLEIS, (ed.), *Das Bonner Grundgesetz - Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.

⁸⁰ VEDEL, Georges, La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, *En*, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, no. 1, 1990. 5-15p.

La misma suerte ha corrido el derecho administrativo, aunque, honestamente, con claras distinciones de país a país. Correcto sería afirmar que el derecho constitucional de esas regiones comparte elementos estructurales comunes. No ocurre así con el derecho administrativo, donde cada país construye, de acuerdo con su forma de organización estatal (federal o unitaria, por ejemplo), costumbres de administración y recursos económicos, su propio régimen jurídico administrativo.

Sin embargo, y pese a las diferencias organizativas, es acertado sostener que el derecho administrativo del centro occidente europeo y latinoamericano, se encuentran unidos, en el marco del desarrollo del derecho constitucional, es decir, aquel es la concreción sustancial y procedimental que permite ejecutar las disposiciones vinculantes y programáticas contenidas en este.

Con bastante acierto, la doctrina alemana sostiene en este punto que “la dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases constitucionales se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución”⁸¹. Dicho de otro modo, el derecho administrativo como régimen jurídico autónomo se encuentra parametrizado para desarrollar las prescripciones constitucionales.

La idea de que el derecho administrativo depende del derecho constitucional es un punto común en Europa⁸², y en la concepción latinoamericana⁸³⁻⁸⁴. Sin embargo, el nivel de concreción del derecho administrativo depende, en todo caso, de los desarrollos de política legislativa y no siempre propiamente ajustado a las prescripciones constitucionales.

Ante el margen de discrecionalidad del legislador es este, quien dentro de su potestad de configuración normativa, concretiza el derecho constitucional en el régimen administrativo. Sin que esta sea ilimitada, pues cuando el legislador desborda los cauces constitucionales, juega un papel esencial la Corte Constitucional como garante de la supremacía constitucional. Aquí, por

⁸¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, Springer, 1998, p. 3

⁸² ARROYO JIMÉNEZ, Luis, *Derecho administrativo y Constitución española*, En, *Revista de administración pública*, 2019, no. 209, p. 145-174

⁸³ PEMBERTHY LÓPEZ, Pedro Luis, *El derecho administrativo en la Constitución Política de Colombia de 1991*, En, *Ratio Juris UNAULA*, octubre, 2019, vol. 14, no. 28, p. 363-382

⁸⁴ Sostiene Cassagne que “La primera vinculación es de jerarquía y por ella las instituciones administrativas se subordinan a las normas y principios constitucionales, lo cual se ha traducido en la conocida afirmación doctrinaria que enseña que el Derecho Administrativo tiene el encabezamiento de sus capítulos en la Constitución. En realidad, dicha afirmación tiene vigencia no sólo respecto del Derecho Administrativo sino de todas las ramas del Derecho”. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo Tomo 1*, 7 ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 135

ejemplo, hay una expresión del reforzamiento constitucional que obliga al legislador a concretizar las disposiciones superiores y a tenerlas como un marco de acción, que puede entenderse como un marco interpretativo y a su vez argumentativo, que busca orientar lo que se permite y se puede hacer y lo que no, por ser violatorio del marco constitucional.

Así las cosas, el nivel de concreción constitucional depende en buena medida del legislador. No obstante, en el Estado Constitucional de Derecho (en medio del paradigma neoconstitucionalista) también hay otros actores importantes en la concretización del derecho constitucional. Reflejo de ello es la actividad interpretativa e incluso prescriptiva y correctiva de la Corte Constitucional, por vía de control abstracto o de control concreto por la cual construye subreglas que en diversas ocasiones intentan llenar los vacíos legislativos, particularmente en protección de los derechos fundamentales.

Por ello, los jueces juegan también un papel esencial en la concreción del derecho constitucional al administrativo vía jurisprudencia. En Colombia, por ejemplo, el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, salvo lo reglado en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, ha sido definido esencialmente vía decisiones judiciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. En este caso, la concreción de las disposiciones constitucionales fijadas en el artículo 90 de la Constitución relacionadas directamente con asuntos de derecho administrativo no han obedecido a decisiones legislativas sino judiciales.

En esa línea de pensamiento es oportuno sostener además que, por causa de la vinculatoriedad y aplicación directa de los derechos fundamentales, la administración pública también concretiza el derecho constitucional mediante actos administrativos. Esta última afirmación, tiene una influencia importante sobre una de las variables de este escrito, el precedente de la administración pública.

Los comentarios anteriores indican que, dado el carácter normativo y de aplicación directa de las disposiciones constitucionales, en especial los derechos fundamentales, el derecho administrativo como disciplina del derecho público concretiza, desarrolla o plasma en normas infra constitucionales los mandatos superiores. En algún sentido, esto es, constitucionalización del derecho administrativo.

Sin embargo, debe advertirse que tal posición no implica que se deba adoptar la postura según la cual el derecho administrativo no bebe más que del derecho constitucional para su

formación. Por ello, resulta honesto enunciar algunas objeciones planteadas frente a la exclusividad, que parece pedir el derecho constitucional, frente al derecho administrativo.

Una primera objeción es que la carta política no es en sí misma una fuente de derecho precisa o totalmente abarcativa. En otras palabras, la constitución no es el derecho acabado. Esto hace que el derecho administrativo deba mirar hacia otros horizontes para construirse. Una segunda objeción sostiene que, el derecho administrativo, tiene una gran relación con las ciencias administrativas; puede advertirse, por ejemplo, las discusiones frente al paradigma burocrático, posburocrático y de nueva gestión pública que afectan el derecho administrativo⁸⁵.

A su turno, el modelo económico de cada Estado tiene una gran capacidad para condicionar el régimen jurídico administrativo. En la medida en que un Estado promulgue políticas más liberales, el derecho administrativo tendrá una tendencia a disminuir su tamaño e influencia práctica; en tanto que, si un Estado se torna más interventor, (en sentido amplio, incluidas prestaciones de bienestar social) el derecho administrativo, aumentará su presencia para efectos de regular las actuaciones administrativas y fijar competencias y procedimientos en las actuaciones.

Esta situación se acompasa con posturas⁸⁶ según las cuales se aduce fuertemente que la constitución no agota el derecho y que el derecho constitucional también se construye del derecho administrativo. Por ejemplo, en Francia⁸⁷ y Colombia, el Consejo de Estado aporta a la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional⁸⁸.

Con este panorama, la constitución actúa como un marco⁸⁹ no omnicompreensivo desde una perspectiva interpretativa exegética. Eso no obsta para que, como se evidencia en la práctica jurídica, se usen las cláusulas constitucionales de textura abierta para impregnar vía interpretación las reglas jurídico-administrativas de las normas constitucionales y convertir así la constitución en una norma totalmente abarcativa. Además, el derecho administrativo y la solución de los dilemas

⁸⁵ Cfr. BARZELAY, Michael, *Atravesando la Burocracia. Una Nueva Perspectiva de la Administración Pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 252 p.

⁸⁶ BERTRAND, Mathieu y VERPEAUX, Michel (eds.), *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit. Actes De L'atelier Du 3ème Congrès De L'association Française Des Constitutionnalistes*, París, Economica, 1998, 204 p.

⁸⁷ VEDEL, Georges, «Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel» *En Droit Administratif*, Francia, LGDJ, 1992, p. 647-671

⁸⁸ SCHRAMECK, Olivier, *Droit administratif et droit constitutionnel*, *En*, Actualité juridique. Edition droit administratif, 1995, Le droit administratif, p. 34

⁸⁹ No es objeto de este trabajo, pero una interesante aproximación a los marcos en el derecho constitucional se encuentra en: ALEXY, Robert, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, *En*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 2002, vol. 3, no. 61, 2002p. 7-33p.

y problemas que debe resolver la administración, aunque requiere de una fuerte base constitucional, no se agota en ella.

Para redondear. El derecho constitucional es, indiscutiblemente, por su carácter vinculante, una norma directa sobre las regulaciones del derecho administrativo. Esta disciplina está llamada a concretar las generales disposiciones constitucionales para efectos de solidificar la estructura de la administración y garantizar la protección y efectividad de los derechos fundamentales que han de impregnar la actividad administrativa. Sin embargo, no ha de entenderse que el derecho administrativo encuentre límites taxativos en la constitución, sino que, para efectos de desarrollarla, el legislador e incluso los jueces (en el actual estado de cosas) llenan de contenido el derecho administrativo en el proceso de creación, interpretación y aplicación teniendo en todo caso el legislador un considerable marco de decisión que encuentra sus linderos en el control judicial de constitucionalidad.

De este modo, el derecho administrativo como derecho constitucional concretizado expresa, dicho en otras palabras, la constitucionalización del derecho administrativo, y como premisa, indica, que el servidor público debe estar familiarizado no sólo con este marco, sino con las herramientas que permiten aplicarlo, esto es, las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica, si como lo expresa la ley, en solución de controversias, está llamado a construir y respetar sus propios precedentes.

1.6 Orígenes Y Rasgos De Un Ordenamiento Jurídico Constitucionalizado

Lo dicho hasta este punto enhebra un hilo argumentativo que de modo continuado permite, con mayor contexto, llegar al punto central de este capítulo, que pretende explicar qué es un orden jurídico constitucionalizado y su relevancia para formular una teoría local del precedente de la administración.

Se sostiene aquí que un ordenamiento jurídico constitucionalizado es aquel en el que el discurso constitucional, es decir, la constitución con sus normas, (principios y reglas) interpretación y aplicación, conforman de manera cotidiana la práctica estatal, ciudadana y de los juristas.

Esta definición expresa lo que la teoría constitucional ha planteado para describir el fenómeno de constitucionalización y que pasa, en esencia, por la relevancia práctica que a la constitución se ha conferido.

Como se anotó en líneas anteriores, las transformaciones que ha sufrido el derecho luego de 1945 han dado luz, de manera progresiva, a una nueva cultura jurídica y con ella a una nueva concepción de la constitución⁹⁰.

Al disertar en este punto sobre los orígenes de la constitucionalización, se puede sostener que este es un fenómeno de la segunda posguerra⁹¹. Esta situación tiene un marco filosófico denominado “postpositivismo”⁹². Al igual que al analizar el neoconstitucionalismo, la constitucionalización tiene unos rasgos.

El hecho paradigmático que explica los orígenes de la constitucionalización del derecho fue la sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán⁹³ de 1958, y el caso que vía recurso de amparo promovió *Erich Lüth*⁹⁴ contra la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo.

En este caso, el Tribunal Constitucional dispuso que la Ley Fundamental (Constitución Alemana), prescribía un orden objetivo de valores que: “aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura”, al tiempo que influye “al derecho civil [pues] ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él (se refiere al orden objetivo de valores), todas las leyes deben interpretarse en su espíritu, de ahí se deriva para él (se refiere al derecho civil) un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación”. Este asunto se denomina en los debates académicos y judiciales como *Drittwirkung*⁹⁵.

⁹⁰ Véase el importante trabajo del profesor LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*

⁹¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Juicio de Amparo y Derecho Procesal Constitucional, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2010, 312 p.

⁹² CALSAMIGLIA, Albert, Postpositivismo, *En*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998, vol. 1, no. 21, p. 209-220

⁹³ Para efectos de profundizar en la relevancia de este tribunal, véase WEBER, Albrecht, LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, *En*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2003, no. 7, p. 497-538

⁹⁴ En síntesis de lo ocurrido, en 1951 el director de cine Veit Harlan presentó demanda contra el presidente de la Asociación de Prensa de Hamburgo, el señor Erich Lüth, alegando que este había generado un boicot contra una de sus películas. El señor Lüth se oponía a que los espectadores alemanes vieran la película, pues consideraba que era de contenido antisemita. En sede judicial, la jurisdicción ordinaria, condenó en primera instancia a Lüth a pagar los perjuicios que generó al señor Harlan al interferir en el rodaje de la película. El Tribunal Estatal de Hamburgo aseguró que las palabras utilizadas por Lüth eran contrarias a los consagrado en el Código Civil (BGB), y que la actuación de generar un boicot era contraria a las buenas costumbres. Esto por cuanto Lüth, utilizó la radio, y la prensa para hablar en contra de Veit Harlan, dado que él, en época del nacionalsocialismo dirigió la película *El Judío Süß*, y otras producciones que deliberadamente incitaban al odio contra la comunidad judía. Ante estos antecedentes, el señor Lüth, en oposición a que reaparecieran producciones antisemitas en el cine, emprendió en 1951 una serie de acciones para desprestigiar al señor Harlan y así evitar que la película “La amada inmortal” fuera proyectada en el cine alemán. Ante tal situación Harlan demandó a Lüth y este fue condenado a pagar los perjuicios generados. Sin embargo, el señor Lüth presentó un recurso de amparo constitucional atacando la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo que lo condenó, el cual debía ser resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán quien decidió amparar el derecho fundamental a la libertad de expresión de Erick Lüth y dejó sin efectos la sentencia del Tribunal de Hamburgo.

⁹⁵ BOROWSKI, Martin, «Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in Grundrechte» en Hans SANDKÜHLER, (ed.), *Menschenrechte in die Zukunft denken*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 109-126

Es esta última palabra citada, “interpretación”, la que juega, el papel decisivo en la sentencia del Tribunal Constitucional y en el subsiguiente desarrollo de la constitucionalización.

Con lo anterior se puede sostener que, aun cuando constituciones con contenidos novedosos, por ejemplo en materia de derechos fundamentales, como las promulgadas luego de 1945, (Alemania, Italia, Francia, Portugal, España, Bélgica, Polonia, Brasil; recientemente Venezuela, Colombia), ha sido la aparición de los Tribunales Constitucionales y su función de interpretación y aplicación del derecho, lo que supone la transformación de la cultura constitucional y la génesis del comentado fenómeno.

“El desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional de la segunda mitad del siglo XX en Europa y quizá en el mundo”⁹⁶. Este acontecimiento tiene una inmensa deuda con Kelsen y su propuesta de la garantía jurisdiccional de la Constitución⁹⁷, que se plasmó en la Constitución de Austria⁹⁸, en el periodo entreguerras, y que sería ampliamente acogido de manera posterior por el discurso jurídico.

A partir de la tarea interpretativa fijada en el caso Lüth, es el Tribunal Federal Constitucional Alemán el que emprendió un arduo trabajo⁹⁹ de adecuación de la legislación nacional a las normas de la carta política que transformaron el derecho alemán y supusieron su constitucionalización. En otras palabras, sin la tarea de hermenéutica y de aplicación de los contenidos de la carta política alemana hecha por su Tribunal a situaciones concretas de la vida ciudadana, el mandato de adecuación del derecho a la constitución seguramente no hubiese surgido por cuanto esto no es una regla explícita sino un resultado hermenéutico como norma *iusfundamental* de adscripción¹⁰⁰.

Esta afirmación podría así mismo validarse, por ejemplo, en el caso de la Corte Constitucional Italiana¹⁰¹. La constitución política italiana entró en vigencia en 1948, y aun cuando compartía amplias similitudes materiales con la carta política alemana, su promulgación no

⁹⁶ FAVOREU, Louis Joseph, Justicia y jueces constitucionales, En, Revista de Derecho Público, 1999, no. 61, p. 10

⁹⁷ KELSEN, Hans, La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice constitutionnelle), En, Annuaire de l’Institut de Droit Public, 1929, p. 52-143

⁹⁸ CERVANTES, Luis, «Los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual.» en Instituto Interamericano de Derechos Humanos (ed.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo VI*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 358

⁹⁹ CARNELOUP, Sabine, «Table ronde: le cas de l’Allemagne» en *Code civil et constitution(s)*, París, Economica, 2005, p.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 49 y ss

¹⁰¹ PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione Il ragionamento nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 118 y ss.

implicó *per se*, un cambio en las distintas ramas del derecho¹⁰², a modo de constitucionalización. Fue solamente con la puesta en marcha de la Corte Constitucional Italiana en 1956 que en ese país se consolidaron, al igual que en Alemania, transformaciones legislativas vía control de constitucionalidad para adecuar e irrigar el derecho ordinario con las normas iusfundamentales.

Similar situación ocurrió en Francia, donde aun cuando su constitución reciente fue expedida en 1958, fue sólo con la sentencia del Consejo Constitucional del 16 de junio de 1971, al aducir que una exigencia de previa autorización de carácter administrativo o judicial para fundar una asociación vulneraría el derecho fundamental¹⁰³ de libertad de asociación¹⁰⁴, que se vislumbró el efecto constitucionalizador en cabeza de aquel Consejo. En la labor del Consejo Constitucional francés es importante resaltar, por ejemplo, la aplicación metodológica de la técnica de interpretación conforme¹⁰⁵ a la constitución¹⁰⁶. Esta práctica, en efecto, refuerza la idea aquí propuesta, de que la constitucionalización es un fenómeno atribuible a la labor hermenéutica y aplicativa de las normas constitucionales al derecho, por parte de los tribunales constitucionales.

En el escenario colombiano, algunas decisiones de la Corte Constitucional permiten confirmar la tesis que se ha propuesto en este apartado, a través de las breves menciones históricas realizadas. En el caso colombiano, apenas en la génesis del tribunal, este se pronunció sosteniendo que: “mientras el tema de los derechos fundamentales no sea interpretado bajo una perspectiva constitucional” (aparece nuevamente la interpretación en la escena) “la acción de tutela se reducirá a un mecanismo adicional e insuficiente de protección y dejará de cumplir por lo menos uno de sus propósitos esenciales: el de constitucionalizar todo el ordenamiento jurídico colombiano”¹⁰⁷.

En similar sentido, en el año 2000 la Corporación aseguró que: “coincide con esas perspectivas en que [...] todas las ramas del derecho deben ser reinterpretadas a la luz de los principios y valores constitucionales, pues si la Constitución es norma de normas, y debe aplicarse

¹⁰² THERRY, Di Manno, «Le cas de l'Italie» en Michel VERPEAUX, (ed.), *Code civil et Constitution(s) - Journées d'études du 25 mars 2004 à l'Assemblée nationale*, París, Economica, 2005, p. 126

¹⁰³ HAMON, Leo, Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels A propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel, *En*, Recueil Dalloz, 1974, XVII, p. 83-90

¹⁰⁴ BEARDSLEY, James E., The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France, *En*, The American Journal of Comparative Law, 1972, vol. 20, no. 3, p. 431-452

¹⁰⁵ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 51 y ss

¹⁰⁶ BERTRAND, Mathieu y VERPEAUX, Michel (eds.), *La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit. Actes De L'atelier Du 3ème Congrès De L'association Française Des Constitutionnalistes*, *op. cit.*

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Primera de Revisión, Sentencia T 525, 1992

de preferencia a las otras disposiciones (CP art. 4º), es indudable que ha operado una cierta constitucionalización del derecho ordinario”¹⁰⁸.

Así las cosas, el primer rasgo del fenómeno de constitucionalización del derecho es el efecto de irradiación de las normas constitucionales (en especial de derechos fundamentales), -que se ejerce vía interpretación- sobre todas las áreas de la legislación ordinaria y los reglamentos, incluida la actividad administrativa y sus decisiones.

Sin embargo, esta labor interpretativa de la justicia constitucional no sería posible sin la atribución¹⁰⁹ de fuerza¹¹⁰ normativa de las constituciones¹¹¹; y la eficacia directa de los derechos fundamentales¹¹².

En la medida en que la constitución ha dejado de ser un texto meramente político, para convertirse en la norma de normas y con ella nace la obligación del Estado de aplicar de manera directa las garantías iusfundamentales sin la necesaria intervención del legislador, ha cobrado por tanto ese carácter de norma que irradia todo el ordenamiento jurídico, es decir, lo constitucionaliza.

Así mismo, la vinculatoriedad¹¹³ de las decisiones de los tribunales constitucionales¹¹⁴ es elemento esencial en el fenómeno de constitucionalización del derecho. Esto, porque si las decisiones de estos tribunales que interpretan la constitución carecieran del poder para vincular a todos los órganos del Estado y los particulares, es decir, con efecto *erga omnes*, el trabajo de aquellos órganos carecería de todo sentido y con ello la constitucionalización (si acaso existiese) sería otra y bastante precaria.

En la medida en que las decisiones son vinculantes, la interpretación de la constitución que se realiza en sede de constitucionalidad irriga las normas controladas y expande los efectos de la constitución más allá de la carta política.

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 491, 2000.

¹⁰⁹ KÄGI, Werner, La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado (Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho Constitucional), Madrid, Dykinson, 2005, p. 77 y ss

¹¹⁰ HESSE, Konrad, Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 59 y ss

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional, 3 ed., Madrid, Civitas S.A., 1985, 264 p.

¹¹² STERN, Klaus, El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana, En, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1988, no. 1, p. 263

¹¹³ BERNAL PULIDO, Carlos, La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano, En, Precedente. Revista Jurídica, diciembre, 2003, p. 13-43

¹¹⁴ BOCANEGRA SIERRA, Raul, Cosa Juzgada, Vinculación, Fuerza de Ley en las Decisiones del Tribunal Constitucional Aleman, En, Revista Española de Derecho Constitucional, 1981, vol. 1, no. 1, p. 235-274

Al hacer referencia a la constitucionalización del derecho no se podría pasar por alto la ponencia del profesor Riccardo Guastini¹¹⁵, quien en 1998, en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, en la sesión coordinada por Louis Favoreu, dedicada a “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”, aunque centrada en estudiar la constitucionalización en Italia, se propusieron unas “condiciones de constitucionalización”¹¹⁶, a las que se hará mención por considerar que son las bases de esta teoría.

La propuesta de Guastini se erigió en un verdadero trabajo de referencia para analizar la ocurrencia de este fenómeno en los distintos países. El profesor Guastini, de manera aguda logra clasificar lo que ocurría en Italia, pero que, precisamente eran circunstancias concomitantes en Alemania, España, Brasil, Perú, México o Colombia, entre otros.

De modo sintético, siguiendo al autor, las condiciones para medir el nivel de constitucionalización en que se encuentra un determinado sistema jurídico son:

1. Una Constitución rígida.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución.
4. La “sobre interpretación” de la Constitución.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales.
6. La interpretación conforme a la constitución de las leyes.
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

El profesor genovés, sostiene que la condición 1 y 2 son requisitos sin los cuales no podría hablarse de constitucionalización. Los demás rasgos, deben medirse según grados de intensidad de la ocurrencia del fenómeno en los ordenamientos jurídicos.

Se insiste en sostener que el principal rasgo de la constitucionalización son los derechos fundamentales como garantías directamente exigibles ante la jurisdicción en uso de los mecanismos procesales previstos para ello en la constitución y que, fruto de los fallos expedidos en tales trámites, el ordenamiento jurídico ha sido impregnado por la adecuación que impone una interpretación ajustada a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales.

¹¹⁵ Ese artículo se encuentra en el texto GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 153 y ss

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 154 y ss

1.7 La Constitucionalización Del Derecho Administrativo Colombiano

De la constitucionalización del derecho colombiano en general y del derecho administrativo en particular se ha ocupado la doctrina ya de una manera considerable¹¹⁷. El derecho administrativo colombiano ha sufrido un alto grado de constitucionalización. La expedición de la constitución política en 1991 y los fallos de la Corte Constitucional han realizado un generoso trabajo que ha propiciado la impregnación constitucional sobre el régimen jurídico de la administración pública.

La constitucionalización, (e incluso la convencionalización¹¹⁸, como fenómeno que empieza a verse en el escenario colombiano), sin duda funge como un elemento que brinda racionalidad y coherencia al derecho administrativo¹¹⁹.

Esto implica una integración normativa profunda en la medida en que la lectura de las disposiciones administrativas han de pasar por el velo constitucional. De esa manera, la intención es encontrar en normas constitucionales la interpretación adecuada para las normas administrativas, especialmente cuando en estas no se logra hallar una respuesta concreta para la solución de los casos puestos a decisión de la administración.

1.7 Propuesta. Las cuatro vías de constitucionalización del derecho administrativo colombiano.

En este trabajo se afirma que el derecho administrativo colombiano se ha constitucionalizado por cuatro vías, dos autónomas y dos mixtas. La primera vía autónoma ha sido

¹¹⁷ Véase QUINCHE-RAMÍREZ, Manuel Fernando, La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia, *En*, Jurídicas, enero, 2016, vol. 13, no. 1, p. 43-63; MONTAÑA PLATA, Alberto y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (eds.), La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, D.C, 2014, 709 p.; MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez, La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, *En*, Universitas, diciembre, 2014, vol. 63, no. 129, p. 317-351; BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F., La resistencia a la constitucionalización del Derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro, *En*, Dikaion, 2010, vol. 19, no. 1; VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés y TRUJILLO TOSCANO, Luis Eduardo (eds.), La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico, Bogotá, D.C, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2019, 700 p.; BREWER CARIAS, Allan, El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia, *En*, Revista de Derecho Público, 1993, no. 55-56, p. 47-59; RODRÍGUEZ CRUZ, Juan Pablo, La constitucionalización del derecho administrativo : referencia a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, Bogotá, D.C, Leyer, 2018, 285 p.

¹¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, «Convencionalidad y derecho administrativo: interacciones sistémicas en el Estado Social de Derecho que procura la eficacia de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes» en Alberto MONTAÑA PLATA, y Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, (eds.), *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, D.C, Universidad Externado, 2014, p. 613-657

¹¹⁹ Véase a BARROSO, Luis Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2 ed., Sao Paulo, Saraiva, 2010, p. 374-375; SCHMIDT, Walter, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, Munich, Beck, 1982, p. 6; OTERO, Paulo, Manual de direito administrativo, Coimbra, Almedina, 2013, vol.1, p. 334

la de la Corte Constitucional en sede de revisión de fallos de tutela; la segunda vía autónoma ha sido tarea del legislador en la expedición de leyes¹²⁰. La primera vía mixta (que involucra la actividad legislativa y el control judicial constitucional) ha sido la expedición de leyes y decretos con fuerza de Ley que bajo el control abstracto de la Corte Constitucional son moduladas en su interpretación y fijados sus alcances en términos de constitucionalidad. La segunda vía mixta implica la transformación de la cultura jurídica nacional que recurre a un amplio uso de las fuentes constitucionales en la práctica jurídica general.

Esta transformación cultural se expresa en que tanto en vía administrativa como en vía judicial con mayor frecuencia se recurre a la constitución política y a las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado (cuando este funge como juez de constitucionalidad) como recursos argumentativos que suelen cifrar el debate jurídico administrativo en un plano constitucional, o al menos combina una discusión de rango legal con una de rango constitucional.

Esto ha sido posible gracias al modelo de control difuso funcional adoptado en la Constitución Política de 1991. Esta situación ha sido puesta de presente por el profesor Fuentes Contreras al resaltar el papel de la configuración constitucional colombiana y sus mecanismos de control para garantizar la supremacía de la constitución. En efecto, el profesor Fuentes sostiene que la consagración del artículo 4 constitucional no solo establece la Constitución como la norma jurídica más importante, sino que también impone la obligación y competencia de aplicar preferentemente este texto normativo sobre disposiciones que sean contrarias a él. En otras palabras, se establece el principio de jerarquía, suprallegalidad y eficacia directa de las normas constitucionales¹²¹.

En efecto, el hecho de que Colombia no haya adoptado un control de constitucionalidad estrictamente concentrado (como el caso austríaco) o ampliamente difuso (como el caso de los Estados Unidos de América) implica una participación de todos los jueces y las autoridades administrativas, e incluso los particulares, en inaplicar disposiciones infraconstitucionales cuando

¹²⁰ Véase la referencia del profesor Santaella sobre la Ley 1437 de 2011. SANTAELLA QUINTERO, Héctor, La constitucionalización del derecho administrativo en Colombia. Análisis de la incidencia de la obra del legislador en este proceso, *En*, Revista de Derecho, 2019, vol. 17, no. 1, p. 353-380

¹²¹ FUENTES CONTRERAS, Edgar Hernan. Legislación en sentido material. análisis de la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia sobre las normas con rango, fuerza y valor de ley expedidas por la rama ejecutiva. Tesis Doctoral. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2017. 815 p.

contrarían las normas superiores. Esto da una clara señal de la importancia que el Constituyente primario dio a la supremacía de la constitución.

Esta decisión de política constitucional, que conduce a la nominación del modelo de control constitucional como modelo difuso funcional, implica que hay prevalencia de elementos del modelo difuso, como lo sería la inaplicación por inconstitucionalidad, y de otro lado, se “han incluido otros elementos no propios de un modelo difuso puro, pero que le daban mayores certezas y funcionalidad al ejercicio de garantizar la integridad del ordenamiento jurídico respecto a la CP.”¹²².

En consecuencia, hay una multiplicidad de actores que en el derecho colombiano participan del ejercicio de impregnar el derecho ordinario del derecho constitucional. Esta situación no es para nada ajena a lo que ocurre con el derecho administrativo y, por tanto, se exponen a continuación las vías en que esta rama del derecho se ha ido constitucionalizando.

1.7.1. La primera vía autónoma.

Frente a la primera vía, es decir, el papel de la Corte Constitucional en sede de revisión de fallos de tutela es oportuno sostener que es la de mayor impacto en el proceso. La tarea a la que se enfrentó el Tribunal a partir de 1992 era la de dar forma y alcances a la nueva carta política en medio de una sociedad bastante legalista. Así, tanto la administración pública como la administración de justicia habían construido toda su jurisprudencia en torno al valor del imperio de la Ley. Sin embargo, el fenómeno de aplicación directa de los derechos fundamentales referida líneas atrás fue una bandera esencial en esta transformación.

De gran relevancia es la Sentencia T-406 de 1992. En este fallo se revisa la sentencia de tutela de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que negó el amparo del derecho a la salubridad pública y al ambiente sano, dado que en su sector residencial se encontraba inconclusa una obra de alcantarillado de las Empresa Públicas de Cartagena que estaba generando serios problemas en el entorno.

En este fallo expresa con contundencia que “[l]a coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional” y para ello procedió a amparar los derechos

¹²² *Ibid*, p. 208.

invocados y ordenó a las Empresas Públicas de Cartagena la terminación de la obra en un plazo máximo de tres meses. Así mismo sostuvo que en los casos similares que se dejen obras inconclusas que afecten la salubridad pública, esa decisión tendría carácter obligatorio para todas las autoridades.

Salta a la vista que, esta vía autónoma en cabeza de la Corte Constitucional, desde sus inicios intervino en la acción administrativa dando órdenes concretas para efectos de garantizar derechos fundamentales y de esta manera irrigar el ámbito de actuación de la administración pública.

Uno de los instrumentos que el tribunal constitucional ha utilizado para esa tarea ha sido el precedente constitucional. La “Corte Constitucional [inició] su proyecto de elevar el valor del precedente hacia 1995 sobre la premisa que era necesario constitucionalizar el derecho ordinario para aumentar la garantía de los derechos fundamentales. Los destinatarios de la obligación relativa de obediencia son los jueces, en primer lugar, y en segundo lugar las personas privadas o públicas que están en posición de control de los derechos fundamentales de las personas.”¹²³.

En este contexto ha sido claro para la Corte, que la mayor prevalencia ha de otorgarse a los derechos fundamentales de las personas, al encontrarse el Estado colombiano construido sobre el fundamento de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 superior.

Al menos tres asuntos podrían resaltarse para efectos de presentar la manera en que por esta primera vía autónoma se ha constitucionalizado el Derecho Administrativo.

Por un lado, la férrea labor de la Corte Constitucional en la defensa del derecho fundamental de petición y con ello la garantía del derecho al acceso a la información pública contenida en el artículo 74 superior. Las órdenes que, en sede de tutela, ha dado la Corte Constitucional han definido de manera precisa las obligaciones de la administración pública en relación con el mecanismo cotidiano de comunicación de la ciudadanía con el Estado: la petición. La Corte en una amplia gama de decisiones de tutela, fijó los parámetros de oportunidad y completitud de las respuestas a peticiones. La obligación de notificación de las respuestas y el respeto por los tiempos fijados en la Ley, todo ellos como elementos nucleares del derecho de petición.

¹²³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Bogotá, D.C., Legis Editores S.A., 2016, p. 118

Por otro lado, en materia de derecho a la salud, la Corte Constitucional ha desempeñado un papel clave y ampliamente conocido. En efecto, mediante la sentencia T-768 de 2008 se impartieron un conjunto de órdenes a la administración pública de cara a corregir las diversas fallas que venía presentando el sistema. En esta sentencia fue clave la insistente posición del derecho a la salud como un derecho autónomo.

Finalmente, debe resaltarse el papel que juega el derecho fundamental al debido proceso en las relaciones entre la administración pública y la ciudadanía. Este derecho contiene “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su “propio arbitrio”, esto tiene una relación directa con el “principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión”¹²⁴.

En relación con lo anterior, se puede decir que, la Corte se ha encargado de fijar de manera clara para la administración, la obligación de respetar el derecho de audiencia y defensa, el ejercicio de la competencia, así como los contenidos propios del procedimiento administrativo, e incluso la importante tarea de la motivación de los actos administrativos, toda vez que este es un elemento que “debe existir en forma seria y cierta, (...) en virtud del cual la administración, (...) ha de manifestar de forma expresa las causas tanto fácticas como jurídicas que la llevan a tomar la decisión contenida en el objeto del acto.”¹²⁵

Con estos tres ejemplos que constituyen escenarios de constitucionalización del derecho administrativo, se ha pretendido mostrar la eficacia de esta primera vía, en aspectos propios de la administración.

1.7.2 La segunda vía autónoma.

La segunda vía de constitucionalización autónoma corresponde a la tarea del legislador en la expedición de leyes. En efecto, la expedición de la constitución política en 1991 trajo una profunda renovación constitucional, que implicaba consigo un ejercicio de renovación legislativa

¹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión Sentencia T-982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹²⁵ GONZÁLEZ REY, Sergio, La constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia y su incidencia en el control de la administración, En, Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, febrero, 2007, p. 220.

para efectos de adecuar la legislación, y particularmente la administrativa a los principios y reglas fijados en la constitución.

En este sentido el Congreso expidió la Ley 80 de 1993¹²⁶ contentiva del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la que se atendió la competencia fijada en el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política. Esta ley, a la que se le ha denominado ley de principios, contiene en su esencia, un ajuste constitucional, que busca permitir a la administración el cumplimiento de los fines esenciales y sociales del Estado que se traducen en la garantía de los derechos constitucionales.

En esa misma lógica, con la Ley 100 de 1993¹²⁷, se fijó un renovado sistema general de seguridad social, que atendía mayoritariamente los derechos a la seguridad social y una amplia gama de competencias y tareas para la administración pública que, pese a sus actuales deficiencias, ha sentado la base para que hoy se interprete la salud como un derecho fundamental autónomo.

Un ejemplo importante y que de manera directa ha incidido en la concreción de la constitución en el derecho administrativo es el de la Ley 715 de 2001¹²⁸, que fija el régimen del Sistema General de Participaciones en el que se establecen las obligaciones de la Nación en materia de transferencias de recursos a las entidades territoriales y las consecuentes obligaciones de estas. La ley tiene como objeto hacer efectivo el régimen de entidades territoriales que se consagró en la constitución política en materia de autonomía territorial y gobierno propio.

En general, como se observa en estos escenarios que sirven de ejemplos, el legislador es el primer llamado a concretar los mandatos de la constitución. Justamente, la idea de separación de poderes y el desarrollo legislativo como expresión de la voluntad popular que encuentra límites en la constitución, es la que posee la primera legitimación para la expedición de las leyes. A ello se suma, que el legislador posee la visión de las necesidades del derecho administrativo, la fijación clara de competencias atribuidas a las distintas autoridades y el reclamo del papel que no puede quedar concentrado en la jurisdicción para el desarrollo y fijación de los alcances de la constitución.

¹²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

¹²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 715. (21, diciembre, 2001). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

En coherencia con lo anterior, debe citarse la Ley 1437 de 2011¹²⁹ que supuso una transformación de las actuaciones de toda la administración pública colombiana y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta Ley entró a reemplazar el Decreto 01 de 1984 que era una norma preconstitucional¹³⁰.

La nueva Ley puso especial énfasis en la protección del debido proceso administrativo. La consagración legal de los principios de la función administrativa fijados en el artículo 209 de la constitución política es una muestra de la impregnación de las disposiciones superiores en la Ley.

Otro aspecto relevante tiene que ver con la inclusión de la figura de las sentencias de unificación y la labor de extensión de sus efectos en sede administrativa¹³¹ con la idea de construir “una visión innovadora de la jurisprudencia como fuente de Derecho, dirigida a orientar tanto la actividad de las autoridades administrativas como la de los propios jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.¹³² Esta forma de regular vía Ley el precedente del Consejo de Estado, puede entonces interpretarse como un logro de los 20 años de construcción de la teoría del precedente judicial en Colombia por parte de la Corte Constitucional.

Así, la legislación instrumental se ha convertido en una herramienta dirigida a la satisfacción de los derechos fundamentales, de la población y no al fortalecimiento de las prerrogativas de la administración pública como un fin en sí misma, sino que “pone a la administración en frente de su primer deber constitucional: el de proteger y garantizar eficazmente los derechos de todas las personas en sede administrativa.”¹³³

La Ley 1437 de 2011¹³⁴ entonces ha sido un referente en la constitucionalización del derecho administrativo. Su importancia y despliegue en todos los ámbitos de la administración pública impone su reconocimiento y la mirada cuidadosa de los distintos actores. Es una legislación con una profunda vocación social con miras a mantener a raya los poderes del Estado

¹²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

¹³⁰ Es una de las motivaciones que se encuentra plasmada en la exposición de motivos del proyecto de Ley radicado ante el Congreso de la República.

¹³¹ RODRÍGUEZ CRUZ, Juan Pablo, *La constitucionalización del derecho administrativo: referencia a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, op. cit.

¹³² BRICEÑO DE VALENCIA, Martha Teresa y ZAMBRANO CETINA, William (eds.), *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, Bogotá, D.C, Consejo de Estado, 2012, p. 22

¹³³ *Ibid.*, p. 26

¹³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

y la intervención del juez administrativo para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales¹³⁵.

En esta ley, además, el legislador fijó en el artículo 10 la obligación de la administración pública de decidir de manera uniforme casos con identidad fáctica y jurídica y para ello habría de valerse de las decisiones de unificación expedidas por el Consejo de Estado.

El artículo 10 del CPACA, esencia de este trabajo de investigación, tiene una marcada impronta de constitucionalización en términos del respeto del derecho fundamental a la igualdad, el principio de buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica.

Es decir, el legislador al consagrar esta figura reconoció la importancia de las decisiones administrativas y la aplicación de una regla que obliga a las autoridades administrativas a actuar en consecuencia. En pocas palabras, el legislador desarrolló en dicho artículo los efectos del derecho fundamental a la igualdad, el principio de buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica en un asunto cotidiano de la administración pública, expedir decisiones, y con ello, fundamentar su propio precedente.

1.7.3 La primera vía mixta.

La primera vía mixta (que involucra la actividad legislativa y el control abstracto de constitucionalidad) ha sido la expedición de leyes y decretos con fuerza de Ley que bajo el control abstracto de la Corte Constitucional se determina su interpretación y se fijan sus alcances en términos de constitucionalidad.

Esta primera vía mixta ha tenido un alto impacto en el proceso de constitucionalización del derecho administrativo. Esto por cuanto el legislador encuentra en la Constitución los límites del ejercicio de su competencia que, no en pocas ocasiones es excedida y en ese punto el papel de la Corte es trascendental.

Las decisiones de constitucionalidad abstracta dados los efectos *erga omnes* que poseen tiene la virtualidad de expandirse de manera directa e inmediata por el ordenamiento jurídico administrativo. Así, en muchas ocasiones, la administración pública en el ejercicio de lectura de

¹³⁵ NAMEN VARGAS, Alvaro, «La Ley 1437 de 2011: ¿constitucionalización del derecho administrativo o administrativización del derecho constitucional?» en Rocio ARAUJO OÑATE, (ed.), *Estudios de Derecho Público T II. Liber Amicorum en Homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, Bogotá, D.C, Editorial Universidad del Rosario, Consejo Superior de la Judicatura, Consejo de Estado, 2020.

las disposiciones legislativas debe acompañarse de las sentencias que se han proferido sobre esa norma en particular para efectos de hallar la interpretación que de ella hace la Corte o la condicionalidad de su exequibilidad.

Tan importante es este ejercicio que, dado el efecto citado de dichas decisiones, su desconocimiento implica una verdadera violación de la Constitución.

Así, por ejemplo, en materia de derecho de petición, con la expedición de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, por la cual se reglamentó el derecho fundamental de petición, la Corte expidió la sentencia C-951 de 2014 ejerciendo la competencia de control previo a las leyes estatutarias. Su lectura resulta altamente importante para expresar la idea propuesta en esta vía de constitucionalización. Allí, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de distintos artículos y fijó de manera detallada muchos de los aspectos relativos al ejercicio de la petición como derecho fundamental¹³⁶.

Por otro lado, en relación con el artículo 10 del CPACA, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-634 de 2011. En ella sostuvo que la administración pública en la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia (precedente de la administración) no sólo debe seguir las sentencias de unificación del Consejo de Estado, sino, también, y preferencialmente las de la Corte Constitucional, tanto en control abstracto dados sus efectos *erga omnes*, como las de tutela donde se interpretan y fijan los alcances de los derechos fundamentales.

Esta labor que cada uno de los órganos ejerce dentro del marco de sus competencias, pone de presente la compleja relación que se teje en la disputa por el control de las fuentes del derecho, la fijación y el alcance de las disposiciones normativas y particularmente la interpretación que de ellas debe hacerse. En esta tarea la jurisdicción lleva la delantera dado que se erige como el órgano que posee la competencia de pronunciarse de manera definitiva de la hermenéutica aplicable a las disposiciones normativas. Sin embargo, sin la expedición de normas por el legislador sus pronunciamientos en materia de control abstracto no serían posibles.

En ese sentido, esta vía mixta de constitucionalización ha sido trascendental en la irrigación de la constitución sobre el derecho administrativo, ya no sólo respecto de la correcta interpretación en materia de derechos fundamentales, sino respecto de la interpretación de otras secciones de la Constitución, tales como los asuntos orgánicos y las competencias de las diferentes entidades del

¹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 951 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Estado. Esta es la diferencia radical entre la primera vía autónoma y la primera vía mixta, pues, en la primera sólo hay interpretación de derechos fundamentales, en tanto que, en la segunda, la Corte tiene un margen más amplio de interpretación que depende, o de los cargos formulados en la demanda de inconstitucionalidad, o en caso de ser control previo de constitucionalidad, de la confrontación con todas las normas de la constitución.

De esta manera, muchas de las interpretaciones que de la Constitución deben hacerse en materia de derecho administrativo por la administración, encuentra su hermenéutica en las sentencias de constitucionalidad abstracta. Esto tiene como resultado una indiscutible constitucionalización de las normas de derecho administrativo.

1.7.4 La segunda vía mixta.

La segunda vía mixta implica la transformación de la cultura jurídica nacional¹³⁷ en la que se recurre ampliamente al uso de las fuentes constitucionales en la práctica jurídica general.

No sólo es la acción de tutela, de por sí un instrumento muy valioso para los colombianos, también la acción pública de inconstitucionalidad que ha provocado cerca de quince mil decisiones de la Corte Constitucional con la incidencia que ya se ha comentado (desde 1991 hasta 2022, según datos de la propia Corte).

Es recurrente en la cultura jurídica colombiana, incluso en el día a día de la ciudadanía, el recurrir a la constitución política en diversos asuntos, comprendiendo que, en efecto, ese texto tiene pleno vigor y efectos tanto para las autoridades como para los particulares.

A ello se suma la importancia que ha tomado el derecho constitucional en las distintas facultades de derecho, en las cuales se producen mayoritariamente los discursos jurídicos. Es posible evidenciar el acelerado y continuo ascenso de las publicaciones académicas relacionadas con los asuntos del derecho constitucional. El análisis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales, la estructura del estado y asuntos más problemáticos como el principio de proporcionalidad y los distintos test constitucionales desarrollados por la Corte Constitucional¹³⁸.

¹³⁷ Cfr. TARELLO, Giovanni, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, op. cit.

¹³⁸ Puede consultarse el importante trabajo de QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Los test constitucionales*, Bogotá, D.C, Temis, 2022, 316 p.

La gran importancia que en los círculos académicos se da al derecho constitucional, así como las críticas y conversatorios sobre las sentencias de la Corte Constitucional expresan la relevancia transformadora de la carta política y las sentencias de ese tribunal. En síntesis, ese continuo discurrir y atención prestada a los asuntos constitucionales colaboran, sin duda, a la consolidación de la constitucionalización del derecho administrativo, que de manera gradual va permeando la cultura, entendida como ese marco invisible en el que se agencian las actuaciones en derecho. Una evidencia más de la importancia constitucional en la cultura jurídica del país es que las controversias tienden a escalar y/o focalizarse hasta que admiten lecturas o mejor dicho interpretaciones y argumentaciones de carácter constitucional.

Esta situación entonces amplía el panorama de actuación del derecho administrativo. En la práctica jurídica cotidiana ya no sólo se debate en torno a las reglas fijadas en normas infraconstitucionales, sino que, se discute la manera en que las distintas normas contenidas en la constitución -así como la interpretación que de ellas han hecho los distintos jueces con tal competencia- deben dirigir la toma de decisiones en materia administrativa. Es poco a poco creciente la tendencia a motivar las decisiones administrativas sobre reglas o principios directamente provenientes de la Constitución, así como un frecuente reclamo de los diversos actores por el respeto y aplicación de las disposiciones superiores. Esto, sin duda, expresa la constitucionalización del derecho administrativo.

1.8 La constitucionalización del derecho administrativo y el origen del precedente de la administración pública

La figura del precedente de la administración pública en Colombia tiene su origen en el fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo y, en particular, de las decisiones de la Corte Constitucional.

Para arribar a las afirmaciones de esta sección se hizo uso del análisis de jurisprudencia usando la metodología censitaria *stricto sensu* o literal desarrollado por el profesor Edgar Hernán Fuentes Contreras.

En efecto, en Colombia se conoce la metodología de análisis jurisprudencial propuesta por Diego Eduardo López Medina con la identificación de la sentencia arquimédica y el trazado de líneas de jurisprudencia siempre en relación con un problema jurídico o escenario constitucional prefijado.

Sin embargo, esta metodología abandona expresamente los usos conceptuales, como bien lo sostiene el autor.

Así, dado que este trabajo realiza un análisis conceptual a efectos de analizar el origen de una figura jurídica, no es apropiado el uso de la metodología del profesor López Medina.

Para los fines de este trabajo, en cambio, es de total utilidad el método censitario anunciado.

El método censitario lato sensu (o temático) y el método censitario stricto sensu (o literal) son dos subdivisiones o opciones metódicas que permiten una individualización de las providencias de la Corte Constitucional. El primer enfoque se relaciona directamente con la búsqueda temática del concepto o categoría jurídica de interés. Para ello, se seleccionan providencias que ya han sido clasificadas por la Corte Constitucional y se realiza un seguimiento e individualización de estas. El enfoque censitario literal busca individualizar cada una de las fuentes primarias de investigación al enumerar y recopilar las providencias proferidas por la Corte Constitucional y también determinar cuántas veces se emplea el término o frase en todos los fallos de la Corte Constitucional colombiana¹³⁹.

De ese modo, se siguió la metodología censitaria literal o *stricto sensu*. Para ello, se acudió al portal de Relatoría de la Corte Constitucional y se hizo uso del buscador con la herramienta “[t]exto completo de las providencias”.

Allí, se utilizó la frase exacta “precedente de la administración pública” sin que la búsqueda arrojara ningún resultado.

Ante este panorama, se realizó la búsqueda con la expresión sinónima “precedente administrativo”. Los resultados de esta búsqueda fueron nueve providencias. De ellas, cuatro se refieren al concepto de precedente administrativo entendido como una decisión tomada por la administración mediante acto administrativo de carácter particular y concreto.

Esas providencias son las T-334 de 1998¹⁴⁰, T-506 de 1998¹⁴¹, T-545 de 2004¹⁴² y C-537 de 2010¹⁴³.

¹³⁹ FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán, LÓPEZ SUÁREZ, Beatriz Eugenia y VILLEGAS RINCÓN, Adriana, «Facticidad y acción de tutela», *art cit*

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-334 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-506 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-545 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-537 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Las restantes providencias C-634 de 2011, A-316 de 2017, T-638 de 2017, C-442 de 2019 y SU-067 de 2022 no tienen relación alguna con el concepto de interés para este trabajo.

En efecto, la primera de ellas hace alusión a la obligación de las autoridades administrativas de seguir el precedente judicial. La segunda, un conflicto de competencias relacionado con el reparto de acciones de tutela en el que la Corte relata los hechos y un Juzgado sostiene no asumir competencia de impugnación de acciones de tutela según un concepto emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que aquel asume como un “precedente administrativo”.

La sentencia T-638 de 2017 se refiere al precedente en materia contencioso administrativa al igual que lo hace la sentencia SU-067 de 2022. Finalmente, la sentencia C-442 de 2019 usa de manera poco comprensible la expresión en relación con los trámites de convalidación de títulos académicos extranjeros.

Así las cosas, en las sentencias T-334 de 1998, T-506 de 1998 y T-545 de 2004 se refleja la importancia de la primera vía de constitucionalización del derecho administrativo aludida en líneas anteriores y se contiene, en ese orden cronológico, las veces que la Corte asumió la existencia de un precedente administrativo o de la administración pública.

En estas tres decisiones la Corte aborda un fenómeno al que denomina “precedente administrativo”. Esencialmente, sus decisiones se relacionan con la expedición de decisiones administrativas de carácter particular y concreto. En el primer caso, actos administrativos expedidos por la alcaldía local de Chapinero, en Bogotá. La segunda por la expedición de una resolución por Corporaciones en un trámite de reconocimiento pensional y la tercera por un asunto, también de carácter laboral, en el que el INVIAS negó el reconocimiento de pensión convencional a un trabajador oficial.

En estas tres decisiones, la Corte resalta el derecho fundamental a la igualdad como esencial en las actuaciones administrativas dado que, si se decide en un sentido en favor de un ciudadano, una decisión posterior que tenga similitud fáctica y jurídica, decidida de manera opuesta implica una violación evidente al derecho a la igualdad. En el último caso, la Corte dejó sin efectos los actos administrativos expedidos por INVIAS y le ordenó decidir de conformidad con lo motivado en esa sentencia.

Finalmente, en el año 2009, el legislador introdujo la figura de doctrina probable en el ámbito de la protección de la competencia, cuando existían tres decisiones uniformes de la Superintendencia de Industria y Comercio, adoptadas en las actuaciones de protección de la competencia. El artículo 24 de la Ley 1349 de 2009, dispuso que, tres decisiones uniformes de tal autoridad, frente a un mismo asunto constituían doctrina probable.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esa norma en la sentencia C-537 de 2010. Allí sostuvo que esa norma generaba “una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.” Fue justamente ese tribunal, como se citaba líneas arriba, la primera en referirse al precedente de la administración pública en la sentencia T-334 de 1998. Allí se expresó con claridad la conexión existente entre el derecho fundamental a la igualdad, con la garantía de un trato igualitario por parte de la administración pública. Siendo así, es posible sostener con acierto que, es la jurisprudencia constitucional la que sostiene por primera vez en el sistema de fuentes del derecho colombiano el concepto de “precedente administrativo” como una obligación de la administración pública y que este se construyó sobre la base de un derecho fundamental cuya relevancia deviene del fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo en el que los derechos fundamentales son un eje axial.

En igual sentido, al analizar con uso del método histórico, la génesis de esta figura, se encuentra que la consagración legal que facultó a la administración a consolidar sus propios precedentes, en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011¹⁴⁴, se hallan como antecedentes un conjunto de pronunciamientos de constitucionalidad¹⁴⁵, y la decidida actuación del legislador para reiterar a la administración la obligación expresa de decidir de manera coherente e igualitaria en asuntos que contengan identidad de causa y de derecho. En esa tarea entonces, según el citado artículo 10 impone a la administración tiene el deber de aplicar las sentencias de unificación del Consejo de Estado y las sentencias de la Corte Constitucional que interpretan y fijan los alcances de las disposiciones de la Constitución.

De esto deviene una infranqueable obligación administrativa de conocer los aspectos esenciales a nivel dogmático y práctico en la aplicación, por un lado del texto constitucional, que

¹⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

¹⁴⁵ En ellas citadas decisiones de la Corte Constitucional.

plantea profundos problemas en su interpretación y en la argumentación de las decisiones que acuden a sus cláusulas para sostener fallos o crear reglas jurídicas, a través del precedente judicial; institución que, por otro lado, sirve de ejemplo y de modelo, para pensar el funcionamiento y análisis de la teoría local del precedente de la administración pública que se pretende desarrollar más adelante.

1.9 Síntesis del capítulo

Este capítulo, ha demostrado de manera suficiente la inescindible relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo. Las transformaciones en la cultura jurídica a causa de los sucesos históricos de la segunda posguerra del siglo XX, han trazado un nuevo camino en la comprensión del derecho y han demostrado que las instituciones del Estado tienen una capacidad de transformar la sociedad de una manera impensada. El arribo de la justicia constitucional y las transformaciones teóricas y prácticas que han impactado de manera directa la forma en que la administración pública se comporta, y finalmente, la relevancia que han venido a ocupar los derechos fundamentales en la irradiación sobre las distintas disciplinas del derecho y en especial del derecho administrativo.

El papel de la Corte Constitucional es indiscutible. Tal vez uno de los más grandes aciertos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Su labor ha sido clave para la garantía de la supremacía constitucional y la transformación del paradigma de la legalidad, al sometimiento de la administración, al ordenamiento jurídico constitucionalizado, lo que ha significado un verdadero cambio del sistema de fuentes del derecho administrativo, que tiene como base el texto constitucional.

La labor del legislador, en este proceso no ha sido menor. Su tarea de expedir las normas y regular los distintos asuntos de la administración pública llama a un compromiso esencial con la vigencia de los derechos fundamentales que esperan ser atendidos, protegidos y garantizados por las diversas autoridades político – administrativas que conforman el Estado colombiano.

Esta intención fue la que tuvo el legislador al momento de pensar que la administración en sus decisiones estaba facultada para consolidar sus propios precedentes y que, al mismo tiempo, asegurará elementales principios democráticos como el debido proceso, la igualdad, la no discriminación, y la paz. Pues, una ciudadanía que encuentra en las decisiones de la administración la garantía de sus derechos es una ciudadanía que puede convivir en paz y en armonía social.

En síntesis, entonces, el derecho administrativo colombiano evidencia una amplitud de rasgos de constitucionalización y la administración pública como protagonista esencial en la relación de la ciudadanía con el Estado, debe comprender esta realidad y obrar de acuerdo con ella.

Sin embargo, es evidente que asignarle a la administración, la facultad jurídica de crear y consolidar sus propios precedentes representa un auténtico desafío, no sólo para la sistematización y coherencia dogmática del derecho administrativo, sino para el servidor público, que maneja otras formas de razonamiento jurídico que deben homologarse, a las del razonamiento judicial, al menos en el eje de interpretación – argumentación de las decisiones, en este caso administrativas, pero en términos finales, de protección de derechos fundamentales-. Razón que anima, a proponer una teoría local del precedente administrativo, que recoja estos elementos y los ponga a disposición de los servidores de la administración.

Capítulo II

Fundamentos dogmáticos y prácticos de un sistema jurídico de precedentes

2.1 Preliminares

Este capítulo desarrolla los fundamentos dogmáticos y prácticos de un sistema jurídico de precedentes, poniendo de relieve el papel que juega la interpretación y la argumentación jurídica en la construcción de esta institución jurídica. Asunto hasta ahora poco explorado entre los estudiosos de esta institución, toda vez que, en la tradición y cultura jurídica colombiana, el enfoque de la discusión ha consistido en debatir, por un lado, las tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente judicial, y por otro lado, las tesis en contra de la vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia¹⁴⁶. Por ello, plantear desde la reflexión dogmática, un análisis desde las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica es un aporte novedoso al campo que se pretende estudiar.

En este apartado se reconstruirá de manera muy breve algunos elementos propios de la dogmática del precedente jurisprudencial, al tiempo que se va planteando, en una especie de homologación, las aplicaciones o funciones analógicas que de esta institución pueden trasladarse a la construcción de la dogmática del precedente de la administración pública.

El ejercicio anterior cobra relevancia por cuanto en el sistema jurídico colombiano los precedentes judiciales son vinculantes para las autoridades públicas, que deben acudir constantemente a las decisiones judiciales para justificar sus propias decisiones. Por ello es imprescindible el conocimiento de esta institución jurídica, a efectos de inspirar una teoría local del precedente de la administración pública.

El enfoque para este capítulo consiste en estudiar el concepto de precedente en un sentido general. Se propone examinar sus fuentes históricas y explorar los diversos elementos que han surgido alrededor de esta teoría.

Esta sección se esfuerza por demostrar la relevancia de la dogmática del precedente e identificar similitudes entre el establecimiento de precedentes dentro de marcos judiciales y administrativos. Tal análisis es fundamental para comprender la construcción del precedente en el

¹⁴⁶ En la discusión pueden identificarse con claridad las tesis a favor de la vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia, defendidas entre otros por, Diego López Medina y Carlos Bernal Pulido, y las tesis en contra de la vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia, defendidas entre otros por, Tamayo Jaramillo y Alexei Julio Estrada de manera indirecta sobre el argumento de la separación de poderes.

ámbito de la administración pública, ya que permite establecer una base sólida y coherente para el desarrollo de precedentes normativos en dicho ámbito.

Además, este estudio permitirá analizar cómo se puede lograr una homologación efectiva que respete las características y objetivos específicos de cada institución involucrada en la creación y aplicación de precedentes. El estudio entonces, del concepto de precedente, en un sentido general, es crucial para comprender su importancia y aplicación tanto en sede judicial como administrativa.

2.2 Breve referencia a la dogmática.

La tarea trazada se relaciona con los fundamentos dogmáticos del precedente, se presenta por ello, una breve reflexión del concepto de dogmática jurídica.

La dogmática jurídica, en términos clásicos, se define como una disciplina dentro del derecho que se encarga de estudiar y analizar los principios, conceptos y normas del ordenamiento jurídico vigente. Esta disciplina se enfoca en el estudio de las normas jurídicas existentes y su interpretación, así como en la búsqueda de la coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico¹⁴⁷.

La dogmática también se refiere a los estudios o comentarios que tienen como objetivo describir (interpretar o sistematizar) el derecho positivo actual. Busca iluminar lo establecido por la ley existente y discernir su significado¹⁴⁸.

El término "dogmática jurídica" también se emplea para referirse al enfoque adoptado por algunos estudiosos del derecho alemán del siglo XIX, como Laband, Jellinek, el primer Ihering, y Savigny: la conocida jurisprudencia conceptual¹⁴⁹.

El término "dogmática jurídica", también se emplea para referirse no solo a un conjunto de tesis metodológicas defendidas y utilizadas durante el siglo XIX, sino también a una posterior reinterpretación de esas ideas que aún hoy en día son ampliamente utilizadas. En este sentido, la frase "dogmática jurídica" se utiliza en relación con "formalismo jurídico"¹⁵⁰.

¹⁴⁷ PEREIRA, Gabriel, La incorporación de la investigación empírica a la agenda de enseñanza del derecho, En, Derecho y Ciencias Sociales, 2020, no. 22, p. 114-143

¹⁴⁸ PECZENIK, Aleksander, Can Philosophy Help Legal Doctrine?, En, Ratio Juris, 2004, vol. 17, no. 1, p. 106-117

¹⁴⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Metodología del derecho: (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas), Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1945, 399 p.

¹⁵⁰ Cfr. lo propuesto por ATIENZA, Manuel, Cómo desenmascarar a un formalista, En, Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho, 2011, no. 34, p. 199-201; y NUÑEZ VAQUERO, Álvaro, Ciencia jurídica realista: modelos y justificación, En, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, noviembre, 2012, no. 35, p. 717-747

Así las cosas, la visión tradicional de la dogmática limita su función a la mera descripción del ordenamiento jurídico sin ofrecer una valoración al respecto. Bajo esta perspectiva, se entiende que el propósito principal de la dogmática es resaltar las dificultades existentes frente a problemas como la indeterminación del lenguaje, las antinomias y los principios. Mediante una reconstrucción sistemática no evaluada de supuestos normativos útiles para resolver casos específicos, esta forma clásica de abordar la dogmática busca proporcionar una comprensión de los desafíos legales planteados¹⁵¹.

Sin embargo, resulta necesario ir más allá de esta visión restringida e implica incorporar un enfoque crítico en el análisis dogmático. La posibilidad misma del análisis crítico radica en superar esa mirada neutral que solo describe las reglas jurídicas sin cuestionar. Ante este panorama, ha aparecido una nueva manera de definir la dogmática, según la cual es importante que las investigaciones jurídicas, entendidas como dogmáticas, se enfoquen en temas axiológicos y propositivos en lugar de limitarse a temas exclusivamente formales y normativos¹⁵².

La concepción de este trabajo, se anima en esta nueva visión de la dogmática, entendida como un par de anteojos para pensar la teoría local del precedente de la administración y reflexionar sobre sus dos pilares: las teorías de la interpretación y la argumentación, que aunque han sido pensadas por centros de producción hegemónicos del derecho, pueden prestar una utilidad práctica en apoyo del razonamiento que los servidores públicos que tienen la función de consolidar precedentes en los campos de respuesta de la administración, deben empezar a utilizar.

Aquí la intención es proponer críticamente que los principios doctrinales influyen en la aplicación e interpretación de las normas legales, sosteniendo su relevancia para resolver los conflictos jurídicos vigentes. En ese sentido, el abordaje de este asunto debe situar la discusión en el terreno de la dogmática, como aquel campo del conocimiento jurídico que se ocupa no sólo de la sistematización y análisis de las normas legales, jurisprudencia y doctrina, sino que la dogmática

¹⁵¹ COURTIS, Christian, «El Juego de los Juristas» en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 108

¹⁵² BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, Por una dogmática conscientemente política, *En*, Anuario de Filosofía del Derecho, 2000, no. 17, p. 179-213

crítica debe buscar que las soluciones propuestas para resolver casos problemáticos se generen de una rigurosa pero creativa interpretación de los valores consagrados en el sistema jurídico¹⁵³.

Además, buscando asegurar que las soluciones propuestas sean compatibles con una interpretación posible de los valores del ordenamiento jurídico y que respeten los derechos fundamentales, el correcto funcionamiento de la administración pública y la salvaguarda de la legalidad como garantía contra la posible arbitrariedad de la administración. Por lo tanto, aquí se adhiere a la consigna de que la dogmática debe ser consciente de que detrás de una discusión sobre soluciones alternativas para un caso problemático, existe una discusión axiológica y política relacionada con la comprensión de los valores y su interpretación dentro del sistema jurídico, que tiene en cuenta la importancia de proponer soluciones adecuadas al contexto local.¹⁵⁴

El análisis dogmático del precedente jurisprudencial implica examinar y comprender el fundamento teórico y técnico detrás de su aplicación. Para trasladar este análisis dogmático del precedente jurisprudencial a la doctrina del precedente de la administración pública se deben tener en cuenta varios aspectos.

En primer lugar, es necesario establecer que el precedente administrativo no requiere de la reiteración para adquirir autoridad. En segundo lugar, el precedente administrativo debe ser analizado de manera objetiva, teniendo en cuenta su valor intrínseco. Este análisis objetivo implica examinar las circunstancias y fundamentos legales que respaldaron la decisión tomada en el caso administrativo previo, así como los hechos puestos a decisión.

El análisis dogmático del precedente en la administración pública implica también identificar los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dictum*, es decir, las razones jurídicas en las que se basó la decisión administrativa previa y los dichos de paso usados en la argumentación, para ser incorporados y desarrollados en la configuración del precedente administrativo.

Por otro lado, es importante señalar que el análisis dogmático del precedente en la administración pública igualmente impone la necesidad de considerar las particularidades propias

¹⁵³ COURTIS, Christian, «El Juego de los Juristas», *art cit*, p. 112

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 112

del ámbito administrativo. Esto significa, tener en cuenta los principios y normas que rigen la actuación de la administración pública, así como las funciones y competencias específicas de cada entidad. Además, al trasladar el análisis dogmático del precedente jurisprudencial a la doctrina del precedente de la administración pública, se debe tener en cuenta que el precedente administrativo tiene un carácter vinculante para la entidad o autoridad que lo dictó, e influye en la toma de decisiones futuras, sin que esto signifique que no hay posibilidad de apartamiento del precedente, como también ocurre en sede judicial, teniendo en cuenta la carga argumentativa que debe vertirse a efectos de justificar el apartarse del precedente.

El análisis dogmático del precedente requiere, por tanto, una evaluación meticulosa de las decisiones administrativas previas y su fundamentación legal, con el objetivo de establecer criterios interpretativos coherentes y consistentes que puedan ser aplicados por la administración pública en casos similares.

Como puede identificar el lector, estos son asuntos, que se reflexionan en el terreno de la dogmática jurídica, y cada ítem de los señalados se constituye en piezas fundamentales de la teoría de los precedentes, tanto judiciales como administrativos. Pero antes de volver a ellos, es necesario delinear los orígenes histórico – dogmáticos del precedente.

2.3 Distinción inicial. Entre el civil law y el common law: orígenes de la teoría dogmática clásica en torno a la institución jurídica del precedente.

Es tradicional que en la doctrina jurídica se distingan los dos sistemas de derecho preponderantes en occidente; el sistema del derecho común o *common law* y el sistema de derecho civil o civil law, este también conocido como derecho continental, romano germánico o de derecho legislado.

A continuación, se presenta un sucinto panorama histórico dentro de ambas tradiciones, con la finalidad de identificar los rasgos característicos de lo que aquí se llamará: la teoría dogmática clásica, en torno a la institución jurídica del precedente.

El fundamento de esta distinción, en ambas tradiciones, suele reposar en el sistema de fuentes del derecho y en el papel de los jueces en el Estado. Para el *common law*, por ejemplo, la costumbre y las decisiones judiciales son fuente de derecho, por lo que, la visión consuetudinaria y viva del fenómeno jurídico, es un rasgo esencial, que permite entender el papel activo y creador

del derecho que se le reconoce al poder judicial. Así lo sostiene el profesor Pereira Menaut al afirmar que uno de los principios de la judicatura inglesa es la independencia de los jueces que, implica “que están vinculados por las sentencias anteriores. Esta es la doctrina del precedente judicial o *stare decisis* (“estarse lo decidido”), típica del judicialismo y de la mentalidad prudencial y conservadora inglesa que parte de la base de que, si una solución ha sido buena en el pasado, no hay por qué apartarse de ella en principio.”¹⁵⁵

No obstante, el profesor Pereira hace una advertencia importante que seguramente ha pasado inadvertida cuando se habla de la tradición del *common law*. Es punto central que al hablar de esta tradición se entienda como el sistema jurídico de los países anglosajones donde la fuente principal del derecho son las decisiones de los jueces.

Tal acepción no es del todo cierta si se sigue el trabajo de Pereira. En efecto, el autor sostiene que el *common law* es una fuente en el derecho en el Reino Unido, es el “derecho no escrito de Inglaterra, Gales y muchos de los países que en el pasado formaron parte del Imperio británico, creado por los tribunales del reino y derivado de los antiguos usos. Es, sobre todo, derecho privado.”¹⁵⁶. De esta manera, el autor distingue el *common law* del *case law* (es decir, el derecho creado por los jueces sobre la base de fijar precedentes), del *statute law* (es decir, de las leyes escritas expedidas por el parlamento).

Sobre la génesis del *common law*, el profesor Pereira coincide con Herzog quien relata que el *common law*, como tradición jurídica nace y se consolida en la tierra de los ingleses luego de la ocupación normanda del año 1066, particularmente con la creación de los “*writs*” y las cortes imperiales del rey, como escenario de justicia en que se decidían los casos, estos fueron recopilados en “*year books*”, atendiendo a los “*writs*” existentes como bases jurídico procesales que permitían iniciar un litigio. Así, los “*writs*”, para la época posterior al año 1189, se constituyeron en documentos constitutivos de derechos, de modo tal, que en tanto existiera un “*writ*”, se podía presentar ante la corte del rey un litigio que guardara similitud con aquel para su procedencia¹⁵⁷.

¹⁵⁵ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. El ejemplo constitucional de Inglaterra. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, ISBN 978-607-02-1768-5, p. 203.

¹⁵⁶ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. El ejemplo constitucional de Inglaterra. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. ISBN 978-607-02-1768-5. p. 3

¹⁵⁷ HERZOG, Tamar, Una breve historia del derecho europeo, los últimos 2500 años, Trad. Miguel Ángel Coll Rodríguez, Madrid, Alianza Editorial, p. 118

Es oportuno indicar que la formación del *common law* tiene como base la tradición romana de la época clásica, es decir, aquella en la que las decisiones de los pretores tenían gran relevancia. Así, el *common law* se separó de la tradición romana codificada de Justiniano, para adoptar el modelo jurídico de la República Romana. Esto implica, que la “determinación inglesa del derecho, lo mismo que la clásica romana, no se funda en primer lugar sobre leyes sino sobre casos jurídicos particulares; ambos significan determinación del derecho, pero, caso por caso, es decir ambos son “*caselaw*”¹⁵⁸.

A partir de este elemento, es decir, del “*caselaw*”, es que se puede sostener que, pese a que se suela enfrentar las dos tradiciones, realmente ambas guardan una similitud innegable: el deber de los jueces de enfrentarse a la resolución de casos, como escenarios fácticos que determinan en última instancia el manejo de las fuentes del derecho; la concepción jurídica del derecho que tienen los intérpretes, la lógica de los sistemas de administración de justicia y sus resultados o pretensiones en el marco de un mundo político y jurídico que espera decisiones revestidas de legalidad, validez, eficacia y justicia.

En el *common law* los jueces deciden basándose en casos pasados, o en su percepción de aquello que es justo y razonable, adecuándose a las costumbres para luego justificar con razones sus decisiones. En ese sentido, en el funcionamiento de un modelo de precedentes los jueces suelen aplicar lo que en el pasado se ha decidido, de modo tal que el derecho se desarrolla sin que necesariamente existan normas escritas. Así, el derecho es eminentemente de creación judicial en el devenir del ejercicio de juzgar los litigios particulares y le atribuye al juez, el ir fijando en el conjunto de decisiones anteriores, una regla de derecho. En palabras de Holmes: “[e]l mérito del *common law* es que primero se resuelve el caso y luego se determina la regla”¹⁵⁹

Ante este panorama, el derecho anglosajón tiene una característica de derrotabilidad o posibilidad de variación de las decisiones anteriores para efectos de acoplarse a la realidad social cambiante con criterios de razonabilidad, de esta manera “el *common law* se purifica a sí mismo y se adapta a las necesidades de cada día.”¹⁶⁰

Por su parte, para el *civil law* tradición que, a través de los procesos de colonización epistémica y jurídica, ha llegado con más fuerza a la cultura jurídica colombiana, la fuente esencial

¹⁵⁸ RADBRUCH, Gustav, *El Espíritu del Derecho Inglés*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 11

¹⁵⁹ WENDELL HOLMES, Oliver, *Codes, and the Arrangement of the Law*, *En*, *American Law Review*, 1870, vol. 5, p. 1

¹⁶⁰ FULLER, Lon Luvois, *The Law In Quest of Itself*, Boston, Beacon Press, 1940, p. 140

de derecho ha sido la ley, de modo que el papel de los jueces se asume como el de ser meros aplicadores de la misma, en un ejercicio mecánico del derecho, pues el juez sólo debe adecuar los hechos a la ley y aplicar la consecuencia jurídica por ella prevista para administrar justicia¹⁶¹.

El *civil law*, sigue la tradición continental del derecho romano y la codificación justiniana, ha asumido que las fuentes del derecho implican, ante todo, la preexistencia de normas escritas que son posteriormente utilizadas para la resolución de los casos puestos al conocimiento de la justicia. En esencia, el *civil law* se distingue de la otra tradición jurídica en que las normas jurídicas provienen de textos escritos conocidos por el pueblo en forma de codificaciones, que intentan regular la mayor parte de las situaciones en las que el derecho como mecanismo de regulación de la acción humana es requerido.

Como correlato de lo anterior, el juez a efectos de decidir un caso aplica el método de la subsunción, que requiere un razonamiento deductivo según el cual debe buscar encajar los hechos del caso en la norma jurídica previamente fijada por el órgano legislador.

El rasgo dogmático clásico, presente en esta tradición jurídica, es la visión general de un sistema de derecho legislado que está en cabeza de los parlamentos o congresos, que prevén los casos futuros en codificaciones que tienen una pretensión de universalidad y coherencia interna, que brinda a los jueces y a la administración las pautas para decidir sin que sea relevante acudir a decisiones judiciales pasadas a menos que como mera fuente auxiliar u orientativa se trate. En otras palabras, el sistema de derecho continental asume que las respuestas jurídicas que requieren los jueces y la administración se encuentran en códigos completos, pormenorizados y coherentes¹⁶².

En términos generales, y para los efectos de este trabajo, puede distinguirse el *common law* y el *civil law* por el papel del juez en la creación del derecho; en la primera tradición mencionada tiene una gran relevancia, en tanto que, en la segunda, ocupa un lugar de mera fuente auxiliar, o al menos así lo ha sostenido la dogmática clásica de corte formalista.

¹⁶¹ Rasgo que sin duda, atraviesa toda la historia del formalismo jurídico y de la dogmática clásica, que ve al juez como un ente subordinado, por respeto al principio democrático a la tarea del legislador, esto es, al de hacer la ley, que además, se presume completa, determinada, sin vacíos o contradicciones (el mito del positivismo formalista decimonónico) y que por ello no requiere más que la aplicación de los métodos clásicos de interpretación propuestos por Savigny para resolver posibles conflictos interpretativos. Sobre este punto, se volverá más adelante en la sección de teorías de la interpretación y argumentación jurídica aplicables a la dogmática del precedente.

¹⁶² Cfr. MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 4 ed., Stanford, Stanford University Press, 2018, 192 p.

Por otro lado, el papel del legislador en el *civil law* es el de la regulación de los casos futuros mediante leyes generales, impersonales y abstractas creando reglas y principios, mientras que en el *common law*, esa labor es mayoritariamente de los jueces.

En ese sentido, en los países de tradición de *civil law* ha operado una profunda resistencia por reconocer en el juez la facultad de crear derecho, tal como ha sido el caso en Colombia (situación que ha cambiado recientemente).

2.3.1. El papel del juez en la interpretación y aplicación del derecho

Durante la Edad Media era aceptado que el juez pudiera tener mucha discreción al interpretar las reglas que se aplicaban a un caso particular. La razón principal detrás de este fenómeno es la preponderancia en ese período de una concepción del derecho en la que el derecho no era creado ni dictaminado por la voluntad humana, sino que ya existía y solo debía ser descubierto. El derecho era preexistente y se derivaba del concepto de derecho natural como reflejo divino por necesidad. Como resultado, cada sociedad política simplemente adoptaría ese marco legal en función de sus propias costumbres y prácticas.

El juez desempeñaba un papel importante en el proceso de aplicación normativa, ya que su misión principal era identificar el derecho para aplicarlo en el caso correspondiente. En consecuencia, este trabajo no se limitaba únicamente a aspectos cognitivos, sino que también incluía activamente los juicios personales y las intenciones del juez.

Cuando se produce el cambio en la concepción del derecho y comienza a ser considerado como el resultado directo de la voluntad de la autoridad política (un proceso que tiene su origen con el surgimiento del Estado-nación a través de las monarquías absolutistas), también cambia el papel del juez. Las revoluciones liberales del siglo XVIII (especialmente la Revolución Francesa de 1789) intensificaron las implicaciones de este modelo. La autoridad legislativa adquirió la legitimidad con la caída de las monarquías absolutistas y el surgimiento de asambleas representativas democráticas. En consecuencia, la capacidad de los jueces para tomar decisiones se vio aún más limitada al interpretar el derecho.

La culminación de esta concepción restrictiva sobre la interpretación judicial tuvo lugar durante el proceso europeo de codificación del derecho a lo largo del siglo XIX. Esta concepción silogística consistía en aplicar las normas establecidas por el código sin margen para discusión

alguna por parte del juez¹⁶³. La idea radica en que el juez está completamente subordinado a la ley, la cual es considerada como la manifestación de la voluntad general. Por lo tanto, la actividad judicial se entiende como la incorporación del caso específico en la regla general.

En este escenario, la interpretación y todas las formas de jurisprudencia conceptual y deductiva de la escuela exegética -que fueron el movimiento teórico predominante del siglo XIX- distinguen entre la creación del derecho (actividad del legislador) y la aplicación deductiva y racional del mismo (la sentencia del juez), y así se logra, en primer lugar, la seguridad jurídica, ya que la decisión judicial está contenida en la norma general que todos conocen. En segundo lugar, se cumpliría con el principio democrático al ser el juez solo la voz de la Ley.

Las decisiones tomadas serían consideradas justas en términos sustantivos, ya que, de acuerdo con la visión de la voluntad general expuesta por Rousseau¹⁶⁴, se asume que la ley es recta. En consecuencia, también se puede afirmar que la aplicación deductiva de dicha ley es justa debido a que el juez simplemente traslada al caso específico las intenciones democráticas y racionales del legislador.

Luego, la escuela de la exégesis propuso una serie de herramientas con el objetivo de garantizar que el juez se sometiera por completo a la ley. Así, esta corriente de pensamiento desarrolló una técnica jurídica cuyo propósito era asegurar que la labor judicial fuera puramente cognitiva y no creativa o voluntaria. En virtud de esta concepción formalista y deductivista de la interpretación, al juez solo le estaba permitido aplicar las órdenes emanadas del legislador en relación con un caso particular. Por lo tanto, se trata de una perspectiva de la interpretación que solo permite al intérprete verificar el derecho y los hechos relevantes en lugar de ejercer su voluntad¹⁶⁵.

El *Civil Law* llegó a Colombia principalmente a través de la influencia del colonialismo español. Durante la época colonial, las autoridades españolas implantaron su sistema de leyes basado en el derecho romano, incluido el derecho civil, en sus colonias americanas, entre ellas Colombia. Posteriormente, después de la independencia, muchos países de América Latina, incluida Colombia, buscaron establecer sus propias identidades legales y políticas en lugar de

¹⁶³ Esta síntesis histórica proviene de UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Abel Antonio, *Interpretación judicial*, 2 ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008, p. 76

¹⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, 1 ed., Mexico, PRD, 2017, 124 p.

¹⁶⁵ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Abel Antonio, *Interpretación judicial, op. cit.*, p. 141-142

continuar con la tradición legal española. No obstante, los sistemas de derecho civil que habían sido implantados durante la época colonial siguieron siendo la base de estos nuevos sistemas legales.

En esa línea, el desarrollo del formalismo jurídico como enfoque teórico y dogmático dominante del *Civil Law* en Colombia, ha sido gradual a lo largo de los siglos XIX y XX. En la actualidad, el formalismo colombiano se compone de una combinación compleja derivada de tres influencias iusteóricas distintas.

En primer lugar, está la recepción del Código Napoleónico en Colombia y la adopción predominante del método exegético francés durante el siglo XIX. En segundo lugar, se encuentra el impacto causado por los métodos romanistas y privatistas alemanes del siglo XIX, tal como fueron presentados en las propuestas metodológicas de Karl Friedrich Von Savigny y Rudolf Von Ihering. Estas nuevas metodologías, cuyo impacto en la teoría particular del derecho es de la mayor importancia, se trasplantan primero a Francia, y por su intermedio a América Latina para construir una nueva comprensión dogmática del derecho; y tercero, ya bien entrado el siglo XX, la recepción, transformación y asimilación de la más influyente de todas las teorías positivistas europea: la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen¹⁶⁶.

Las estructuras teóricas de la cultura jurídica colombiana fueron creadas por estas tres expresiones de formalismo - textualismo (exégesis, conceptualismo y kelsenianismo). A pesar de sus divisiones internas, esta teoría se convirtió en un dogma en las mentes de los operadores jurídicos y se convirtió en la más importante, poderosa y natural de las teorías subyacentes a la conciencia jurídica local y la cultura jurídica colombiana.

En efecto, la adopción de la teoría europea del derecho privado del siglo XIX ha moldeado la concepción predominante sobre la naturaleza del derecho en Colombia. Esta influencia se extiende a todos los ámbitos de tratamiento dogmático y positivista del derecho. La teoría local se basa principalmente en una interpretación clásica de estos postulados que están vinculados tanto con la citada escuela francesa de la exégesis como con el antedicho conceptualismo alemán. De esta manera se puede apreciar cómo los elementos fundamentales derivados de estas corrientes transnacionales han sido asimilados e incorporados por las doctrinas jurídicas locales.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, 3 ed., Buenos Aires, EUDEBA, 2020, 183 p.

Este formalismo kelseniano en América Latina se desarrolló entre el período comprendido entre 1855 y 1886, cuando comenzó a difundirse gradualmente por toda la región el Código Civil Francés. Esta corriente académica de enseñanza y escritura floreció desde finales del siglo XIX hasta principios del siglo XX, con la publicación de comentarios y tratados que buscaban explicar dicho código. Sin embargo, estas ideas tradicionales apenas fueron confrontadas por primera vez en su núcleo fundamental por una nueva comprensión antiformalista del derecho que empezó a ganar fuerza en la región durante los años treinta gracias a autores como Jossierand¹⁶⁷ (en el campo del derecho civil) y Leon Duguit¹⁶⁸ (en el campo del derecho público) cuyas reflexiones fueron traídas a Colombia principalmente por la Corte Suprema de Justicia.

A pesar de que el formalismo obtuvo gran fortaleza a causa de franceses y alemanes, todavía se necesitaba la teoría pura del derecho de Hans Kelsen para proporcionar un marco sistemático al positivismo jurídico. Sobre esta triple base, los latinoamericanos construyeron una teoría legal-positivista del derecho que informa su comprensión profunda del mismo.

La teoría de Kelsen introdujo un nuevo paradigma dominante que compensó las deficiencias del formalismo. La transformación particular en América Latina hizo que la teoría de Kelsen se convirtiera en una validación teórica moderna para la dogmática clásica.

Una vez que la versión práctica del formalismo textualista fue consolidada y respaldada por una teoría jurídica moderna y científica (kelsenianismo), se fortaleció la conciencia jurídica colombiana en forma de un conglomerado neoclásico. Este último adquirió hegemonía debido a su estrategia bien coordinada: por un lado, se dirigió directamente a las prácticas de los profesionales del derecho poco interesados en los detalles de la teoría jurídica de corte formalista, al mismo tiempo que proporcionaba una versión altamente sofisticada e integral de los principales principios fundamentales del positivismo jurídico (kelsenianismo) que más interesaba a los teóricos¹⁶⁹.

El formalismo textualista (como expresión de la Escuela de la Exégesis) se basa en dos principios fundamentales: por un lado, se defiende la coherencia y plenitud del ordenamiento

¹⁶⁷ JOSSERAND, Louis, Curso de derecho civil positivo francés, Medellín, La Pluma de Oro, 1977, 358 p. Versión original en Francés: JOSSERAND, Louis, Cours de droit civil positif français, Librairie du Recueil Sirey, 1930.

¹⁶⁸ DUGUIT, León, Las transformaciones del Derecho público, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2022, 198 p. Versión original: DUGUIT, León, Les Transformations du droit public, Paris, Armand Colin, 1913 xix, 285 p.

¹⁶⁹ Con todo el detalle se puede profundizar en LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, op. cit., p. 110 y ss, de quién se extraen estas ideas.

legal, ya que, según esta perspectiva, el derecho ha previsto una solución única para todos los casos. Por otro lado, se afirma que el proceso de interpretación del derecho es neutral, lo que permite al juez encontrar siempre la solución si aplica con habilidad las reglas hermenéuticas.

Las diversas críticas a estas posturas tienen como objetivo demostrar la fantasía teórica de esos dos conceptos, los cuales surgen de una idea errónea o al menos bastante ingenua del sistema, del lenguaje del derecho y de la propia actividad judicial.

En primer lugar, estas ideas minimizan las lagunas y contradicciones inevitablemente presentes en el sistema legal, lo que legitima la idea de un legislador omnisciente, quien tendría la capacidad de anticipar y controlar todas las situaciones relacionadas con el derecho. Es la leyenda del legislador racional. No obstante, la experiencia política ha demostrado que ese legislador no existe, ya que los parlamentos están compuestos por personas (propensas al error) y miembros de partidos políticos, con limitaciones evidentes e intereses conflictivos, lo que resulta en muchas lagunas y contradicciones en el ordenamiento.

En segundo lugar, después de los avances de la lingüística y la filosofía analítica en el siglo XX, la exégesis implica una idea del lenguaje que no es aceptable. La premisa para que la actividad judicial sea deductiva es que los conceptos jurídicos en la ley deben ser unívocos, ya que, si son ambiguos o indeterminados, la actividad judicial no puede ser deductiva.

Así, en los años posteriores a la segunda guerra mundial, se generó un interés renovado por enfilar una teoría que pudiese acoplarse a los retos que presentaban las constituciones de la posguerra, particularmente en los asuntos relacionados con la interpretación.

En esta línea de reflexión aparecen contribuciones como las de Bobbio¹⁷⁰, Wróblewski,¹⁷¹ Hart,¹⁷² Dworkin,¹⁷³ Alexy,¹⁷⁴ y Nino.¹⁷⁵

Frente a esta situación, autores como Hart, han demostrado claramente el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos, o de textura abierta. Hart sostiene que es posible distinguir entre casos en los que el mandato claramente se aplica y casos en los que no se aplica;

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto, «Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje» en *Contribución a la teoría del derecho*, Trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, p. 171-196

¹⁷¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy, Legal Reasoning in Legal Interpretation, *En*, Logique et Analyse, 1969, vol. 12, no. 45, p. 3-31

¹⁷² HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2 ed., New York, Clarendon Press, 1994, 325 p.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005, 328 p.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, 374 p.

¹⁷⁵ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2 ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, 494 p.

sin embargo, siempre hay razones suficientes para afirmar que la regla se aplica como para negar esa posibilidad. Eso lo lleva a distinguir entre la zona de oscuridad de un concepto y su centro de certeza. Así “la incertidumbre en el límite es el precio a pagar por el uso de términos clasificatorios generales”.¹⁷⁶

Estas discusiones que se centraban en la interpretación del derecho a causa, entre otros, de la indeterminación del lenguaje, generó un giro en las discusiones iusfilosóficas que, sin duda, son relevantes no sólo para la teoría general de los precedentes, sino para la teoría local del precedente de la administración.

En efecto, la concepción moderna de la interpretación jurídica reconoce que los textos legislativos no son tan claros y definitivos como pensaba la teoría tradicional de interpretación. En consecuencia, se destaca el papel activo del intérprete en la comprensión de las leyes y en su contribución al cambio social. Esta nueva perspectiva revela una "textura abierta" en los textos legales, lo cual implica que existen múltiples posibilidades de interpretación. Por tanto, es fundamental para el operador jurídico considerar este factor al momento de aplicar las normas legales.

Esa nueva tendencia hacia la teoría de interpretación (de la mano con la argumentación jurídica), en cambio, parece funcionar como un mecanismo general para contrarrestar los excesos del formalismo dominante. Desde esta nueva perspectiva, se ha dejado atrás el énfasis en el textualismo y se desconfía de la infalibilidad de la deducción lógica. En su lugar, se enfatiza ahora en la naturaleza dialéctica y problemática del derecho, alejándose así de una concepción infalible de él.

El análisis actual acerca de la interpretación judicial está estrechamente relacionado con transformaciones significativas en la práctica y teoría del derecho. En primer lugar, se ha notado un encuentro con el rol que desempeñan los principios en el ámbito jurídico, especialmente en lo referente a la aplicación judicial¹⁷⁷. Las nuevas cláusulas constitucionales, dotadas ahora de un efecto normativo directo y con mecanismos específicos para su justiciabilidad, se han convertido en ejemplos destacados de normas que presentan una "textura abierta". Esto implica, que la

¹⁷⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, op. cit., p. 128. Traducción del autor.

¹⁷⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Abel Antonio, *Interpretación judicial*, op. cit.

interpretación judicial juega un papel fundamental al momento de completar el significado de las disposiciones generales contenidas en dichas cláusulas.

La noción de "textura abierta" se refiere a aquellas normas cuyo contenido no puede ser comprendido por completo a través del lenguaje utilizado en su redacción. Este tipo de disposiciones requieren una labor activa e interpretativa por parte del intérprete, para determinar cuál es el alcance preciso y los límites pertinentes, labor que en una teoría local del precedente de la administración, le corresponde al servidor público.¹⁷⁸

Es importante señalar que esta situación resalta la necesidad crucial del rol judicial como intérprete, ya que es él quien tiene la responsabilidad final de brindar claridad y aplicabilidad frente a estas disposiciones generales.

En el nuevo contexto teórico, los conceptos jurídicos fueron recibidos con entusiasmo como una forma de fortalecer directamente los objetivos políticos y morales más importantes de la sociedad¹⁷⁹. Se buscaba alinear todo el derecho existente con principios jurídicos aspiracionales a través de una interpretación finalista y sistemática de la ley. Al hacerlo, se esperaba lograr un progreso hacia fines civilizatorios deseables. Esta perspectiva, enfatiza la importancia de aplicar estos conceptos en las decisiones judiciales para promover valores fundamentales en lugar de limitarse únicamente a su indeterminación.

En el lenguaje constitucional actual, los conceptos jurídicos indeterminados asumidos como principios generaron un cambio hermenéutico y político que implicó, la adopción de materiales iusteóricos anglosajones¹⁸⁰ y constitucionales¹⁸¹, rompiendo así con el aislamiento que unía a Europa y América Latina en términos jurisprudenciales y doctrinarios dentro del ámbito del *civil law*¹⁸².

Así las cosas, estas fronteras teóricas y prácticas entre *civil law* y *common law*, anteriormente sólidas y bien definidas han venido cediendo en los últimos años. Particularmente, el papel de los jueces en la creación judicial del derecho ha sufrido una transformación profunda

¹⁷⁸ Y también el papel de la administración pública como otro actor garante del respeto y cumplimiento de la constitución y la ley.
¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997, 416 p.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, *op. cit.*; MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1994, 328 p.

¹⁸¹ Particularmente en la importante definición que realiza Alexy sobre los principios como mandatos de optimización. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*

¹⁸² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, *op. cit.*

en Europa e Iberoamérica. La complejidad de la sociedad trae consigo la necesidad de respuestas contundentes que se acoplen al presente. Es evidente que en los países del *civil law* el legislador no logra fijar las reglas necesarias para regular todos los asuntos de la vida ciudadana y del Estado. Ante esto, la aspiración de completitud y coherencia del ordenamiento jurídico se ve seriamente atacada y en la práctica representa un problema para los jueces y la administración, pues en la ley no se encuentran las respuestas a todos los asuntos que deben decidirse.

Ante esta situación, los jueces han ido poco a poco (animados por las transformaciones de la teoría jurídica, la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo, que bien podría constituir, lo que aquí se entiende como la teoría dogmática contemporánea), dejando de lado, la idea automática de concebirse como meros aplicadores de la ley, pues por el contrario, la realidad jurídica actual, muestra que también son fijadores de reglas de decisión¹⁸³, que permiten resolver los casos que no han sido previstos por el legislador, o que estando previstos, en todo caso requieren concretizarse en la actividad interpretativa y argumentativa de los jueces, pero que requieren una respuesta a causa del deber del Estado de brindar una tutela judicial efectiva y garantizar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Función y rol, que, con iguales pretensiones, pero desde diferentes posiciones jurídicas, debe ahora satisfacer el funcionario de la administración que en desarrollo de sus funciones y vía

¹⁸³ La discusión es en realidad mucho más profunda. En efecto, existen en Colombia dos tesis que se afincan en ambas orillas de la discusión sobre el papel de los jueces y el valor vinculante de la jurisprudencia.

Por un lado la postura adoptada por Diego Eduardo López Medina quien defiende la naturaleza vinculante del precedente judicial, afirmando que contribuye a la estabilidad, consistencia y previsibilidad de las decisiones legales.

Él cree que la doctrina de precedente vinculante mejora la certeza jurídica y garantiza un trato igualitario ante la ley. López Medina señala que la doctrina del precedente vinculante permite uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho, lo cual es crucial para mantener el Estado de Derecho y fomentar un sentido de confianza en el sistema judicial. Según López Medina, esta doctrina también promueve responsabilidad judicial. Al seguir los precedentes establecidos por tribunales superiores, los jueces son responsables por sus decisiones y no pueden emitir fallos arbitrarios o inconsistentes. En esa línea lo acompaña el profesor Carlos Bernal Pulido. Él aborda la Teoría del Precedente Judicial en Colombia a través de su interpretación de los precedentes y cómo estos impactan en la jurisprudencia. Bernal Pulido sostiene que los precedentes judiciales tienen un valor significativo en la configuración del marco legal colombiano. Según su teoría, los jueces, en particular los jueces constitucionales, tienen un papel activo en la creación de subreglas que sirven para informar y guiar la aplicación de la ley en casos difíciles. Pulido destaca que la importancia del precedente judicial crece en la medida en que se convierte en una herramienta para la interpretación y aplicación del derecho. Además, sostiene que el precedente judicial no va en contra del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, más bien lo refuerza y contribuye a la jerarquía de las fuentes de derecho.

En la otra orilla de la discusión Javier Tamayo Jaramillo argumenta en contra de la vinculatoriedad del precedente judicial. Sostiene que el artículo 230 de la Constitución Política es muy claro al definir el carácter auxiliar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes en Colombia. Tamayo Jaramillo argumenta que darle un carácter vinculante al precedente judicial va en contra de la independencia y autonomía de los jueces, y limita su capacidad de interpretación y aplicación del derecho en casos particulares. En su visión, el precedente judicial no debe ser considerado como una fuente formal del derecho y los jueces deben tener la libertad de decidir cada caso de acuerdo con su propia interpretación y análisis de la ley.

la interpelación del ciudadano, debe fijar, como potestad asignada en la ley, sus propios precedentes.

Por ello, se defiende la consigna que la labor de la administración, en este contexto, es doble, por un lado, debe conocer la dinámica de los precedentes judiciales, para poder pensar sus propios precedentes. Pero por otro, debe estar familiarizado en los complejos debates del razonamiento jurídico, lo que implica su acercamiento a las teorías de la interpretación y la argumentación, y como se ha mostrado en esta sección, su adscripción a las escuelas o movimientos del derecho.

2.3.2 El encuentro entre el civil law y el common law

En este punto se ha dado entonces una suerte de encuentro de distintos componentes del *civil law* y el *common law*, en particular, en la ya ampliamente discutida teoría de los precedentes judiciales en los países de tradición continental.

En efecto, en los últimos años, ha habido una creciente convergencia entre estos dos sistemas legales. Este creciente intercambio de ideas y prácticas ha resultado en la creación de sistemas legales híbridos o mixtos, en los que elementos del derecho civil y del *common law* coexisten y se influyen mutuamente¹⁸⁴.

Este "encuentro" entre la tradición del *Civil Law* y el *Common Law* en tiempos recientes se refiere a la gradual convergencia y mezcla de estas dos tradiciones de comprensión de la ley. Este fenómeno tiene relación directa con la "globalización del derecho"¹⁸⁵, y ha sido particularmente visible en tres ámbitos claves: la legislación, la jurisprudencia y la educación jurídica. En términos de legislación, varios países han efectuado reformas legales que incorporan elementos de la otra tradición legal. Por ejemplo, países con tradición de derecho civil han adoptado elementos de flexibilidad y precedente, típicos del *common law*¹⁸⁶ (como es el caso de Colombia).

En el ámbito de la jurisprudencia, los jueces de todo el mundo citan con mayor frecuencia las decisiones de otros sistemas legales, combinando perspectivas del derecho civil y del *common*

¹⁸⁴ MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition, op. cit.*

¹⁸⁵ SHAPIRO, Martin, *The Globalization of Law*, En, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1993, vol. 1, no. 1, p. 37-64

¹⁸⁶ MICHAELS, Ralf, *The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism*, En, *Wayne Law Review*, 2005, vol. 51, p. 1209-1259

law en sus fallos¹⁸⁷. En lo que se refiere a la educación jurídica, las universidades y las investigaciones han aumentado el uso de la metodología de derecho comparado de ambas tradiciones legales, facilitando una mayor comprensión y apreciación de los dos sistemas jurídicos¹⁸⁸.

La tendencia globalizadora y el quiebre de las fronteras culturales, económicas, políticas e incluso jurídicas han generado una concurrencia de conocimientos y una mezcla de saberes y prácticas. Así, las diferencias que eran paradigmáticas en ambas familias parecen ya no ser del mismo talante. Al respecto, Van Hoecke afirma:

La evolución a ambos lados del Canal de la Mancha ha reducido esas diferencias hasta tal punto que ya no son diferencias paradigmáticas. La oposición entre "sistemas jurídicos basados en códigos" y "derecho hecho por jueces" ya no se ajusta a la práctica jurídica. Los jueces se han vuelto casi tan importantes en el continente como en Inglaterra, mientras que en los países del *common law* se ha producido una invasión de la legislación.¹⁸⁹

En la misma línea de pensamiento, en relación con Inglaterra, Pereira-Menaut sostiene que “entre 1688 y la reforma del Parlamento de 1832, se legisla muy poco. A partir de esa fecha se va legislando más y más, pero el *common law* sobrevive, incluso con buena salud. Tras la Segunda Guerra Mundial se legisla todavía más”.¹⁹⁰

En esta evolución del derecho del Reino Unido y, en general, los países de esta tradición -paradigmáticamente reconocido por la creación judicial del derecho-, “en distintos momentos del presente siglo, han pasado de tener un sistema jurídico de *common law* y judicialismo ‘a otro en el cual las leyes, dictadas por los legislativos, se han convertido en la fuente primaria del derecho’”.¹⁹¹

Es justamente en estos términos, que se debe reconocer que la ley y el precedente son fuentes de derecho distintas que requieren una metodología de aplicación diferenciada. No obstante, una realidad es incontestable y es que la ley y las decisiones judiciales (en forma de precedentes vinculantes), son fuentes de derecho, en una amplia cantidad de países ya sea por

¹⁸⁷ SACCO, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, En, *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, no. 1, p. 1-34

¹⁸⁸ HOECKE, Mark Van, *Methodology of Comparative Legal Research*, En, *Law and Method*, 2015, no. 12

¹⁸⁹ VAN HOECKE, Mark y OST, François, *Legal doctrine in crisis: towards a European legal science*, En, *Legal Studies*, 1998, vol. 18, no. 2, p. 215

¹⁹⁰ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. ISBN 978-607-02-1768-5. p. 6.

¹⁹¹ *Ibid.* p.6

disposición expresa del legislador o por el ejercicio de los tribunales constitucionales como mecanismo para asegurar la efectividad de la supremacía de la constitución en los términos explicados en el primer capítulo de este trabajo.

Existe pues un acercamiento de tradiciones jurídicas en las que los países del *civil law* se han dispuesto a construir sistemas de precedentes vinculantes que los acerque al sistema anglosajón y los países de esta tradición se han visto influidos por la legislación como mecanismo de fijación de reglas en el derecho¹⁹². Este fenómeno lo han seguido en Latinoamérica países como México¹⁹³, Argentina¹⁹⁴ o Chile¹⁹⁵. Colombia, como un país perteneciente a la tradición familiar del derecho legislado o del *civil law*, dispone en el artículo 230 de la Constitución Política, justamente la fórmula según la cuales, los jueces en sus decisiones sólo están sometidos al imperio de la Ley y que la jurisprudencia es sólo un criterio auxiliar de la actividad judicial.

No obstante, en Colombia se ha propiciado una “imitación del provincialismo jurídico, las fusiones e intercambios entre las ‘familias jurídicas, para el caso, entre el derecho de origen anglosajón y el derecho de origen continental europeo”.¹⁹⁶ Y en términos prácticos se ha movilizado un interesante debate interpretativo a partir de la redacción del art 230 en mención que se pasa a demostrar.

2.3.3 La vinculatoriedad de la jurisprudencia en Colombia

En Colombia, como se anticipaba a píe de página en líneas anteriores, pueden encontrarse dos posiciones respecto de la vinculatoriedad de la jurisprudencia o consolidación del precedente judicial. La primera es la “tesis escéptica”¹⁹⁷. Esta argumenta, contra la fuerza vinculante de la jurisprudencia, lo cual significa que discute la idea de que las sentencias judiciales previas puedan establecer un precedente que debe seguirse en casos futuros.

¹⁹² Cfr. PISTOR, Katharina, The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies, En, The American Journal of Comparative Law, 2002, vol. 50, no. 1, p. 97-130

¹⁹³ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos, En, Cuestiones constitucionales, diciembre, 2020, no. 43, p. 377-432

¹⁹⁴ Cfr. RATTI, Florencia, El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, En, Revista Jurídica Austral, diciembre, 2020, vol. 1, no. 2

¹⁹⁵ Cfr. ACCATINO, Daniela, «El precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena» en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Sobre la Cultura Jurídica Chilena*, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2002, p. 559-582

¹⁹⁶ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, El precedente judicial y sus reglas: Con el precedente en el Consejo de Estado y la Corte Interamericana, 2 ed., Bogotá, D.C, Doctrina y Ley, 2016, p. 31

¹⁹⁷ La referencia a las dos tesis citadas en adelante provienen de BERNAL PULIDO, Carlos, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano», *art cit*

La base de esta tesis es una interpretación tradicionalista del artículo 230 de la Constitución. Según este punto de vista, los jueces están "solo" sujetos al imperio de la ley. La tesis escéptica atribuye a la jurisprudencia un papel meramente auxiliar en el sistema de justicia, es decir, las decisiones judiciales previas no son obligatoriamente vinculantes, sino que proporcionan consejo y orientación en el proceso de toma de decisiones judiciales.

La tesis escéptica plantea también la imposibilidad de resolver el dilema entre usar a la jurisprudencia como fuente formal del derecho o mero criterio auxiliar. Cuestiona que se pueda otorgar a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho principal y criterio auxiliar simultáneamente, proponiendo que esta es una disyuntiva irreducible, que obligaría a optar por una de las dos posibilidades. Esta tesis no solo apunta a mantener la independencia del juez, sino que también señala la importancia de poder corregir errores interpretativos del pasado y adaptarse a las inevitables vicisitudes de la realidad social. Esto implica, a veces, la necesidad de tratar de modo diferente dos casos que podrían considerarse idénticos, o incluso similares, enfatizando la flexibilidad y adaptabilidad del sistema jurídico. Contra esta tesis escéptica Carlos Bernal Pulido presenta cuatro argumentos:

El primero de ellos es el contra-intuitivo. Según este argumento, en un sistema de derecho estructurado como un escalonamiento jurídico, esta tesis va en contra de la intuición. En el sistema de derecho continental, las fuentes formales que tienen fuerza vinculante son las creadas por autoridades con competencias específicas para la creación de normas, y no para la aplicación de normas. Sin embargo, así como es imposible distinguir la justicia de la política (haciendo referencia a la aguda crítica de Kelsen a Schmitt), también lo es establecer una barrera entre la creación y la aplicación del derecho. De esta manera, sería absurdo limitar la creatividad de los procedimientos de aplicación de normas y las autoridades que los llevan a cabo, así como negar a la jurisprudencia su poder vinculante.

El segundo, se refiere a la interferencia con la evolución de la jurisprudencia, el cual consiste en afirmar que ésta, eliminaría por completo, cualquier posibilidad de proyectar los fundamentos que respaldan el reconocimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico vigente. Los fundamentos entonces, a nivel dogmático, de la obligatoriedad de la jurisprudencia, y que pueden irse pensando, de manera homóloga, para el precedente administrativo son:

- a) La búsqueda de coherencia: Si se ha tomado una decisión en el pasado sobre un caso particular según lo establecido por la ley, resulta lógico y coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar.
- b) El respeto al principio y derecho a la igualdad: El derecho debe tratar por igual y con las mismas soluciones a los sujetos involucrados en casos previos, presentes y futuros que sean idénticos o similares. Esto también se deriva del principio de universalidad, propio del razonamiento jurídico y judicial
- c) Garantizar la estabilidad del sistema jurídico. Para que un sistema jurídico sea estable, es necesario que las reglas legales relacionadas con la aplicación del derecho a casos específicos perduren en el tiempo y que esa aplicación sea uniforme. La estabilidad también es un requisito para la seguridad jurídica y el respeto al principio de confianza legítima.
- d) La preocupación por reducir el ámbito de discrecionalidad de los jueces de inferior jerarquía en la administración de justicia es motivo de debates y controversias. Algunos argumentan, que otorgar fuerza vinculante a la jurisprudencia, aumentaría la discrecionalidad judicial, sin embargo, esto no es cierto ya que cuanto más se apeguen los jueces inferiores a las reglas establecidas por los superiores, menor será su margen para ejercer su propio criterio. Es evidente que esta estrategia limita la creatividad del juez inferior, pero busca beneficios en términos coherencia para el sistema legal.

La tercera objeción, sostiene que en la jurisprudencia se pueden encontrar los componentes que conforman el concepto de fuerza vinculante de la ley, si se consideran los modelos más frecuentes. La jurisprudencia se refiere a la parte motiva de las decisiones judiciales y se demuestra que contienen los componentes que conforman el concepto de fuerza vinculante. Sin embargo, -sostiene el autor- esta afirmación no es obvia, sino algo que la tesis optimista debe apoyar para poder ser aceptada como la tesis válida.

Finalmente, como cuarto argumento, para desvirtuar la tesis principal de la postura escéptica, que se basa en la interpretación restringida del artículo 230 de la Constitución, es posible referirse a tres aspectos claves:

- a) Argumento de la independencia judicial: A pesar de que la tesis escéptica insiste en la independencia judicial como fundamento para la no vinculación de los jueces a la jurisprudencia, se puede argumentar que la independencia judicial no está en

contradicción con la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Los jueces pueden ser independientes y tomar decisiones autónomas aún dentro del marco establecido por la jurisprudencia.

- b) Concepto de "imperio de la ley": La tesis escéptica interpreta "imperio de la ley" en el artículo 230 como una referencia exclusiva a la ley escrita. No obstante, es válida una interpretación más amplia que incluye todo el ordenamiento jurídico en el "imperio de la ley", incluyendo la jurisprudencia. Consecuentemente, los jueces no estarían solo sujetos a la ley, sino a todo el ordenamiento jurídico.
- c) Concepto de criterio auxiliar: la tesis escéptica interpreta a la jurisprudencia como un mero "criterio auxiliar", sin fuerza vinculante. Sin embargo, se puede defender una interpretación de "criterio auxiliar", en la que la jurisprudencia, aunque auxiliar, puede tener un rol más activo y contribuir de manera significativa a las decisiones judiciales.

En otra orilla se encuentra la 'tesis optimista'. Esta ve a la jurisprudencia no solo como un criterio auxiliar, sino como una fuente de derecho que puede, y debe, tener fuerza vinculante. Según la tesis optimista, es posible identificar en la jurisprudencia los elementos que componen el concepto de fuerza vinculante. Esta tesis destaca el papel de la jurisprudencia para hacer efectivos los principios de igualdad y universalidad. Aunque reconoce que puede ser necesario tratar diferente dos casos similares, también enfatiza la importancia de la estabilidad del sistema jurídico.

Ante este panorama, la Corte Constitucional ha liderado el ejercicio de importación de las técnicas propias de la familia anglosajona de aplicación de los precedentes judiciales como mecanismo para armar una teoría del precedente.

Haciendo uso de la teoría de análisis dinámico de precedentes¹⁹⁸, la línea jurisprudencial sostenida por la Corte Constitucional sobre la vinculatoriedad del precedente se encuentra en las sentencias T-406 de 1992, T-414 de 1992, T-123 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999, C-836 de 2001¹⁹⁹, SU-120 de 2003, T-698 de 2004, T-292 de 2006, C-335 de 2008, C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-588 de 2012, C-461 de 2013 y la C-621 de 2015.

¹⁹⁸ Propuesta y liderada por LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, 2 ed., Bogotá, D.C, Legis Editores S.A., 2006, 366 p.

¹⁹⁹ «Ésta es otra sentencia de aquellas que llaman "hito" para el derecho colombiano en tanto introduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo ya a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.». CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés, *El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho*, *En*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, diciembre, 2011, vol. 41, no. 115, p. 342

Así las cosas, a la fecha no se presentan dudas de que en Colombia se ha logrado un creciente reconocimiento y consolidación del valor vinculante de la jurisprudencia.

Además, se ha evidenciado un crecimiento en los fundamentos doctrinales que respaldan la teoría del precedente en Colombia. En este sentido, la Corte Constitucional ha recurrido a una interpretación directa de la Constitución para establecer un equilibrio entre el artículo 230 (que define las fuentes del derecho) y la autonomía de la función judicial (art. 228), por un lado; y los principios constitucionales como igualdad jurídica (art. 13), integridad del orden jurídico (art. 89), necesidad de interpretaciones coherentes e uniformes en el sistema jurídico (art. 241) y coherencia sistemática que permita planificar libremente sus vidas a las personas junto con el principio de buena fe y confianza legítima (arts. 16, 58, y 84).

Así mismo, se ha comenzado a tener en cuenta una justificación práctico-empírica del valor del precedente, puesto que los precedentes buscan soluciones a conflictos y problemas sociales, su modificación requiere que la nueva doctrina represente un método más efectivo de abordar dichos problemas.

La Corte Constitucional ha desarrollado y organizado un sistema para supervisar y aplicar el precedente constitucional y ordinario²⁰⁰, vinculante tanto para los jueces como para los particulares. No obstante, en sentencias emitidas entre 2003²⁰¹ y 2006²⁰² que, a pesar de haberse establecido en sus propias decisiones, fijo que la doctrina del precedente aún no había alcanzado una difusión adecuada y una aceptación rutinaria entre los jueces y los particulares. En los casos que llegaban a la Corte, aún se observaba una gran confusión de opiniones sobre el significado del precedente en Colombia y la estructura del sistema de fuentes del derecho.

Debido a esto, la Corte ha mostrado una preocupación especial por fortalecer el respeto al "precedente constitucional". Con el paso del tiempo, esta concepción se ha internalizado también en relación con el precedente ordinario. Por consiguiente, tanto el precedente constitucional como el ordinario cuentan con un sistema de monitoreo y aplicación que tiene múltiples elementos: La Corte Constitucional realiza este proceso de manera oficiosa mediante la selección de casos de tutela, para ello se ha admitido la procedencia de esta acción contra providencias judiciales bajo las causales de "defecto sustantivo" o por "violación del precedente".

²⁰⁰ Entiéndase por precedente ordinario aquellos precedentes fijados por las altas cortes diferentes a la Corte Constitucional.

²⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU-120 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis

²⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Actualmente, este sistema es muy importante en la dinámica del litigio nacional, donde las partes insisten en que los jueces cumplan con los precedentes de la Corte Constitucional y de otras Altas Cortes en sus decisiones, por lo que esta figura pese a los debates ha permeado la cultura jurídica, académica y nacional sobre este crucial asunto del ejercicio del derecho.

En todos los niveles, los jueces, magistrados, abogados, y la administración pública están muy conscientes del valor de la jurisprudencia y la utilizan diariamente. Así mismo, el estudio y análisis del derecho incorporan con gran vigor el estudio de la jurisprudencia y pone de presente la necesidad de que quienes intervienen en los procesos de toma de decisiones públicas (y aún privadas) sean conscientes de la relevancia en la aplicación de los precedentes²⁰³.

En este panorama, la legislación colombiana adoptó una figura similar para la administración pública, a la que se denomina en este trabajo: “precedente de la administración pública”, según lo fijado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011²⁰⁴, institución que no puede ser entendida a cabalidad, sin el recorrido previo realizado en este trabajo, y sobre el que se propone una teoría local, con incorporación de los elementos que hasta el momento se han señalado y que a continuación se puntualiza.

2.4 El sistema jurídico de precedentes y sus fundamentos

2.4.1 Noción de precedente

En esta sección se ubicará en la dogmática contemporánea, qué es un precedente y cuáles son sus elementos, al tiempo que se van describiendo sus fundamentos como institución jurídica.

La figura que hay en mente es la del precedente construido por la autoridad judicial, pero la intención es homologar estos rasgos, marcando sus similitudes y diferencias, sus usos y aplicaciones, pero también sus limitaciones, para pensar una teoría local del precedente de la administración pública.

Un precedente, en términos cotidianos, es un hecho del pasado que tiene relevancia en el presente por distintas razones que se esgrimen en el ahora. Un precedente, en términos jurídicos, es una decisión pasada, emanada de un órgano del Estado (que tiene competencia para decidir

²⁰³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, op. cit., p. 187 y ss

²⁰⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

sobre ese asunto), que tiene relevancia en el presente por ser vinculante o argumentativamente persuasiva para quien debe decidir hoy.

Por esta noción se suele comprender, además, “cualquier decisión anterior que pueda ser relevante para un caso presente que deba decidirse”²⁰⁵. Un precedente es también un evento pasado, que sirve como referencia para la decisión actual.²⁰⁶, y finalmente, un precedente es “una decisión judicial que contiene en sí misma un principio.”²⁰⁷

También el precedente, puede comprenderse en tres acepciones como: “un conjunto de decisiones anteriores supuestamente relevantes (normalmente reunidas y citadas por los abogados de ambas partes en un asunto de common law).” También “puede utilizarse como descripción del resultado de una decisión concreta que se considera de cierta importancia.” Y finalmente: “el término puede utilizarse para enunciar una norma más amplia que la decisión de un caso concreto supuestamente ejemplifica o ilustra.”²⁰⁸

Además de la muy autorizada doctrina que se acaba de citar, interesa la manera en que la doctrina nacional y la jurisprudencia asume el concepto de precedente.

Por un lado, el profesor Sierra Sorockinas sostiene que entiende por precedente: “aquellas razones (que hacen parte de la sentencia) que expone un juez para sustentar la decisión judicial (la *ratio decidendi*), que son tomadas por otro juez u otro operador jurídico para aplicarlas a un nuevo caso, por la similitud de lo que se discute.”²⁰⁹.

También se conceptúa el precedente como: “la decisión anterior de una autoridad, que fija una posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares”²¹⁰

²⁰⁵ ALEXY, Robert y DREIER, Ralf, «Precedent in the Federal Republic of Germany» en Neil MACCORMICK, y Robert SUMMERS, (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, New York, Routledge, 1997, p. 23

²⁰⁶ DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008

²⁰⁷ SALMOND, John W., *Jurisprudence*, 4 ed., Londres, Stevens and Haynes, 1913, p. 173. Traducción del autor.

²⁰⁸ MARSHALL, Geoffrey, «What is Binding in a Precedent» en Neil MACCORMICK, Robert SUMMERS, y Arthur L. GOODHART, (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, New York, Routledge, 2016, p. 503-504. Traducción del autor

²⁰⁹ SIERRA SOROCKINAS, David, El precedente: un concepto, *En*, Revista Derecho del Estado, junio, 2016, no. 36, p. 253

²¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 10

Así mismo, la jurisprudencia colombiana ha dado definiciones del mismo²¹¹. Ha sostenido que por precedente se entiende “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.”²¹²

También se ha sostenido que: “el precedente es aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”²¹³.

En esa línea, “[l]a pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: “(i) la *ratio decidendi* de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”²¹⁴.

En ese orden de ideas, un precedente puede ser a) una sentencia (o decisión administrativa) b) proferida de manera previa, c) publicada y conocida, d) en la que se decidió sobre hechos y asuntos de similares características sobre las que se habrá de decidir hoy. Este precedente se denomina: precedente-sentencia.

Un precedente, también puede significar en este contexto: a) *la ratio decidendi*²¹⁵ (es decir, la razón de la decisión, la norma o regla sobre la que se funda lo decidido) de una sentencia (o decisión administrativa) b) proferida de manera previa, c) publicada y conocida, d) en la que se

²¹¹ En las diversas decisiones que sobre el asunto se han proferido las aquí citadas recogen de la manera más precisa la noción de precedente sobre el que la Corte Constitucional trabaja. Curiosamente, las decisiones trascendentales como la sentencia SU-047 de 1999 o la C-836 de 2001 no se ocupan de definirlo. En esas oportunidades la Corte asume que los lectores comprenden lo que significa “precedente”. Por lo anterior, son decisiones como las aquí citadas las que se han ocupado de dar tales definiciones y hacen parte de las citas más frecuentes que para definir (cuando lo hace) la figura la Corte usa.

²¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión Sentencia T-441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Una amplia exposición de este asunto se encuentra en GOODHART, Arthur L., Determining the Ratio Decidendi of a Case, *En*, The Yale Law Journal, 1930, vol. 40, no. 2, p. 161-183; VAQUERO, Álvaro Núñez, Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis, *En*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, noviembre, 2016, no. 39, p. 127-156; NUÑEZ VAQUERO, Alvaro, «La Relevancia de los Hechos para la Interpretación y Aplicación (Analgica) de Precedentes» en Marina GASCÓN ABELLÁN, (ed.), *La Construcción del Precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier, 2020, p. 83-108; CROSS, Rupert y HARRIS, James William, *El Precedente en el Derecho Inglés*, *op. cit.*; CHIASSONI, Pierluigi, «La Filosofía del Precedente: Análisis Conceptual y Reconstrucción Racional», *art cit*; FREDERICK SCHAUER, Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning, Cambridge, Harvard University Press, 2009, 239 p.

decidió sobre hechos y asuntos de similares características sobre las que se habrá de decidir hoy. Este precedente se denomina: precedente-ratio²¹⁶.

Con este contexto, se desarrollará ahora, las bases iusfilosóficas y dogmáticas de la figura del precedente.

2.4.2 Las bases filosóficas del precedente

Este concepto tiene unas bases filosóficas, y en la doctrina se pueden identificar, al menos, dos grupos de argumentos de esa naturaleza que soportan el precedente judicial, y que, por claridad conceptual y propósitos de la investigación, se amplía a la noción de precedente jurídico²¹⁷.

Pensar entonces el precedente jurídico (que incluye el judicial y el administrativo) implica, por un lado, concebir la existencia de un grupo de (i) argumentos de orden deontológico o de justicia formal. Por otra parte, un grupo de (ii) argumentos de carácter utilitarista²¹⁸ o pragmático²¹⁹.

Para el primer grupo, el fundamento de los precedentes tiene relación con la exigencia según la cual los asuntos idénticos deben ser tratados de forma similar.

La razón práctica indica que las personas consideran “lógico” y “razonable” que la decisión que se tomó en el pasado sobre un asunto idéntico a uno presente, debe prevalecer. Es decir, de fondo hay un alegato por la igualdad de trato como una cuestión razonable que se espera en una decisión.

En la misma línea, autores como Chaim Perelman sostienen, que en términos de justicia (formal) se exige la aplicación de tratamiento similar a situaciones idénticas dado que “[l]a

²¹⁶ En estas dos propuestas se sigue a CHIASSONI, Pierluigi, «Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto» en Paolo COMANDUCCI, y Riccardo GUASTINI, (eds.), *Analisis e Diritto 2004. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 75-101

²¹⁷ Toda la bibliografía suele referirse al precedente judicial por ser la especie de precedente más estudiado y discutido en y por los especialistas. No obstante, como este trabajo se refiere al precedente de la administración pública, se amplía la noción de “precedente judicial” por “precedente jurídico” en el sentido que comprende la competencia que tienen los distintos órganos del Estado revestidos de competencia para decidir sobre asuntos puestos a su conocimiento. Esto implica reconocer que el precedente de la administración pública tiene sus bases indiscutibles en el precedente judicial.

²¹⁸ Las expresiones «utilitarista» y «deontológico» son acuñadas por KRONMAN, Anthony T., *Precedent and Tradition*, En, *The Yale Law Journal*, 1990, vol. 99, no. 5, p. 1029-1068

²¹⁹ Las expresiones «pragmático» y «justicia formal» son propuestas por MORAL SORIANO, Leonor, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 269 p.

racionalidad de esta regla y la validez que se le reconoce se relacionan con el principio de inercia²²⁰, del cual resulta, sobre todo, la importancia que se le concede al precedente²²¹.

Aunado a ello, los precedentes tienen como sustento filosófico, el principio kantiano de universalidad. Ese principio, puede ser formulado, en términos jurídicos, de esta manera: “[d]ebes comportarte como si fueras un juez cuya *ratio decidendi* debe proporcionar un principio válido para todas las personas”.²²²

Estas posturas, indican que los casos idénticos deben ser tratados de manera idéntica si se pretende que un ordenamiento jurídico sea, cuando menos, justo y cuando más coherente y sistemático. De esta manera, cuando un caso se asemeja a otro en todos los asuntos relevantes, a excepción del hecho de que se presenta en un momento posterior, este último caso debe decidirse de igual manera que el anterior²²³, y, por tanto, hay una obligación (incluso moral,²²⁴ aunque este término no sea de recibo para muchas personas en la doctrina jurídica) de seguir la decisión anterior²²⁵.

Esta idea de justicia, entendida como coherencia, constituye el fundamento de una gran parte de las reflexiones respecto de la moralidad, así, el principio que surge es aquel según el cual las decisiones que no son coherentes se tornan, por tal motivo, injustas o erróneas.²²⁶

Para el segundo grupo de argumentos (de carácter utilitarista o pragmático), el precedente se justifica filosóficamente, en términos utilitarios (piénsese en Bentham), frente a los reportes positivos o de bienestar social que genera su adopción.

²²⁰ El principio de inercia es uno de los conceptos desarrollados por Chaim Perelman, que establece que las ideas e instituciones existentes tienen una tendencia a mantenerse a menos que sean desafiadas o se demuestre su invalidez. Es decir, se asume la validez y relevancia de una idea o institución hasta que se demuestre lo contrario. Según Perelman, este principio es fundamental en el análisis y la discusión de cualquier tema, incluyendo los temas legales. Aplicado al derecho, significa que las decisiones judiciales existentes, las leyes y las opiniones legales suelen mantenerse a menos que haya una buena razón para cambiarlas. Esto ofrece cierta estabilidad y previsibilidad al sistema legal. PERELMAN, Chaim, *El imperio retórico: retórica y argumentación*, s.l., Grupo Editorial Norma, 1997, p. 96

²²¹ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, traduit par Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca Románica Hispánica., Madrid, Gredos, 1989, p. 340

²²² PERELMAN, Chaïm y BALLWEG, Ottmar, *Über die Gerechtigkeit: Fünf Vorlesungen*, En, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1965, vol. 51, p. 221 Traducción propia.

²²³ Cfr. SCHAUER, Frederick, *Precedent*, En, Stanford Law Review, 1987, vol. 39, no. 3, p. 571-605

²²⁴ Frente a la obligación moral de obediencia al derecho, cfr. REGAN, Donald H., *Reasons, Authority, and the Meaning of «Obey»: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law*, En, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, enero, 1990, vol. 3, no. 1, p. 3-28

²²⁵ Un importante desarrollo de este principio como justificación del precedente se encuentra en LYONS, David, *Formal Justice and Judicial Precedent*, En, Vanderbilt Law Review, abril, 1985, vol. 38, no. 3, p. 495-512

²²⁶ SCHAUER, Frederick, «Precedent», *art cit*

Bajo este argumento se encuentra la racionalización, la uniformidad y la predictibilidad de las decisiones judiciales,²²⁷ la eficiencia²²⁸, el prestigio de las instituciones jurídicas, la seguridad jurídica y la previsibilidad de la interpretación de la ley.

Es decir, para este grupo, más allá de la aspiración de un trato igual (justo), los precedentes tienen de fondo una justificación de certeza y seguridad jurídica para las personas, lo que implica la previsibilidad de las decisiones que habrá de adoptar el órgano competente en un asunto similar.²²⁹

Este conjunto de argumentos son razones suficientes para sostener de manera sólida la existencia de un sistema jurídico de precedentes. Claro está, sin dejar pasar que una discusión de este carácter, trae consigo siempre una disputa por el control de las fuentes del derecho.

Esta última situación es un asunto de filosofía política que no puede dejarse escapar. La intención de la época de la ilustración en torno al omnímodo poder del legislador por la producción normativa es, en sí misma, la disputa por el monopolio de la creación del derecho relegando a los jueces como mera boca de la ley. Por tanto, una defensa o rechazo de un sistema jurídico de precedentes tiene de fondo una discusión de poder al interior de las instituciones estatales.

Así las cosas, es oportuno sostener que el sistema jurídico de precedentes implica la obligatoriedad de tener en cuenta las decisiones y resoluciones tomadas en casos previos al momento de resolver asuntos similares en el futuro. En otras palabras, las decisiones y resoluciones adoptadas en casos anteriores tienen un peso vinculante en la toma de decisiones futuras, lo que contribuye a la coherencia y predictibilidad del sistema legal.

Esto significa que los jueces y tribunales están obligados a tener en cuenta los precedentes establecidos al decidir en casos similares, con el fin de mantener una línea coherente de decisiones y resoluciones, y evitar conflictos y contradicciones en el sistema. Además, el sistema de precedentes permite una mayor transparencia y certeza, ya que las decisiones tomadas anteriormente pueden ser revisadas y analizadas para establecer un patrón de comportamiento en la toma de decisiones futuras.

²²⁷ TARUFFO, Michele, Precedente y jurisprudencia, En, Precedente. Revista Jurídica, diciembre, 2007, p. 99

²²⁸ Cfr. HEINER, Ronald A., Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules, En, The Journal of Legal Studies, 1986, vol. 15, no. 2, p. 227-261

²²⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, La técnica del Precedente y la Argumentación Racional, Madrid, Tecnos, 1993, 107 p.

En resumen, el sistema jurídico de precedentes es un mecanismo fundamental para garantizar la justicia y la equidad en el sistema, ya que permite que las decisiones adoptadas en casos anteriores sirvan como guía en la resolución de casos similares en el futuro.

De esta manera se asegura la coherencia y la estabilidad en la interpretación del derecho. Además, como se sostuvo anteriormente, permite que los ciudadanos tengan una idea clara de cómo los jueces han interpretado y aplicado el derecho en casos similares, lo que les permite prever el resultado en futuros casos.

Comprender esta visión iusfilosófica – dogmática del precedente jurídico, que se insiste, cobija tanto al judicial, como al administrativo, permite ir realizando el esbozo de teoría local del precedente de la administración propuesta.

Abordado el concepto y fundamentos del precedente. Se pasa a abordar sus elementos, características y tipos.

2.4.3 Elementos, características y tipos de precedente.

2.4.3.1 Elementos del precedente.

Partiendo de la premisa del precedente-sentencia referido anteriormente, entonces el precedente-sentencia tiene los siguientes elementos²³⁰:

Obiter dictum, como aquellos dichos de paso o elementos usados en el ejercicio argumentativo que, en todo caso, no hacen parte del núcleo central de la argumentación que sostiene la decisión a adoptar²³¹.

Los “obiter dicta, [son] aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial”²³². De este modo, “los obiter dicta tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un dictum constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces.”²³³.

Ratio decidendi se refiere a la razón de la decisión.

²³⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

²³¹ ABRAMOWICZ, Michael y STEARNS, Maxwell, Defining Dicta, *En*, Stanford Law Review, 2005, vol. 57, no. 4, p. 953-1094

²³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena Sentencia C 836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Para la más autorizada y antigua doctrina, la *ratio decidendi* se define como aquello que no es *obiter dicta*. Así “Para que una decisión tenga el peso de un precedente, deben concurrir dos cosas: debe ser, en primer lugar, una decisión emitida por un juez, y, en segundo lugar, debe ser una decisión cuya formación es necesaria para la decisión de un caso particular; en otras palabras, no debe ser *obiter dictum*.”²³⁴ De esta manera, “[e]l principio subyacente que constituye así el elemento autoritativo [de la sentencia] se denomina a menudo *ratio decidendi*”²³⁵

La *ratio decidendi* constituye y se define como aquello que “en la decisión de un Juez es vinculante como autoridad para un Juez posterior y es el principio sobre el cual se decidió el caso”²³⁶.

En el mismo sentido, “[l]a *ratio decidendi*, [es] entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”.²³⁷

Finalmente, Bernal Pulido sostiene que : “[l]a *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos”.²³⁸

Decisum “es la parte resolutive de la sentencia”²³⁹. Es la decisión en sí misma. En otras palabras, significa “la resolución concreta del caso”.²⁴⁰

Estos elementos, son lo que interpretativa y argumentativamente constituyen un verdadero desafío, tanto para el razonamiento judicial, como para el razonamiento administrativo, causa por la cual se hace necesario, proponer herramientas de reflexión y comprensión dogmática de estas figuras, para asegurar, en principio, la eficacia e impacto del uso de precedentes.

²³⁴ CHIPMAN GRAY, John, *The Nature and Sources of Law*, 2 From the autor’s notes, by Roland Gray., Gloucester, Massachusetts, Peter Smith, 1972, p. 261. Traducción propia.

²³⁵ SALMOND, John W., *Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 173. Traducción del autor.

²³⁶ JESSEL, George, *Osborne v Rowlett* (1880) 13 Ch D 774, 785. Traducción propia.

²³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Gerardo Monroy Cabra.

²³⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, «El precedente en Colombia» en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, p.

²³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Diaz y Alejandro Martínez Caballero.

²⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Gerardo Monroy Cabra, *op. cit.*

2.4.3.2 Características del precedente.

El precedente tiene unas características que pueden ser deducidas de la jurisprudencia y la doctrina. De este modo, esta propuesta no pretende ser exhaustiva dado que no existe una categoría conceptual clara que identifique las características de esta figura.

No obstante, al menos se debe considerar como características las siguientes:

Vinculatoriedad.

La razón de ser del precedente es la regla o principio jurídico que contiene y que se constituye en obligatoria para ser seguida en adelante²⁴¹. En efecto, la discusión que se ha suscitado en Colombia que se refería en líneas anteriores, tiene que ver justamente con la vinculatoriedad de las decisiones judiciales y por tanto la aceptación de su carácter de precedente. Así, el precedente es precedente en tanto se constituya como vinculante y deba ser seguido mañana por lo decidido hoy, guardando siempre la posibilidad de la separación del precedente, vía el recurso de las estrategias de interpretación y argumentación jurídica, o la distinción del precedente, que al encontrarse frente a un hecho o norma jurídica diferente, permite en consecuencia un tratamiento diferenciado, pero dentro de la misma sombra decisional fijada por la vinculatoriedad del precedente previo.

Similitud del caso.

Una característica del precedente es aquella según la cual hay precedente en tanto exista similitud hoy con lo decidido en el pasado²⁴². En efecto, como se explicará con detalle más adelante, la tarea del intérprete para efectos de hallar o no un precedente pasa por la similitud de los hechos y el derecho que se discutieron en la decisión pasada.

Esta situación, es particularmente relevante, en las decisiones que resuelven sobre asuntos de carácter particular y concreto (como las sentencias de tutela o los actos administrativos particulares). Porque, para las decisiones generales (como las sentencias de control abstracto de constitucionalidad o los actos de carácter general, impersonal y abstracto) no es posible encontrar

²⁴¹ Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, op. cit. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, op. cit. SALMOND, John W., *Jurisprudence*, op. cit. BERNAL PULIDO, Carlos, «El precedente en Colombia», art cit SCHAUER, Frederick, «Precedent», art cit SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, op. cit. MARSHALL, Geoffrey, «What is Binding in a Precedent», art cit LYONS, David, «Formal Justice and Judicial Precedent», art cit

²⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión Sentencia T-540 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo. En esta sentencia hay una reconstrucción importante del precedente judicial dado que se analiza la causal específica de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente.

situaciones fácticas que se discutan dado que en estas la argumentación es únicamente en el terreno abstracto de los principios y las reglas.

Esta característica es tan relevante que, para el common law²⁴³, y para el derecho colombiano²⁴⁴, en caso de no existir similitud en el caso, es posible acudir a la figura del “*distinguishing*” o “distinción”.

El *distinguishing*, es el proceso mediante el cual se identifican y considera la existencia de diferencias relevantes entre un caso que debe resolverse y uno previamente decidido por una corte superior. A pesar de las similitudes existentes, estas diferencias no fueron tomadas en cuenta en la decisión anterior y dificultan su equiparación con el caso actual²⁴⁵. Así, el juez puede optar por no aplicar la jurisprudencia a un caso posterior, si considera que las características distintivas presentes justifican una solución diferente para dicho segundo caso, sin que eso signifique (y esto es importante), que el precedente distinguido pierda vigencia (como si ocurre en lo que a continuación se plantea).

Derrotabilidad

Una de las características del precedente es su derrotabilidad. Es decir, el rasgo según el cual los precedentes no son pétreos, sino que, su existencia y vinculatoriedad se encuentra sujeta a los cambios constitucionales, legislativos, sociales, políticos, etc.

En efecto, es posible identificar la derrotabilidad de los precedentes a través de la técnica del “*overruling*” o “anulación” en la Suprema Corte de los Estados Unidos, desde al menos 1844 en el caso *Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson*²⁴⁶, y recientemente para el derecho inglés, luego del *Practice Statement*, emitido por el Lord Chancelor en 1966, en nombre de la Casa de los Lores (entonces el tribunal de apelación más alto en el sistema judicial del Reino Unido)²⁴⁷.

²⁴³ DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 113

²⁴⁴ Para el efecto puede verse la sentencia T-960 de 2001 en la que la Corte Constitucional se aparta del parámetro adoptado en la sentencia SU-819 de 1999 aplicando la técnica del *distinguishing*.

²⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, «El precedente en Colombia», *Op. cit*

²⁴⁶ *Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson*, 43 U.S. 497 (1844). En este caso la Corte Suprema estableció que, a fines jurisdiccionales, una corporación podía ser considerada ciudadana del estado donde estaba incorporada, anulando así lo dicho bajo el caso *Bank of the United States v. Deveaux* (1809), donde se consideraba que las corporaciones eran ciudadanas de los estados en los que los accionistas eran ciudadanos.

²⁴⁷ Antes de este pronunciamiento, los tribunales del Reino Unido estaban estrictamente obligados a seguir sus propios precedentes. Sin embargo, el *Practice Statement* permitió al tribunal de apelación más alto, la Casa de los Lores, desviarse de sus propios precedentes si se consideraba apropiado.

Este cambio surgió en reconocimiento de que la inflexibilidad de *stare decisis* podría obstaculizar la justicia y prevenir la adaptación de la ley a nuevas circunstancias o entendimientos. La habilidad ahora para realizar “*overruling*”, o anular entre diferentes casos, permitió un mayor grado de flexibilidad y adaptabilidad en la toma de decisiones de la corte.

Cuando los jueces deciden anular un precedente, rechazan seguirlo y sostienen que en casos donde los hechos son idénticos al caso actual (y en principio debería seguirse la misma línea de decisión) se debe aplicar una nueva sentencia en su lugar.

Sin embargo, se espera que los jueces justifiquen esta anulación de precedentes ya que la anulación de estos no puede ser considerada simplemente de forma arbitraria; es necesario que expliquen sus razones detalladamente. De hecho, con frecuencia enfatizan que, si desean anular un precedente, deben tener una razón especialmente grave o sólida para hacerlo²⁴⁸.

Esta situación se presenta igualmente en el derecho colombiano. En efecto, en la sentencia SU-047 de 1999, se sostuvo que si bien las altas corporaciones judiciales, como la Corte Constitucional, están generalmente obligadas a seguir sus decisiones anteriores, en ciertas circunstancias excepcionales es posible que se aparten de ellas. Esto se debe a razones fundamentales de igualdad y seguridad jurídica vinculadas al sistema de fuentes y la jerarquía diferenciada entre los tribunales.

Sin embargo, cualquier ajuste o variación en una doctrina vinculante solo puede ser realizado por la propia corporación judicial que la formuló. En este sentido, debido al papel único desempeñado por la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta Magna y guardiana de su integridad y supremacía constitucional, solamente esa Corporación tiene el poder para modificar los precedentes establecidos en sus distintos fallos²⁴⁹.

Siguiendo esa argumentación en la sentencia C-836 de 2001, se fijaron al menos tres posibilidades para anular o hacer “*overruling*” de los precedentes.

Primero, cuando la doctrina, a pesar de ser correcta en una situación social específica, no se adapta adecuadamente a los cambios sociales posteriores. En segundo lugar, la Corte puede decidir que la jurisprudencia es incorrecta porque va en contra de los principios, valores, objetivos y derechos que sustentan el ordenamiento jurídico. En estos casos, es razonable que la Corte modifique su jurisprudencia con el fin de prevenir la persistencia de las injusticias del pasado, tomando una decisión explícita al respecto. En tercer lugar, como es evidente, debido a

²⁴⁸ DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*

²⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, *op. cit.*

modificaciones en el ordenamiento jurídico, es decir, debido a un cambio constitucional o legal relevante²⁵⁰.

Finalmente se debe aclarar que, en los anteriores términos, el “disguishing” o distinción de precedentes, y el “overruling” o anulación de precedentes, se diferencian en que el overruling sólo puede ser ejercido por las altas cortes o cortes de cierre, en tanto que el “disguishing” puede ser usado por ellas y por cualquier juez o tribunal inferior. De esta manera se asegura que sean los órganos de cierre de la pirámide judicial quienes ejerzan la tarea de anulación y unificación de la jurisprudencia.

2.4.3.3 Tipos de precedente

Siguiendo la sentencia T-540 de 2017, existen dos tipos de precedentes cuyos efectos vinculantes se despliegan de modo distinto.

Por un lado, el precedente *horizontal* según el cual “un juez (individual o colegiado) no puede separarse de la *ratio decidendi* fijada en sus propias decisiones”.²⁵¹ Este tipo de precedente busca asegurar la coherencia de las decisiones tomadas por el mismo juez que hoy debe fallar y al que, por tanto, se le exige coherencia con sus mismas decisiones pasadas.

Por otro lado, existe el *precedente vertical* según el cual: “los falladores no pueden apartarse del precedente establecido por las autoridades judiciales superiores, particularmente, por las altas cortes”.²⁵²

Estos tipos de precedente permiten desplegar una importante herramienta de control de las altas cortes sobre los fallos de los tribunales y juzgados inferiores, y, así mismo, exige del juez, tribunal o alta corte la coherencia de sus decisiones pasadas.

Para sintetizar esta sección, es relevante no perder de vista que se ha venido desarrollando en lo elemental la dogmática del precedente judicial, para poder pensar una teoría local del precedente de la administración, inspirada en este tipo de institución. La hipótesis que en este trabajo ha venido desarrollándose en el sentido de fijar como elementos convergentes y comunes a ambas instituciones, la necesidad de abordar el papel que juega la interpretación y argumentación jurídica en la construcción y utilización del precedente. Asunto que se aborda a continuación.

²⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena Sentencia C 836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, *op. cit.*

²⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión Sentencia T-540 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, *op. cit.*

²⁵² *Ibid.* También Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión Sentencia T-918 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

2.5 La interpretación y argumentación jurídica en la construcción del precedente

Interpretar y argumentar son dos operaciones esenciales en las labores jurídicas. Este ejercicio es complementario entre sí y se torna imprescindible en la tarea de construcción y decisión bajo un sistema de precedentes, bien sea estos de carácter judicial o administrativo, como el que se quiere proponer bajo una teoría local del precedente que ya se ha venido esbozando en el transcurso de las anteriores secciones, y que se puntualiza en el capítulo tres.

La interpretación jurídica como especie del género de la interpretación textual, consiste en la actividad de comprobar o decidir el significado de un texto jurídico²⁵³. Es una actividad que implica atribuir significado a un texto normativo con el fin de obtener la regla para decidir un asunto puesto a conocimiento de quien ostenta tal competencia decisoria²⁵⁴.

De este modo, interpretar lo jurídico implica aceptar implícitamente que “lo jurídico”, contiene algo que necesita ser precisado porque no es en sí mismo claro o puede tener, en un caso concreto, diversos significados posibles. Así, interpretar lo jurídico significa establecer el sentido concreto y puntual de ese algo que contiene lo jurídico siendo precisado y clarificado²⁵⁵.

La argumentación, por su parte, es una tarea de ilación de razonamientos contentivos de significado (que han sido interpretados) con los que se otorga una respuesta a un asunto que requiere ser solucionado, al menos si se concibe la argumentación como los soportes de la respuesta a un problema. Así, la argumentación consiste en un grupo de declaraciones, conocidas como premisas, que se emplean para respaldar o justificar otra declaración, denominada conclusión²⁵⁶.

De este modo, la interpretación, como la argumentación, tiene una doble naturaleza, es un proceso, pero también es un resultado, que, en todo caso consiste siempre en ofrecer razones.

La teoría más aceptada de la argumentación jurídica hoy, entiende que esta hace parte del discurso práctico racional y que es común en la justificación de las decisiones judiciales, por cuanto a los jueces les asiste una carga de justificar las razones por las cuales adoptan una decisión en uno

²⁵³ GUASTINI, Riccardo, Interpretar y argumentar, Trad. Silvina Álvarez Medina, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 25

²⁵⁴ DICIOTTI, Enrico, Interpretazione della legge e discorso razionale, Torino, Giappichelli, 1999, 609 p.

²⁵⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La interpretación constitucional, En, Revista Jurídica de Castilla y León, 2004, no. 2, p. 37-74

²⁵⁶ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, Metodología jurídica y argumentación, Madrid, Marcial Pons, 2010, 292 p.

u otro sentido, producto de la pretensión de corrección que ha cobrado trascendental importancia en el derecho contemporáneo²⁵⁷.

Hay autores, que consideran que la argumentación sólo es necesaria en el contexto de casos difíciles, dado que, en los casos fáciles, la operación jurídica consiste en aplicar el silogismo jurídico deductivo. Entre tanto, los casos difíciles implican exponer las razones por las cuales se elige resolver en este u otro sentido, dada la indeterminación normativa que puede existir en muchos casos a la hora de decidir²⁵⁸.

En medio de los acuerdos y desacuerdos teóricos, es cierto que el manejo de los precedentes implica el uso de estos dos procesos racionales recién enunciados.

Pero ¿por qué “es cierto”, que se debe atender a las teorías de la interpretación y argumentación jurídica para manejar un sistema de precedentes jurídicos, esto es judiciales y administrativos?

La respuesta que doctrinariamente se ha generado indica que, dependiendo el nivel de vinculatoriedad que se les otorgue a los precedentes en un sistema jurídico concreto, cobra mayor importancia el estudio de las formas, métodos, técnicas y procedimientos tanto interpretativos como argumentativos, pues de ellos, depende el des-ocultamiento, de lo que los sujetos y las instituciones van consolidando tanto en el nivel teórico, como práctico y simbólico del derecho.

Por tal razón, autores autorizados en la escuela hermenéutica como Paul Ricoeur, sostienen que, a través de la comprensión de un texto es posible arribar y aproximarse a las precomprensiones interpretativas de su creador, y desde ahí, fijar el horizonte desde el cual concibe los fenómenos abordados en la escritura.

A su vez, es innegable que el derecho tiene una esfera social y política, que se articula a través de lo que autores como Habermas²⁵⁹, teorizaron como una acción comunicativa que permite

²⁵⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit.

²⁵⁸ MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit.

²⁵⁹ En su obra «Facticidad y Validez», Jürgen Habermas introduce una concepción compleja y sofisticada del derecho. Desde la perspectiva de Habermas, el derecho es un medio por el cual la sociedad se estructura y coordina, crucialmente, de una manera que permite tanto la integración social como la autonomía del individuo. Habermas propone una dualidad de aspectos dentro del concepto de derecho. Por un lado, se encuentra la “Facticidad”, que se refiere al papel del derecho a nivel sistema, como mecanismo regulador y coordinador de las acciones sociales. Por otro lado, está la “Validez”, que alude al papel del derecho a nivel de mundo de la vida, como un sistema de normas que reclaman legitimidad y reconocimiento de los ciudadanos. Para Habermas, el derecho no es puramente coercitivo, ni simplemente una expresión de la voluntad popular, sino más bien una interacción entre estos dos elementos. El derecho se encuentra entre las realidades empíricas de la vida social (Facticidad) y las expectativas normativas de justicia y equidad (Validez). Habermas también insiste en la necesidad del discurso democrático en el proceso de formación legal, a través del cual los participantes puedan debatir, negociar y llegar a un consenso sobre las normas legales. Este esencial procedimiento discursivo garantiza que las leyes estén enraizadas en el diálogo racional y mantengan su legitimidad y aceptabilidad

reconstruir discursivamente las fracturas y zonas porosas que van alumbrándose en el mundo de la vida de los sujetos, donde muchas veces el derecho funge como colonizador o como instrumento de emancipación.

En síntesis, las teorías de la interpretación y la argumentación cobran relevancia por cuanto contribuyen al robustecimiento del paradigma democrático del derecho.

En el caso colombiano, el precedente constitucional es una institución jurídica aceptada y las decisiones de la Corte Constitucional, tanto en sede de tutela, como en sede de constitucionalidad abstracta se erigen como verdaderos precedentes.²⁶⁰ Ello es así porque la dogmática jurídica y las reglas del propio ordenamiento jurídico le han adjudicado esta competencia, por lo que, se entiende que la Corte Constitucional es un intérprete no sólo autorizado, sino con autoridad para fijar el sentido de los textos constitucionales, en medio del conflicto de las interpretaciones.

Lo mismo ocurre en sede Contencioso Administrativa con los efectos de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado consagradas en la Ley 1437 de 2011²⁶¹.

Así las cosas, dado el nivel de vinculatoriedad aceptada para las decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la respuesta a la pregunta planteada líneas arriba, es que, por causa de la vinculatoriedad de los precedentes en Colombia y su función de discursos estabilizadores del orden democrático, los operadores jurídicos tienen la obligación de atenderlos como fuentes del derecho y en ese sentido deben interpretarlos y argumentar en uno u otro sentido cuando resulten aplicables a los casos que deben decidir.

Sin embargo, aún después del paso de los años, en Colombia es común encontrar bastantes vacíos en la justificación de decisiones judiciales y administrativas, cuando se intenta hacer alusión por ejemplo a un precedente contencioso administrativo o constitucional²⁶². Por lo que, una teoría local del precedente debe necesariamente incluir una mirada reflexiva y al menos elemental, sobre las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica, sobre todo, entendiendo que la lógica

para quienes están sujetos a ellas. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6 ed., Madrid, Trotta, 2010, 689 p.

²⁶⁰ Como se anticipaba, esta línea de decisión se encuentra consolidada en las sentencias T-406 de 1992, T-414 de 1992, T-123 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999, C-836 de 2001, SU-120 de 2003, T-698 de 2004, T-292 de 2006, C-335 de 2008, C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-588 de 2012, C-461 de 2013 y C-621 de 2015.

²⁶¹ Un mayor análisis sobre este punto puede encontrarse en RODRÍGUEZ CRUZ, Juan Pablo, *La constitucionalización del derecho administrativo: referencia a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, op. cit.

²⁶² Buscando proveer herramientas teóricas y metodológicas para solventar estos problemas (particularmente en precedentes constitucionales) se encuentra el texto de LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, op. cit.

del razonamiento judicial (precedente judicial), es diferente a la lógica del razonamiento de los otros servidores públicos que integran la administración, y que en virtud de la facultad establecida en la ley, ahora deben y pueden consolidar su propio sistema de precedentes.

Esto se justifica no sólo por la vocación racional del derecho, sino por la utilidad que puede representar tanto para los agentes y operadores internos del derecho (abogados, jueces), como para los agentes y operadores externos del derecho (ciudadanos); pues ambos, si se sigue el paradigma reconstructivo del derecho y el trialismo (legalidad, legitimidad y eficacia), requieren comprender la lógica interna y externa del discurso jurídico, que viene a ser uno más de los que existen en el orden complejo de las sociedades. A su vez, se espera que este intento resulte deseable para la cultura académica jurídica nacional, que debe atreverse, a riesgo de cometer errores, a proponer sus propias visiones y teorías sobre el derecho.

Sin embargo, al ser este trabajo un esbozo de teoría local, y una vez constatado que, en relación con las teorías de la interpretación y la argumentación, también existe una situación de no producción académica, se debe partir por reconocer lo que la tradición jurídica ha establecido al respecto, aunque esto implique seguir modelos foráneos y hasta el momento hegemónicos.

2.5.1 Aspectos elementales de la interpretación jurídica

En esta sección se discuten tres perspectivas distintas sobre la interpretación jurídica, según la idea predominante sobre la atribución de significados en los textos normativos²⁶³.

Para *la teoría cognitiva (o formalista)*²⁶⁴, la interpretación del derecho produce enunciados interpretativos, que son siempre susceptibles de ser verdaderos o falsos. Como resultado, la interpretación del derecho siempre es una actividad cognitiva.

De este modo, los textos normativos siempre tienen un significado claro, lo que implica que el derecho es completo pero consistente y, por tanto, cada asunto jurídico posee una respuesta correcta²⁶⁵.

*La teoría escéptica*²⁶⁶, sostiene que la interpretación del derecho da como resultados enunciados interpretativos que nunca pueden ser verificados. La interpretación siempre es una

²⁶³ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, op. cit.

²⁶⁴ Esta teoría pertenece al textualismo-formalismo de que se hablaba en líneas anteriores.

²⁶⁵ Aunque no puede denominarse formalista a Dworkin, esta postura de la única respuesta correcta puede verse en DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1984, 512 p.

²⁶⁶ Cfr. KENNEDY, Duncan, *A critique of adjudication*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997, 440 p.

actividad prescriptiva o estipulativa, no cognitiva. La interpretación asigna un significado a los textos normativos, aunque estos no tienen un significado predeterminado.

Esto hace que los textos normativos nunca tengan un significado definido y, por tanto, son ampliamente indeterminados, de manera que las reglas generales no son la base del derecho. Solo el conjunto de las decisiones tomadas por los tribunales constituye el derecho, pues reflejan su concreción.

Según *la teoría intermedia*²⁶⁷, la actividad interpretativa puede ser una actividad cognoscitiva y, también, puede ser una actividad estipulativa. Todos los enunciados interpretativos son, al tiempo, susceptibles de ser verdaderos o falsos o de no serlo en absoluto.

Esta tesis sostiene que los textos normativos tienen un significado parcialmente incierto, lo que hace que el derecho pueda contener contradicciones normativas y lagunas y, consecuentemente, las cuestiones jurídicas a veces tienen una respuesta correcta, aunque otras veces no.

Según las reglas del Código Civil colombiano, contenidas entre el artículo 25 y 32 pueden encontrarse técnicas de interpretación de la ley que, en un intento de respuesta dogmática, pero formalista, vienen a coadyuvar al interprete en la difícil tarea de fijar un sentido.

Por un lado, está *el método gramatical o exegético*, según el cual la ley se interpreta, sin más, en su tenor literal y según el significado natural y obvio de las palabras (artículo 27).

Por otra parte, *el método histórico*, que indaga por el contexto en que la ley fue concebida para efectos de desentrañar los motivos e intenciones de dicha legislación. También a ella se atribuye la búsqueda del espíritu de la norma (artículo 27).

Así mismo, se encuentra el denominado *método sistemático* según el cual el contexto – horizonte de la ley permite encontrar el sentido de cada una de sus partes. Así, lo que se busca es entender la norma en el contexto de libros, títulos, capítulo y artículos en los que la norma se encuentra inserta (artículo 30).

Sin embargo, estas técnicas interpretativas de la dogmática clásica se han mostrado insuficientes contemporáneamente y han aparecido nuevas formas de enfrentar la tarea hermenéutica, como el modelo de interpretación operativa de Wroblewski, según el cual esta es

²⁶⁷ Sin duda con la distinción de zonas de penumbra y zonas de certeza puede verse esta posición en HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, *op. cit.*

“la interpretación que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión.”²⁶⁸ En este caso, el órgano que aplica el derecho debe determinar el significado del asunto de manera precisa para los fines de la toma de decisiones.

Por lo que, al menos en una perspectiva bastante formal, los intérpretes del derecho cuentan con herramientas suficientes para garantizar, por un lado, la correcta comprensión de las fuentes jurídicas, y por otro, pueden sin mayores problemas resolver los conflictos jurídicos, que se les presenten. Entendiendo que, tanto los funcionarios públicos de carácter judicial, como los otros que integran la administración, en principio no deberían tener dificultades en la comprensión y aplicación de la ley o las otras fuentes, en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, lo anterior hace parte del mito, según el cual, el sentido es lo obvio y natural, y lo extraordinario es la no comprensión y la duda. Presunción que admite, desde el ejercicio práctico del derecho, todas las pruebas en contrario, pues, lo natural, es que incluso una sola expresión, un solo fonema, generen debates interpretativos.

Pero, se debe abordar ahora, otro asunto problemático, pues la interpretación del derecho no se agota en la ley, sino que se enriquece al tiempo que se complejiza, fruto del fenómeno de la constitucionalización como se observó en el primer capítulo de este trabajo, y que pone de presente la relevancia de la interpretación constitucional.²⁶⁹

Principalmente, en el contexto de la interpretación constitucional se usa el *método teleológico o finalista*. Esta se reconoce como la técnica de identificar el propósito o valor que la norma busca proteger. Además, en caso de que el texto parezca llevar a resultados contrarios a los que conduciría el fin normativo, la aplicación formalista del texto debe ceder ante el propósito.

Este propósito o valor, en general, no se refiere a la noción de "intención" del legislador, sino al propósito o valor "objetivo" y "contemporáneo", es decir, al propósito existente o

²⁶⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Trad. Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1985, p. 35

²⁶⁹ A efectos de ilustración respecto de los orígenes y desarrollo del papel de los jueces en la interpretación del derecho y de la interpretación constitucional, remitirse a la sección 2.3.1 de este trabajo y consultar el trabajo de FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. (Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En: *Díkaion*. 17, diciembre, 2021. vol. 30, no. 2, p. 335-372. ISSN 2027-5366.

presumible dentro de la ley o el sistema jurídico y que mejor responde a las nociones contemporáneas de corrección moral y política de la comunidad regulada²⁷⁰.

Siguiendo a López Medina, en el contexto colombiano la interpretación, y particularmente la interpretación constitucional, se apegó al formalismo-textualismo y ha sido la manera en la que los jueces (y la administración) interpreta la ley y, en muchas ocasiones, la constitución.

Pero: “[I]a insuficiencia de los criterios hermenéuticos más tradicionales, texto e historia, ha ocasionado que en Colombia cada vez con mayor fuerza, prevalezcan interpretaciones sistemáticas y finalistas de la Constitución”.²⁷¹

Desde sus primeras decisiones, la Corte ha enfatizado que el objetivo principal de la Constitución colombiana es alcanzar un "Estado Social de Derecho", lo cual se refiere a la necesidad de interpretar los derechos fundamentales como principios que fomenten la igualdad social a través de la distribución de recursos y oportunidades. De esta manera, la cláusula "Estado Social de Derecho", fue utilizada como objetivo constitucional prioritario, y se agregó que la cláusula debía integrarse en la interpretación sistemática de todas las demás disposiciones legales. Por esta razón, las interpretaciones definitivas de la Constitución de 1991 se basaron en la cláusula de Estado Social de Derecho²⁷².

En la interpretación "sistemática", se identifican entonces normas, objetivos, valores o principios constitucionales más abstractos y en los que se expresan objetivos morales y políticos más generalizados y aceptados. A pesar de que la constitución, carece de jerarquías formales en su interior, sí tiene jerarquías interpretativas. De esta manera, el fin o valor más abstracto y moral o políticamente más poderoso sirve como base para la interpretación o aplicación de cualquier otra norma menos abstracta o políticamente más poderosa, incluso si se trata de una norma de rango constitucional²⁷³.

En este escenario de la interpretación debe destacarse la denominada interpretación constitucional conforme. Esta práctica utilizada por la Corte Constitucional colombiana fue

²⁷⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Interpretación Constitucional, 2 ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, 193 p.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 36

²⁷² *Ibid.*, p. 38

²⁷³ *Ibid.*, p. 39

sistematizada por el profesor Fuentes Contreras²⁷⁴. En su trabajo el profesor Fuentes identifica cuatro sentidos en los que el Tribunal ha entendido la interpretación conforme.

Por un lado, se entiende como “una herramienta o medio de interpretación, es decir, una técnica, la cual tiene como fin la preservación del derecho y la eficacia del mismo”²⁷⁵. En segundo lugar, “se ha empleado la noción de la interpretación conforme como un principio constitucional.”²⁷⁶. Así mismo se entendió como un método de interpretación, y finalmente se usó “la expresión interpretación conforme para hacer referencia al resultado del proceso interpretativo”.²⁷⁷

Esta figura tiene un papel relevante en este trabajo dado que, para el caso del precedente de la administración pública, la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011 hizo uso de aquella figura para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 que, en relación con la obligación que tienen las autoridades administrativas de aplicar uniformemente las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, deben tener en cuenta las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado. Ante este escenario la Corte Constitucional sostuvo la exequibilidad de esa norma, pero condicionada siempre y cuando se entienda que

las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.²⁷⁸

Estos aspectos elementales dentro de las escuelas de interpretación, ponen de presente la necesidad de que tanto funcionarios judiciales, como administrativos, cuenten con trabajos sistemáticos que les permitan auto formarse en estas discusiones, que sin duda, van a estar presentes en el cumplimiento de sus labores, y más específicamente en la generación de precedentes, bien sean estos, de carácter judicial o administrativo, pues en ambos casos, quien se encuentra en espera de la decisión, más allá de las diferencias jurídico – procesales o dogmáticas

²⁷⁴ FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. (Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En: *Dikaion*. 17, diciembre, 2021. vol. 30, no. 2, p. 335-372. ISSN 2027-5366.

²⁷⁵ *Ibid.* p. 348.

²⁷⁶ *Ibid.* p. 349.

²⁷⁷ *Ibid.* p. 352.

²⁷⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de ambas instituciones, están esperando, la garantía de sus derechos, o mejor aún, la materialización del Estado Social de Derecho.

2.5.2. Breve recorrido por las principales teorías de la argumentación jurídica

La teoría de la argumentación jurídica es un tema crucial dentro del campo del derecho, ya que busca establecer principios y criterios para la justificación y resolución de casos, de acuerdo por ejemplo con Robert Alexy²⁷⁹. Su enfoque, se basa en la necesidad de un discurso racional y la aplicación de principios éticos. La teoría de la argumentación jurídica, según este autor, debe responder primero a una interpretación moral del derecho, donde se reconoce que la argumentación moral, puede ser aplicada de manera relevante en el ámbito jurídico para resolver sobre todo casos difíciles.

La influencia de Jürgen Habermas es evidente en la construcción ética que impacta en el derecho según Alexy. En Alexy, la construcción de la ética en el derecho se basa en un procedimiento discursivo que responde a las condiciones de un procedimiento deliberativo justo. En él, las partes involucradas en el diálogo fijan sus premisas, muestran sus horizontes, establecen el foco de la discusión y proceden a resolverlo por la vía del mejor y más justo argumento.

Esta teoría reconoce que la moralidad desempeña un papel importante en la argumentación jurídica y en el derecho, por cuanto todo argumento racional, obedece a una determinada pre - comprensión, que de manera implícita o explícita, se corresponde con una postura moral. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy parte del reconocimiento de que el derecho se basa en principios y reglas que deben ser justificadas y aplicadas de manera coherente en cada caso concreto. Para Alexy, la fundamentación de los principios y reglas jurídicas se realiza a través de un proceso argumentativo que tiene que atender a los requisitos del discurso tanto en lo general (ámbito social – democrático) como en lo particular (la lógica de la decisión judicial o en este caso administrativa).

²⁷⁹ Toda la construcción de esta sección sobre el autor se fundamenta en ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit.

Según Alexy, la argumentación jurídica debe cumplir con ciertos criterios de racionalidad y coherencia, sobre el primero, acoge el postulado según el cual la razón tiende a la universalidad, por lo que, al resolver un caso concreto, el funcionario (judicial o de la administración) debe proceder de tal manera, que su racionalidad, pueda ser elevada a principio de acción universal, es decir, que otro funcionario, en las mismas circunstancias y contextos, frente a similares fuentes y hechos, comparta la construcción racional de la decisión. Por coherencia, sobre todo se entiende, que la lógica argumentativa de los discursos debe desarrollar las premisas y sus conclusiones, por lo que la coherencia, garantiza ante todo la plenitud y armonía de la decisión, dentro del contexto de un sistema jurídico, que tiende a la materialización de la justicia, o en sus términos, a la concreción de una idea moral.

En esta teoría, Alexy distingue entre reglas y principios jurídicos. Según él, las reglas son normas que deben ser aplicadas de manera estricta y generalmente no permiten excepciones. Sin embargo, los principios son normas más flexibles y pueden ser balanceados o ponderados en función de las circunstancias particulares del caso. En su teoría, Alexy sostiene que los principios jurídicos tienen un peso significativo en la argumentación y resolución de casos difíciles, ya que representan valores morales y sociales fundamentales. Estos principios son aplicables tanto a nivel nacional como internacional y tienen la capacidad de influir en la interpretación y aplicación del derecho, ello en virtud, de la pretensión de universalidad de la razón.

En otro modelo argumentativo, aparece la teoría de Stephen Toulmin, la cual ha tenido un impacto significativo en el campo del derecho y ha generado un cambio de enfoque en la forma en que se comprende y analiza el razonamiento práctico en actividades jurídicas. Toulmin ha contribuido al desarrollo de una perspectiva moderna de la argumentación, alejándose de la lógica formal y priorizando la retórica, el lenguaje natural y la argumentación dialógica²⁸⁰.

En sus estudios, Toulmin propuso un esquema que permite visualizar y comprender mejor qué es un argumento jurídico y qué elementos debe contener, razón por la que se asume aquí que tanto un funcionario judicial, como uno de la administración, debe estar familiarizado con estos

²⁸⁰ CABRITA, Carmen Marina Méndez , QUEMAC, Rosa Evelyn Chugá y PAUCAR, Jairo Mauricio Puetate, Objetivismo ético o constitucionalismo postpositivista: un camino hacia la interpretación jurídica razonable., En, Dilemas Contemporáneos: Educación, Política Y Valores, 2021

modelos, sobre todo si deben resolver asuntos jurídicos en términos generales, pero sobre todo en términos más específicos, si van a construir precedentes jurídicos.

Este modelo no se limita a la lógica formal, sino que considera la relevancia del contenido y el contexto en la argumentación. Toulmin sostiene que un argumento completo se basa en seis componentes: datos o hechos (D), afirmación (A), respaldo (B), garantía (G), sub-respaldos (SR) y refutación (R)²⁸¹.

En esa línea, la teoría de Toulmin está compuesta por diferentes componentes que interactúan entre sí para formar un argumento completo. Estos componentes incluyen los datos o hechos, que son la evidencia sobre la cual se basa el argumento; el respaldo o fundamentación, que es la justificación o apoyo utilizado para respaldar los datos; la afirmación, que es la conclusión o proposición que se pretende establecer mediante el argumento; los modalizadores, que son palabras o expresiones que indican la fuerza o grado de certeza del argumento; y las refutaciones, que son posibles objeciones o contraargumentos que se pueden presentar contra el argumento principal.

La ventaja de este modelo es que a pesar de su universalidad, respeta la diversidad de lógicas y razonamientos que pueden emitir los sujetos, dentro del marco de determinadas instituciones.

Este esquema propuesto por Toulmin ha sido ampliamente utilizado en el campo de la argumentación jurídica, ya que permite analizar de manera más precisa y detallada los argumentos presentes en casos legales y otras situaciones jurídicas. Sin embargo, es importante reconocer que el modelo de Toulmin presenta limitaciones cuando se trata de argumentos con diferentes niveles de complejidad. Esto se debe a que el esquema de Toulmin se enfoca en argumentos con pocos elementos y puede dificultar el análisis de la cadena de razonamientos derivados de discursos argumentativos complejos, en los que se entremezclan diferentes pruebas y justificaciones lo que la ha llevado a ser objeto de críticas.

²⁸¹ TOULMIN, Stephen E., *The Uses of Argument*, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Estas críticas, principalmente planteadas por Van Eemeren y Grootendorst²⁸², señalan que la teoría de Toulmin no reconoce el uso cotidiano de la argumentación en el lenguaje y presentan los argumentos como fenómenos aislados, sin tener en cuenta los aspectos pragmáticos del contexto verbal y no verbal en el que se desarrollan. No obstante, la teoría de Toulmin ha impactado significativamente en el estudio y comprensión de la argumentación jurídica, proporcionando un marco teórico sólido y práctico para analizar y evaluar los argumentos utilizados en el ámbito legal, por lo que, al ofrecer sus categorías de análisis del discurso, lo que termina generando, es un sistema sencillo de valoración de razones y de pruebas, por lo que su uso tanto en sede judicial, como administrativa, puede representar una importante ayuda en la no fácil tarea de evaluar y construir lógicamente argumentos.

Por su parte, Chaim Perelman ha tenido una influencia significativa en la teoría de la argumentación, especialmente en la argumentación jurídica. Su enfoque se aleja del formalismo lógico y centra la atención en los elementos retóricos y persuasivos de la argumentación. Perelman sostiene que la finalidad de los argumentos jurídicos no es solo demostrar la verdad de ciertas proposiciones, sino persuadir al receptor en el contexto jurídico.

Los elementos clave en la argumentación jurídica dentro de la teoría de Perelman incluyen la audiencia universal, la estructura del razonamiento jurídico, el uso de ejemplos y analogías, la utilización de precedentes, el empleo de lo que Perelman llamó los argumentos cuasi-lógicos, entre otros. Perelman sostuvo que no todos los argumentos tienen la misma fuerza para todas las audiencias y es por ello que propuso el concepto de la "audiencia universal", que sería la comunidad de espíritus razonables.

Por otro lado, la argumentación jurídica no es automáticamente lógica, sino es más bien interpretativa y dialéctica. El juez debe interpretar las normas de derecho y los hechos del caso para decidir. Esto va mucho más allá de la mera lógica. Perelman destaca que la persuasión también juega un papel clave en este proceso.

²⁸² EEMEREN, Frans H. van y GROOTENDORST, Rob, *A Systematic Theory of Argumentation: The pragma-dialectical approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Uno de los puntos clave en la teoría de la argumentación es el concepto de "nueva retórica"²⁸³. La "nueva retórica" propuesta por Perelman y Olbrechts-Tyteca se basa en el reconocimiento de que la argumentación no es solo una cuestión de lógica formal, sino que implica aspectos retóricos. La teoría de la argumentación de Perelman se centra en el análisis y evaluación de los diferentes elementos que conforman un discurso argumentativo, como son los argumentos, las evidencias, las apelaciones retóricas y el público al que se dirige. Además, la teoría de la argumentación de Perelman también destaca la importancia del contexto en el proceso argumentativo. En esta teoría, se reconoce que el discurso argumentativo debe ser adaptado al contexto específico en el que se presenta.

Esta perspectiva pragmático-dialéctica, se basa en la idea de que el intercambio argumentativo cumple una función esencial en la sociedad y busca acuerdos racionales mediante un intercambio respetuoso de ideas. La teoría de la argumentación de Perelman ha sido ampliamente reconocida y estudiada en el campo de los estudios de argumentación. Perelman y Olbrechts-Tyteca establecieron las bases de un enfoque más amplio y contextualizado de la argumentación que ha influido en numerosos estudios y discusiones posteriores.

La teoría de Perelman es importante en la argumentación jurídica porque permite el análisis de los diferentes elementos que se utilizan en la construcción de argumentos legales y su evaluación desde un punto de vista retórico y persuasivo²⁸⁴, que sin embargo, no implican incertidumbre, pues todo argumento o ejercicio de persuasión, debe cotejarse y evaluarse a la luz intersubjetiva de las audiencias, quienes con uso de su razón, aseguran la objetividad o posible veracidad del argumento, a su vez, las premisas mediante las cuales se busca convencer, deben superar el filtro de la universalidad, la coherencia, la necesidad y la pertinencia.

En este recorrido, también se encuentra la propuesta de argumentación jurídica de MacCormick, esta se basa en el reconocimiento de la importancia de la retórica como una perspectiva fundamental en el estudio de la argumentación jurídica.

²⁸³ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, op. cit.

²⁸⁴ SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, Cristián, *Teoría de la Argumentación como Epistemología Aplicada*, En, Cinta De Moebio, 2012, no. 43, p. 24-39

MacCormick plantea que la retórica no es únicamente un aspecto accesorio de la argumentación, sino que juega un papel central en la construcción de argumentos jurídicos. Según MacCormick, la retórica en el ámbito jurídico no se limita a manipular la persuasión de las emociones o a utilizar argumentos falaces, sino que busca encontrar los mejores medios de comunicación para presentar y defender un punto de vista legal.

MacCormick²⁸⁵ también identifica un conjunto de argumentos sistémicos²⁸⁶, que incluyen argumentos de precedentes²⁸⁷, argumento conceptual²⁸⁸, argumento de principios generales²⁸⁹ y argumentos de la historia²⁹⁰. Estos componentes, según MacCormick, funcionan juntos para crear una argumentación jurídica sólida y coherente²⁹¹.

Además, la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick reconoce que el derecho es un sistema complejo y en constante evolución, por lo que la argumentación jurídica debe adaptarse a estas características. En su obra, MacCormick argumenta que la retórica jurídica es una herramienta fundamental en la práctica legal, ya que permite a los abogados y jueces presentar sus argumentos de manera más efectiva y persuasiva. MacCormick también destaca la importancia de considerar tanto las teorías histórico-filosóficas como la realidad cotidiana al momento de analizar y aplicar la argumentación jurídica. Esta perspectiva intertextual permite enriquecer las críticas y

²⁸⁵ MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, New York, New York: Oxford University Press, 2005

²⁸⁶ «argumentos sistémicos son los que buscan un entendimiento aceptable de un texto jurídico visto particularmente en su contexto como parte de un sistema jurídico.» *Ibid.*, p. 127

²⁸⁷ Según MacCormick, el argumento de precedentes implica que, si una disposición legal ha estado sujeta a una interpretación judicial previa, debe interpretarse de acuerdo con la interpretación que los tribunales le han dado.

²⁸⁸ Según MacCormick, el argumento conceptual sostiene que, si un concepto jurídico ha sido reconocido y desarrollado doctrinalmente y utilizado en la formulación de una disposición legal, debe interpretarse de manera que su uso sea coherente a lo largo del sistema.

²⁸⁹ Según MacCormick, el argumento de principios generales del derecho significa que, si uno o varios principios generales del derecho son aplicables a una disposición legal, se debe patrocinar la interpretación que se ajuste en mayor medida al principio o los principios generales.

²⁹⁰ Según MacCormick, el argumento de la historia implica que una ley o un grupo de leyes puede cambiar de sentido con el tiempo en función de una comprensión de la idea y el propósito de la ley o del grupo de leyes en su evolución histórica. Es decir, “debe interpretarse de modo que su aplicación en casos concretos sea compatible con este entendimiento evolucionado históricamente de la idea y el propósito involucrados.” MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, *op. cit.*

²⁹¹ La propuesta de MacCormick es relevante para el funcionario de la administración pública en la medida en que concibe la necesaria utilización de los precedentes como una fuente de interpretación y argumentación para la toma de decisiones. Así mismo, la alta tecnificación que ha sufrido la administración pública implica el uso de conceptos que dentro de su marco de acción puede significar algo distinto a lo que ocurre en el sector privado. De esta manera, a la hora de decidir, la administración pública debe comprender que las palabras significan y por tanto se argumentan en función del significado atribuido en el terreno de la administración pública y no, por ejemplo, de la administración privada.

fundamentar los argumentos de manera más sólida, teniendo en cuenta tanto el conocimiento teórico como la práctica diaria del derecho²⁹².

De estas teorías se puede extraer que, según Alexy, la argumentación jurídica se basa en una combinación de reglas formales y sustanciales que permiten llegar a decisiones justas y correctas. Alexy sostiene que la Justicia es un ideal regulativo que guía el razonamiento jurídico y se logra a través de la aplicación de principios jurídicos y derechos fundamentales. Esta perspectiva de Alexy se relaciona con el precedente judicial en la medida en que considera que las decisiones judiciales anteriores deben ser tenidas en cuenta para la resolución de casos similares, como forma de garantizar la coherencia y justicia del sistema.

En este sentido, Alexy argumenta que los precedentes judiciales son normas jurídicas vinculantes que deben ser aplicadas si se da una similitud relevante entre el caso actual y el anterior. Además, Alexy defiende que los precedentes son una fuente de certeza y estabilidad en la aplicación del derecho, ya que proporcionan consistencia y predictibilidad a las decisiones judiciales.

La teoría de la argumentación jurídica propuesta por Stephen Toulmin también aborda la relación con el precedente judicial. Según Toulmin, la argumentación jurídica se basa en el uso de datos y pruebas para respaldar afirmaciones o conclusiones. El precedente judicial, en esta teoría, desempeña un papel fundamental como fuente de datos y pruebas que pueden ser utilizados en la argumentación. En este sentido, Toulmin argumenta que los precedentes judiciales son ejemplos concretos de casos similares que han sido resueltos anteriormente y que pueden proporcionar evidencia relevante para respaldar una afirmación o conclusión en un caso actual.

Por otro lado, la teoría de la argumentación jurídica propuesta por Chaïm Perelman se centra en la argumentación como un proceso dialéctico en el que los participantes buscan persuadir a su audiencia a través del uso de argumentos convincentes. En relación con el precedente, Perelman sostiene que los argumentos basados en precedentes tienen un alto grado de fuerza persuasiva, ya que se basan en decisiones anteriores que han sido aceptadas por la comunidad legal

²⁹² MACCORMICK, Neil, *Argumentation and Interpretation in Law*, En, *Ratio Juris*, 1993, vol. 6, no. 1, p. 16-29

como autoridad. Esto significa que los argumentos basados en precedentes pueden ser utilizados de manera efectiva para persuadir de tomar decisiones similares en casos futuros.

Por último, la teoría de la argumentación jurídica de Neil MacCormick, también tiene implicaciones importantes para el uso del precedente. Según MacCormick, la argumentación jurídica se basa en el diálogo y la razón práctica, y debe tener en cuenta tanto los aspectos normativos como los argumentos pragmáticos. El precedente, en este sentido, juega un papel crucial ya que proporciona tanto normas jurídicas establecidas como consideraciones pragmáticas en la toma de decisiones.

En conclusión, las teorías de la argumentación jurídica propuestas por Alexy, Toulmin, Perelman y MacCormick, destacan la importancia del precedente en el razonamiento jurídico. En todas estas teorías, se reconoce que los precedentes son una fuente valiosa de datos y pruebas que respaldan las afirmaciones y conclusiones en el ámbito jurídico. Si bien existen diferencias en cuanto a cómo se utiliza y se presenta el precedente en cada teoría, todas coinciden en la importancia de su papel como argumento persuasivo y fuente de autoridad en el proceso de toma de decisiones.

Elementos que pueden homologarse, sin duda, a la teoría local del precedente de la administración.

2.6 Síntesis del capítulo

En este capítulo se abordó el estudio del precedente como una figura general, incluyendo sus fuentes históricas y los elementos que se han desarrollado en países que siguen la tradición del derecho legislado y del derecho jurisprudencial. En esta sección se demostró la importancia de la dogmática del precedente judicial. Es relevante para este trabajo dado que el precedente judicial es la idea más cercana y consolidada de los precedentes normativos, lo que permite construir sobre él la figura del precedente de la administración pública.

Se encontró que existe una mayor proximidad de la que antes podría verse entre el *civil law* y el *common law* en lo referente a la aplicación de precedentes, sin que esto implique la desaparición de los elementos diferenciadores de tales sistemas.

Así mismo, se precisaron los fundamentos de un sistema de precedentes como base para la construcción de una propuesta de precedente de la administración pública, desde la justificación filosófica y práctica que les asisten.

Finalmente, se pone de relieve la cardinal importancia del manejo de la interpretación y la argumentación jurídica en el uso de los precedentes y el papel que juegan los conceptos de *obiter dicta* y *ratio decidendi* como elementos de las decisiones (judiciales y en homologación administrativas). Es importante aclarar que todos los autores tanto de escuelas de la interpretación como de la argumentación jurídica son foráneos y pertenecen a teorías globales del derecho puesto que, por ahora, se debe plegar a sus desarrollos, ante la ausencia de autores propios que hayan desarrollado modelos de hermenéutica y de argumentación jurídica propias y sólidas para el contexto colombiano. Sin embargo, lo anterior, no exonera el deber que le asiste a los funcionarios de la administración, de estar familiarizados con estas discusiones y elementos dogmáticos, que sin duda son una herramienta que enriquece el trabajo cotidiano, caracterizado por el diálogo constante e interacción entre la administración y la ciudadanía.

Con lo dicho hasta este punto, están las bases suficientes para abordar en el capítulo tercero, el precedente de la administración pública como elemento propositivo de esta tesis.

Capítulo III

Breve Propuesta de Teoría Local del Precedente de la Administración Pública en Colombia

3.1 Preliminares

Luego de haber abordado los fundamentos del precedente (judicial) se procederá a analizar dicha figura en el contexto de la administración pública. En efecto, la idea de precedente judicial como se ha demostrado con suficiencia es una institución jurídica consolidada en el ordenamiento jurídico colombiano. No ocurre lo mismo con el precedente de la administración pública y, por ello, es el aporte central de este trabajo.

3.2 Concepto de administración pública

Aquí se define la administración pública²⁹³, en el contexto del precedente, como todos los órganos del Estado y los particulares cuando ambos cumplen funciones administrativas, es decir, cuando no actúan en ejercicio de funciones jurisdiccionales o legislativas.

De este modo, quienes cumplen funciones jurisdiccionales, o el legislador cuando actúa en ejercicio de la función legislativa, cumplen funciones administrativas en determinados momentos. Por ejemplo, cuando deciden sobre el talento humano a su cargo, cuando celebran contratos, comprometen recursos tecnológicos, físicos o financieros. Cuando conceden o niegan determinados asuntos que los particulares les solicitan en ejercicio del derecho de petición, acceso a información o similares.

En síntesis, la administración pública aquí significa, todos los órganos del Estado más los particulares²⁹⁴, en tanto estos y aquellos ejercen funciones administrativas y por tanto toman decisiones de carácter particular y concreto (pues sólo en las decisiones se configura un precedente en los términos expuestos).

²⁹³ Más allá de las extensas discusiones que se han sostenido para definir este asunto entre las cuales puede verse, WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, 9 ed., Paris, Sirey, 1963, 934 p.; BREWER CARIAS, Allan, *Derecho Administrativo Tomo I*, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, 1975, 463 p.; MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 652 p.; ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Trad. Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, vol.1; VALDIVIA, Jose Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, 452 p.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado, 2003, 474 p.; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 20 ed., Bogotá, Temis, 2017, vol.1; CLARICH, Marcello, *Manuale Di Diritto Amministrativo*, 3 ed., Roma, Il Mulino, 2017, 521 p.; VON BOGDANDY, Armin, CASSESE, Sabino y HUBER, Peter, *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band III. Verwaltungsrecht in Europa*, s.l., C.F. Müller, 2010, 636 p.; CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Prima Lezione di Diritto Amministrativo*, Bari, Editori Laterza, 2021, 186 p.

²⁹⁴ Ejemplo de ello, los curadores urbanos.

3.3 Definición de Precedente de la Administración Pública

Se propone definir *el precedente de la administración pública* como toda decisión anterior, i) de carácter particular y concreto, ii) tomada por cualquier órgano del Estado o un particular cuando cumplen funciones administrativas, iii) que adopta la forma de acto administrativo, iv) posee identidad fáctica y jurídica con el asunto presente y v) se torna jurídicamente relevante para la decisión que hoy debe adoptarse.

Dada la novedad y poca reflexión teórica existente sobre la figura del precedente de la administración pública en Colombia (que se demostrará en este capítulo), es necesario proponer un esbozo de teoría local de precedente de la administración, que sirva como fundamento para un trabajo más amplio y de mayor alcance, que quizá pueda profundizarse en una futura disertación doctoral.

3.4 El fundamento del precedente de la administración pública (en Colombia).

El surgimiento del precedente en la administración pública en Colombia se remonta a importantes acontecimientos históricos y al desarrollo del derecho administrativo. En particular, es importante considerar el contexto de la situación histórica de América Latina y la transformación del Estado liberal en un Estado social²⁹⁵.

A mediados del siglo XX, con la expansión de las actividades de las administraciones públicas y el surgimiento del concepto de Estado social, el derecho administrativo en América Latina ya estaba bastante consolidado como un sistema de principios y reglas inspirados en el régimen administrativo²⁹⁶. Esto permitió la incorporación de aportes de doctrinas y jurisprudencias comparadas, particularmente de Francia. Ello condujo al desarrollo de un derecho administrativo común en la región, que se reflejó en las leyes procesales.

En Colombia, el surgimiento del precedente dentro del derecho administrativo puede atribuirse a estos desarrollos más amplios en América Latina²⁹⁷.

²⁹⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 199 p.

²⁹⁶ BREWER CARIAS, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Civitas Aranzadi S.A., 2013, T. I, 1120 p.

²⁹⁷ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, Maximino, *El precedente administrativo*, En, *Diario La Ley*, 2008, no. 7028, p. 1; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *El precedente administrativo*, En, *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2010, no. 5, p. 51-78; CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto, *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*, En, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2014, no. 73, p. 483-504; HUTCHINSON, Tomás y BIGLIERI, Alberto, *Breves consideraciones acerca del Precedente Administrativo*, En, *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 2012, vol. 2, no. 1, p. 30-35; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «El precedente administrativo.», *art cit*; ARROUY, Pedro Luis, *Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo*

A medida que las administraciones públicas comenzaron a expandir sus actividades en respuesta al advenimiento del Estado Social, hubo una mayor necesidad de contar con principios jurídicos claros y coherentes que guiaran sus acciones. Esto hace necesario el desarrollo de un sistema sólido y coherente de derecho administrativo.

El surgimiento del precedente en el derecho administrativo en Colombia puede entenderse dentro del contexto más amplio de consolidación de un sistema de precedentes judiciales en los términos expuestos en el capítulo II de este trabajo.

En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido la necesidad de un precedente en el sistema de administración pública. Este reconocimiento se fundamenta en el entendido de que el precedente proporciona estabilidad, coherencia y seguridad jurídica en el proceso de toma de decisiones.

En ese sentido, en medio del proceso de constitucionalización por la primera vía autónoma, (ver capítulo 1 donde se explica esa propuesta) desde 1998, la Corte Constitucional ha sostenido la existencia de un precedente administrativo. Por ello, las decisiones tomadas por la administración pública con identidad fáctica y jurídica en las que los demandantes alegaron violación del principio de igualdad de trato en relación con decisiones anteriores tomadas por cada autoridad en particular son consideradas como precedentes en sede administrativa. A estas decisiones la Corte las denominó "precedente administrativo", como se puede apreciar en las sentencias T 334 de 1998²⁹⁸, T 506 de 1998²⁹⁹ y T 545 de 2004³⁰⁰ y C-537 de 2010³⁰¹⁻³⁰²

Más tarde, fue presentado en el Congreso de la República el proyecto de Ley que llevó a la expedición de la Ley 1437 de 2011. En la exposición de motivos y durante los distintos debates que se llevaron a cabo en el órgano legislativo, se puede ver que el artículo 9 (que resultó siendo el artículo 10, luego de la discusión legislativa) del proyecto de Ley original tenía como objetivo proporcionar seguridad jurídica al ciudadano al conocer "la norma y la doctrina aplicable" en su

a la luz del principio Republicano de Gobierno., En, Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho, 2009, no. 16, p. 7

²⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-334 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-506 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-545 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-537 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁰² La metodología de selección y análisis de estas decisiones fue presentada en el capítulo I. Remitirse allí para ampliar.

caso particular, mientras que también guiaba al servidor público "sobre el camino a seguir en la toma de decisiones". En esa ley, el legislador sostuvo que las autoridades debían aplicar de manera uniforme la constitución, la ley y los reglamentos a casos con identidad fáctica y jurídica.

Así, tres son hoy los fundamentos del precedente de la administración pública en Colombia.

En primer lugar, el principio de igualdad, el principio de buena fe, el principio de confianza legítima y de seguridad jurídica como principios de orden constitucional que soportan el precedente de la administración pública.

En segundo lugar, este tipo de precedente tienen su origen, como se demostró en el capítulo I, en la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional contenida en las sentencias T 334 de 1998³⁰³, T 506 de 1998³⁰⁴, T 545 de 2004³⁰⁵ y C 537 de 2010.³⁰⁶

Finalmente, el precedente de la administración pública encuentra su base legal en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011³⁰⁷. En efecto, esta norma dispone que las autoridades administrativas deben aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones con identidad fáctica y jurídica, al resolver los asuntos de su competencia.

De este modo, no queda duda que, en efecto, existe en Colombia, vía jurisprudencia constitucional (producto del ejercicio de interpretación de la constitución) y vía ley, una institución jurídica que puede denominarse “precedente de la administración pública” o “precedente administrativo” (este último término resulta acertado siempre y cuando no sea confundido con el precedente fijado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo). Figura o institución jurídica, sobre la que no se ha reflexionado de manera sistemática y sobre la que no existe mayor ejercicio de comprensión dogmática. Vacío que animó a emprender este camino de reflexión teórica.

3.5 El precedente judicial y el precedente de la administración pública.

Hasta este punto se han realizado dos tareas esenciales. Por un lado, se ha definido y descrito de manera detallada el precedente judicial. Y por otro, se ha presentado el precedente de la administración pública. Ahora, se procede a realizar el ejercicio de homologación (que se

³⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-334 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-506 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-545 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-537 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Perez.

³⁰⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

anunció) en la que se pueda con claridad identificar las categorías o elementos de comparación, y se puedan marcar similitudes, diferencias etc., entre estas dos figuras. Para ello se presenta de manera esquemática la siguiente tabla:

Tabla 1. Homologación del precedente judicial al precedente de la administración pública.

Concepto/ Elementos/ Características/ Tipos	Precedente Judicial	Precedente de la Administración Pública	Observaciones	Conclusión comparativa
Concepto	Decisión previa tomada por un juez o tribunal en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales que contiene un principio o regla de decisión que, por la similitud fáctica y jurídica del caso presente debe, en principio, ser aplicada al caso que hoy debe decidirse.	Decisión previa, i) de carácter particular y concreto, ii) tomada por cualquier órgano del Estado o un particular cuando cumplen funciones administrativas, iii) que adopta la forma de acto administrativo, iv) posee identidad fáctica y jurídica con el asunto presente y v) se torna jurídicamente relevante para la decisión que hoy debe adoptarse	Es importante resaltar que, en materia de precedente judicial, cuando los jueces realizan control abstracto, como el control de constitucionalidad o el control de legalidad, existe una confrontación entre normas. En ese sentido, el precedente se ubica en forma de precedente-ratio ³⁰⁸ , es decir, la regla de decisión está en la <i>ratio decidendi</i> . En tanto que, cuando los jueces deciden sobre hechos y derecho (sin importar la jurisdicción) el precedente se ubica en forma de precedente-sentencia ³⁰⁹ , y, la razón de la decisión debe ser analizada en consonancia con los hechos del caso.	El precedente de la administración pública debe ser manejado como un precedente-homologo al que fija una sentencia dado que, siguiendo la definición aquí propuesta, aquel siempre será una decisión en la que se discutan hechos y derecho. Por tanto, la <i>ratio decidendi</i> del precedente de la Administración Pública debe leerse en relación con los hechos del caso anterior.

³⁰⁸ Ver esta noción en la sección 2.3.1.

³⁰⁹ Ver esta noción en la sección 2.3.1.

Elemento 1, <i>obiter dicta</i>	Dichos de paso o elementos usados en el ejercicio argumentativo que, en todo caso, no hacen parte del núcleo central de la argumentación que sostiene la decisión a adoptar.	Para el precedente de la administración pública la definición de <i>obiter dicta</i> puede ser homologado íntegramente del precedente judicial. Por tanto, será <i>dicta</i> , todos aquellos argumentos que no sostienen la razón de la decisión a adoptar.	La práctica administrativa indica que las decisiones contienen una menor cantidad de <i>obiter dicta</i> frente a las decisiones judiciales en las que los jueces, particularmente de constitucionalidad, acostumban realizar amplias descripciones conceptuales para arribar a la decisión.	Son instituciones que, pueden ser homologadas de manera integral, sobre todo en la labor de argumentar la decisión.
Elemento 2, <i>ratio decidendi</i>	Es la regla interpretada y aplicada para soportar la decisión tomada en la sentencia judicial, es decir, la razón general en la que encuentra cimiento lo decidido.	Para el precedente de la administración pública la definición de <i>ratio decidendi</i> puede ser homologada íntegramente del precedente judicial. En ese sentido, será <i>ratio decidendi</i> la regla adoptada para soportar la decisión administrativa, que incluso puede ser identificada con uso de los recursos o herramientas de interpretación, en el caso en que ya exista y se haya fijado por la autoridad judicial; o podrá construirse con los recursos de las técnicas de	A diferencia de los jueces, particularmente de constitucionalidad, que tienen un amplio margen de interpretación respecto de los principios y derechos fundamentales fijados en la carta política y, por tanto, fijan subreglas o, para ser más directo, “crean derecho”, la administración pública, por la tradición del principio de legalidad suele basar sus decisiones mayoritariamente en reglas y no en principios. De este modo, comúnmente las decisiones de la administración pública contienen siempre como fundamento de decisión una regla expresa proveniente de la Constitución, la ley o los reglamentos, aunque producto	Son instituciones que, pueden ser homologadas de manera integral. Sobre todo si se aspira a que el precedente administrativo contribuya a desarrollar la armonía y coherencia normativa dentro del sistema legal.

		argumentación, si previamente esta no existe.	del fenómeno de constitucionalización del derecho (cap. 1) el servidor público de la administración, debe también formarse en la lógica de interpretación y argumentación de principios constitucionales.	
Característica 1, <i>vinculatoriedad</i> .	La razón de ser del precedente judicial es la vinculatoriedad, la regla que contiene y que se constituye en obligatoria para ser seguida en adelante por el mismo u otros jueces. Esto último siempre y cuando sea un precedente vertical.	La propuesta de este trabajo indica que el precedente de la administración pública tiene fuerza vinculante por expresa disposición del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13 de la Constitución Política.	La vinculatoriedad que debe predicarse del precedente de la administración pública no es incompatible con el tradicional principio de legalidad. Esto implica que, la administración sigue sometida al ordenamiento jurídico en sus decisiones, sin embargo, por expresa disposición legal debe decidir de manera similar asuntos similares que, siempre se presumen legales según dispone el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.	Al igual que el precedente judicial, el precedente de la administración pública tiene efectos vinculantes y no meramente indicativos o persuasivos para la administración
Característica 2, <i>similitud del caso</i>	La similitud en las decisiones judiciales que juzgan sobre hechos (no sobre normas como el control abstracto de legalidad o constitucionalidad) es un requisito para que se predique la existencia de un	Dado el concepto propuesto de precedente de la administración pública, según el cual se configuran precedentes sólo en decisiones de carácter particular y concreto, la similitud del caso, particularmente de los	La similitud del caso es requisito esencial para el precedente de la administración pública de acuerdo con lo fijado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011. En efecto, hay obligación de aplicar una decisión precedente cuando concurren hoy “situaciones que tengan los mismos	Son características que pueden ser homologadas de manera similar, atendiendo siempre al carácter particular y concreto de las decisiones que se convierten en

	precedente pues, de otro modo, no habrá lugar a asumir esa decisión pasada como un precedente.	hechos discutidos, es esencial para predicar la existencia de un precedente de la administración pública.	supuestos fácticos” que la decisión anterior.	precedente de la administración pública.
Característica 3, <i>derrotabilidad</i> .	Esta característica implica que los precedentes no son pétreos, sino que, su existencia y vinculatoriedad se encuentra sujeta a los cambios constitucionales, legislativos, sociales, políticos, etc. En sede judicial se aplica la técnica del <i>overruling</i> o anulación de precedentes.	La propuesta de este trabajo indica que el precedente de la administración pública sólo puede ser derrotado, por cambios constitucionales, legislativos o reglamentarios que, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, garantice la aplicación uniforme de la legislación colombiana. Pero siempre que se involucren derechos fundamentales, debe poderse acudir a una vía procesal de carácter judicial, para controlar la legalidad constitucional del precedente de la administración.	En efecto, el paradigma de legalidad que mayoritariamente se exige a la administración pública (el seguimiento irrestricto de la ley desde una perspectiva formalista), respecto de lo que se exige a los jueces (particularmente cuando fungen como jueces constitucionales) indica que a estos se les permite un margen interpretativo y aplicativo del derecho más amplio cuando deciden sobre principios constitucionales y por ello sus precedentes son derrotables no sólo por cambios constitucionales o legislativos, sino también por cambios sociales o políticos que obliguen a adecuar la interpretación constitucionales a las nuevas realidades sociales. Sin embargo, de la administración se exige el seguimiento de la legislación (en sentido amplio) e incluso de las decisiones judiciales como lo indica el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.	La figura es parcialmente homologable en los términos expuestos. Sólo podrá la administración “derrotar” su precedente cuando exista un cambio en la legislación en sentido amplio o cuando se debatan asuntos de protección de derechos fundamentales, que ameriten la revisión de la decisión por ella o por una autoridad judicial, o cuando una autoridad judicial resuelva el conflicto que posteriormente pueda conocer la administración, caso en el cual, deberá

			Por tanto, el apartamiento de los precedentes de la administración sólo podría admitirse por cambios normativos entre el caso pasado y el caso presente.	ajustar su propio precedente a lo decidido por los jueces.
Tipos de precedente, <i>precedente horizontal</i> .	El precedente judicial horizontal indica que un juez o tribunal no tiene, en principio, la facultad para apartarse de sus propias decisiones pasadas. Por supuesto, bajo las excepciones que se han expuesto anteriormente.	Cuando una decisión administrativa se torna como precedente al decidir hoy, es claro que esta característica aplica plenamente. En efecto, no existe ninguna condición que pueda indicar una conclusión distinta a que un empleado público también está sujeto a su propio precedente en términos horizontales.	Los tipos de precedentes como han sido definidos por la Corte Constitucional, <i>horizontal</i> y <i>vertical</i> , se refieren a asuntos organizacionales, en términos funcionales. Pero deben admitir variaciones o distinciones, que en todo caso deben estar plenamente argumentados del marco de la legalidad y las disposiciones constitucionales, por lo que el precedente administrativo también puede aceptar estos matices	Son instituciones que, pueden ser homologadas de manera integral. Sobre todo si se entiende que el servicio y la función pública debe tender en sus decisiones a la garantía del Estado Social de Derecho, al cumplimiento de los fines del Estado y a la protección del principio de legalidad y no discriminación a la hora de tomar decisiones, dentro de un marco y orden jurídico que se presume coherente.
Tipos de precedente, <i>precedente vertical</i> .	El precedente <i>vertical</i> cumple la función unificadora de la jurisprudencia dentro de la	En la administración pública existen no sólo superiores funcionales sino también jerárquicos, por	Es oportuno sostener que, la administración pública funciona, según el artículo 209 superior, mediante la descentralización,	Las instituciones no pueden ser plenamente homologadas teniendo en cuenta las formas de

	<p>organización judicial. Implica que los jueces inferiores se encuentran sujetos a los precedentes de sus superiores funcionales, particularmente de las altas cortes.</p>	<p>tanto, cuando un superior jerárquico fija una pauta interpretativa, el inferior jerárquico se encuentra sujeto a esos precedentes.</p>	<p>desconcentración y la delegación. Por tal motivo es esencial tener presente que sólo puede configurarse un precedente vertical cuando exista relación jerárquica o funcional que deba ser seguida. Es decir, no hay precedente entre una decisión de un municipio frente a otro municipio o departamento, por ejemplo.</p>	<p>organización administrativa fijadas en la constitución y la ley.</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------

Lo presentado en la tabla anterior arroja resultados esenciales para la comprensión de la figura del precedente de la administración pública. En efecto, comprueba la hipótesis sostenida en los capítulos anteriores según la cual, el precedente judicial es la figura de precedente más conocida y cercana en la experiencia jurídica colombiana y, por tanto, sirve como elemento de partida para construir un esbozo de teoría local del precedente de la administración pública.

Este cuadro arroja como elemento común a ambas instituciones, que la labor interpretativa y argumentativa es necesaria e indispensable, independientemente si se está frente al precedente judicial o frente al de la administración pública.

Ante este escenario, y teniendo en cuenta el recorrido interpretativo y argumentativo presentado en el capítulo segundo, se propone a continuación una metodología que vincula la interpretación y la argumentación jurídica a efectos de brindar una herramienta preliminar para la aplicación de los precedentes de la administración pública por parte de quienes toman este tipo de decisiones en el Estado colombiano.

3.6 El “camino de vida” de los precedentes. Aspectos esenciales a nivel dogmático y práctico, o interpretación y argumentación en la aplicación del precedente de la administración pública.

Atendiendo lo dicho, se propone plantear metodológicamente el camino (de vida) que ha de seguirse en el manejo de precedentes de la administración pública. Para este efecto es importante que la lectura de esta sección se realice a la par de la sección 2.4 de este trabajo en la que se identificaron los procesos de interpretación y argumentación jurídica con énfasis en los precedentes.

Para este efecto se plantean como pasos el **i)** generar **[ii)]** identificar, “[**iii)]** interpretar y **[iv)]** seguir [o apartarse de] los precedentes”³¹⁰. A continuación, véase este camino de “vida” de los precedentes.

i) La generación, o más exactamente la creación o nacimiento de precedentes es el primer paso. Para ello se debe considerar que el nacimiento o creación de precedentes no necesariamente implica que el sistema jurídico en concreto acepta la vinculatoriedad de los precedentes. Esto por

³¹⁰ Se sigue la propuesta de CHIASSONI, Pierluigi, «La Filosofía del Precedente: Análisis Conceptual y Reconstrucción Racional» en *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial: Actas del 24° Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR)*, Bogotá, D.C., Universidad Externado, 2015, p. 21

cuanto, en términos generales un precedente es una decisión del pasado que puede ser utilizada para resolver un asunto en el presente. No obstante, esta afirmación se queda corta. Como se dijo en páginas anteriores, uno de los fundamentos deónticos de los precedentes es el principio de igualdad, es decir, el reconocimiento que universalmente se ha dado a un trato igual entre iguales ante la Ley y el Estado.

Así, una decisión pasada siempre tendrá un grado (mayor o menor) de relevancia en una decisión presente, si quienes en ella intervienen conocen de la existencia de aquella (de la decisión pasada). No obstante, en concreto, es necesario que la cultura jurídica de cada sistema haya reconocido la vinculatoriedad (ya sea débil o fuerte) de los precedentes, para hablar, en sentido estricto, de su creación o nacimiento.

En el caso colombiano, como ya se indicó, se reconoce la existencia de esta figura y su uso práctico es constante. En ese sentido, la creación o nacimiento de un precedente requiere la fijación por un órgano competente de “la regla del precedente”.

Siguiendo a Hart, existen dos tipos de reglas, las reglas primarias y las reglas secundarias. Las primarias indican la realización u omisión de ciertas conductas, se quiera o no. Las secundarias son las normas por las cuales se introducen nuevas reglas primarias, se extinguen o modifican las antiguas, o se determina su incidencia y se controla su acción³¹¹.

De este modo, el precedente requiere una regla de “nacimiento” o “creación”, de manera que el sistema jurídico acepte su utilización.

Dicho en otras palabras, el nacimiento o creación de un precedente debe estar antecedido por una regla jurídica que reconozca su creación y efectos subsiguientes, incluso precisando si es o no vinculante.

Para este caso, es claro que existe una regla de creación de precedentes de la administración pública contenida en el artículo 10 de la ley 1437 de 2011³¹². Es decir, el precedente de la administración pública goza de una consagración explícita en la legislación colombiana que obliga su acatamiento y aplicación. Además, cuenta con un respaldo constitucional contenido en el artículo 13 y 83 de la Constitución Política en los términos explicados en la sección 3.4 de este trabajo. Así las cosas, se encuentra aprobado el paso uno.

³¹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, op. cit., p. 81

³¹² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

ii) El segundo paso consiste en la identificación del precedente. Por supuesto, este se encuentra sujeto al primer paso fijado en la regla del precedente y esta debe indicar algún nivel de vinculatoriedad del precedente. Si la regla del precedente dispone que este no tiene efectos vinculantes en el sistema jurídico no habrá lugar a continuar lo aquí planteado. Aquí, se parte de la premisa de la vinculatoriedad consagrada en el artículo 10 de la ley 1437 de 2011³¹³.

Para identificar el precedente es necesario que la decisión pasada sea pública³¹⁴ -y conocida por los operadores jurídicos y la población en general-, y que haya similitud (que no significa estricta igualdad³¹⁵) de hechos y de normas jurídicas objeto de la discusión legal. En la medida en que, el operador jurídico identifica que una decisión pasada tiene similitud de hechos y de normas, ha reconocido la existencia, al menos preliminar, de un precedente que puede ser relevante y vinculante en el caso bajo examen.

iii) El tercer paso es la operación quizás más importante en materia de precedentes. Se centra en cómo interpretar el precedente.

El ejercicio de interpretación del precedente requiere que el operador jurídico del presente identifique la *ratio decidendi* entendida como el principio de decisión contextualizado, es decir, no sólo la regla de decisión en sí, sino en relación con los hechos que la sustentan y la descripción del caso al cual se aplica³¹⁶.

Siguiendo el concepto propuesto de precedente de la administración pública, según el cual hay precedente sólo en las decisiones de carácter particular y concreto, la similitud del caso, particularmente de los hechos discutidos, es clave para sostener la existencia de un precedente en sede administrativa.

Es común que la administración pública al momento de decidir un asunto emplee un ejercicio argumentativo muy amplio que se extiende, en ocasiones, a consideraciones doctrinales, a conceptualizar aquellos temas que consideran centrales en la decisión para luego, ahí sí, arribar

³¹³ *Ibid*

³¹⁴ Puede parecer elemental, pero en medio de la gran cantidad de decisiones que producen los órganos del Estado, muchas de ellas, sin duda, pueden no ser conocidas sino por las personas que intervinieron en el momento de la decisión pasada, lo que representa un desafío para la administración, en cuanto que implica, pensar las formas en que sus propios precedentes habrán de ser públicos.

³¹⁵ No deben ser en estricta igualdad dado que, por ejemplo, se puede estar en un caso pasado frente a una persona de la tercera edad, y en el caso presente en una mujer en estado de embarazo. Aunque los hechos no son estrictamente iguales, ambos son sujetos de especial protección constitucional y el análisis de los hechos tiene bastante similitud.

³¹⁶ SALAVERRÍA, Juan Igartua, La fuerza vinculante del precedente judicial, *En*, Isegoría, diciembre, 2006, no. 35, p. 195

al caso concreto. Esta práctica es también común en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana y el Consejo de Estado.

Si el asunto sobre el que se debate se refiere, por ejemplo, a la aplicación de la administración pública de una potestad excepcional en materia de contratación estatal, la administración explicará en la decisión qué son las potestades excepcionales en esa materia, cómo se tipifican, en qué consisten, cuáles son los requisitos para su uso y el procedimiento aplicable.

Luego de toda esa exposición (que constituye entonces *obiter dictum*) arriban al caso concreto y formula la regla de decisión (*ratio decidendi*) relacionada con los hechos del caso, que les permite sostener la decisión a adoptar.

En síntesis, los precedentes se interpretan identificando los hechos del caso y la regla de decisión adoptada por el operador jurídico del pasado, de modo tal que se distingan los meros dichos de paso -*obiter dicta*- de la verdadera razón de la decisión -*ratio decidendi*- y clarificada esta, se aplique la misma regla para decidir, en similar sentido en el presente.

Finalmente se debe sostener que, si se identifica, es posible que se aplique el “*distinguishing*”, es decir, distinguir y exponer que la decisión pasada no constituye un verdadero precedente por cuanto las normas en discusión o los hechos son razonablemente distintos al caso presente y, por tanto, no hay lugar a aplicar la decisión pasada pues esta no se torna vinculante.

Esta elemental labor de interpretación, es la que justifica, aunque sean lógicas y tipos de racionalidades distintas las del juez y las del servidor público de otros órganos de la administración, que ambos, de manera indistinta, para poder fundamentar sus precedentes, y respetar los presupuestos de coherencia, armonía, completitud del sistema jurídico, se formen en las teorías de la hermenéutica jurídica, de los métodos y escuelas de interpretación, y de los criterios existentes para resolver problemas de interpretación normativa, tales como lagunas, antinomias, vaguedades, ambigüedades entre otros.

Además, como se ha venido sosteniendo, un posible escenario y quizá el más benéfico para el precedente de la administración, es que, el asunto jurídico objeto de controversia haya sido decidido por el poder judicial, lo que no exime de entrenarse en los métodos de interpretación, para saber determinar los elementos estructurales del precedente judicial y poder trasplantarlos al precedente de la administración pública. El otro supuesto, es que sea un caso, que no haya sido decidido por el poder judicial, y requiera de mayores esfuerzos hermenéuticos y argumentativos para decidir por parte de la administración. En ambos supuestos, y por elemental funcionamiento

de las entidades del Estado, en todo caso, es necesario que, para garantizar la constitucionalización del derecho, en particular del administrativo, en donde son frecuentes las relaciones ciudadano – Estado, que exista esta formación, como mecanismo de salvaguarda de los derechos y criterio de legitimación del poder público.

iv) En este punto de la operación, el competente para decidir, luego de haber identificado e interpretado el precedente y asumiendo que, en efecto, la decisión pasada constituye un verdadero precedente, debe obedecer el precedente o, excepcionalmente apartarse de él.

En este contexto, se plantea como una cuestión fundamental la necesidad de respetar los precedentes, aunque se permita apartarse de ellos, siempre y cuando se asuma la responsabilidad de la carga de la argumentación en contra, expresando los motivos por el cual se aparta de la decisión pasada.

En este sentido, se aplica el principio de inercia de Perelman³¹⁷, que establece que una decisión solo puede ser modificada si existen razones suficientes para hacerlo,³¹⁸ que, según la propuesta de este trabajo, sólo procede por cambios constitucionales, legales o reglamentarios que gobernaron la decisión pasada o, excepcionalmente, cuando en el presente haya una verdadera discusión sobre derechos fundamentales que de no ser atendida genere una vulneración o violación de ellos por parte de la administración.

Interpretación y argumentación son, entonces, dos asuntos esenciales en la construcción del precedente. El peso de la argumentación se deja ver con bastante nitidez cuando se piensa en que la toma de decisiones presentes se constituye en precedentes que será utilizados a futuro, de acuerdo con la regla del precedente.

Por tanto, la argumentación hoy, bajo la teoría dogmática contemporánea, tiene un rol central de cara a las decisiones del futuro. Así, hay una amplia responsabilidad en la manera en que se argumentan las decisiones, teniendo en cuenta el principio de universalidad según el cual “[d]ebes comportarte como si fueras un juez [(la administración)] cuya *ratio decidendi* debe proporcionar un principio válido para todas las personas”³¹⁹.

³¹⁷ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, op. cit.

³¹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit.

³¹⁹ PERELMAN, Chaïm y BALLWEG, Ottmar, «Über die Gerechtigkeit», *art cit*, p. 221

Y por ello, así como se planteó en el capítulo dos de esta disertación, resulta igual de fundamental para una teoría del razonamiento jurídico, bien sea esta de carácter judicial o administrativo, el manejo y formación en los modelos y teorías de la argumentación jurídica, pues permiten estructurar el discurso – propio de las deliberaciones – en textos normativos, que finalmente, a su vez, son interpretados por los agentes internos del derecho (abogados, docentes, estudiantes, litigantes, jueces, funcionarios); y los agentes externos del derecho (la ciudadanía). Permitiendo como se dijo anteriormente, siguiendo a Habermas, que el derecho y sus discursos, contribuyan a la legitimidad del orden jurídico justo, porque dialógicamente satisface los presupuestos de validez y realiza los principios, reglas, valores y metas del derecho, en ordenes democráticos.

Este es, entonces, desde la discusión dogmática, el camino de vida de los precedentes, metodología propuesta para aplicar en los precedentes de la administración pública.

3.7 La discrecionalidad administrativa como escenario para operar por precedentes.

Ante el panorama que hasta aquí se ha descrito, hay al menos una pregunta que merece ser reflexionada. Sobre todo, si se parte de considerar que, cualquier exposición sistemática del Derecho Administrativo se basa en el análisis del principio de legalidad.

La concepción más común, del principio de legalidad, es que, la administración está sometida a la ley cuando se trata de la relación entre la administración pública y el derecho³²⁰. Entonces, ¿por qué hablar de precedentes en sede administrativa si la legislación es suficiente y allí la administración encuentra las reglas de decisión de los casos puestos a su conocimiento?

Esta pregunta, tiene como precomprensión, la idea según la cual, la aspiración de completitud del ordenamiento jurídico tiene fundamento en la concepción del legislador racional, como aquel cuerpo capaz de regular todos los asuntos necesarios al interior de la sociedad y la administración.

³²⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramon, Curso de derecho administrativo I, 18 ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2017, 871 p. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, op. cit. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, op. cit. CLARICH, Marcello, *Manuale Di Diritto Amministrativo*, op. cit. CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Prima Lezione di Diritto Amministrativo*, op. cit.

Esta descripción ilustrada del legislador considera que este es imperecedero, único, consciente, finalista, omnisciente, omnipotente, justo, coherente, omnicompreensivo, textualmente económico, operativo y preciso.³²¹

No obstante, en los tiempos contemporáneos, el vertiginoso cambio social y las transformaciones culturales y políticas recurrentes, demuestran que el legislador no posee la capacidad para predeterminar las reglas de decisión necesarias para resolver todos los asuntos que debe solucionar el Estado y, en este caso, la administración pública. Esto genera un quiebre en la concepción clásica del principio de legalidad y la discrecionalidad que es permitida y esperada de la administración.

Durante la primera mitad del siglo XIX, el término "discrecionalidad", se refería a los actos de la administración que estaban completamente exentos de control judicial. Sin embargo, la afirmación del principio de legalidad fomentó la construcción dogmática del poder administrativo y sus garantías, mediante la fijación normativa previa de sus límites.

Este modelo sufre una crisis cuando se permite a las autoridades administrativas participar en el proceso de articulación y concreción progresiva del precepto abstracto mediante actividades como las de reglamentación y planificación³²².

Entonces, si la legislación contemporánea no predetermina todos los casos que deben ser decididos por la administración pública, el principio de legalidad (positiva), entendido como la obligación de hacer sólo lo que la ley permite realizar, generaría una inacción y parálisis enorme del aparato administrativo, sobre todo cuando, como en el caso colombiano, el Estado se define a sí mismo como "Social de Derecho".

Es decir, y reformulando la pregunta: ¿ante la ausencia de legislación que predetermine de manera exacta la decisión que debe tomarse, la administración no puede decidir sobre tales asuntos? La respuesta a esta pregunta debe ser negativa si se respeta la fórmula de Estado Social de Derecho.

En efecto, la configuración estatal que existía en el siglo XVIII y XIX de "Estado de Derecho", indicaba una irrestricta vinculación positiva a la legalidad en el derecho público. Es

³²¹ NINO, Carlos Santiago, «El modelo dogmático del "legislador racional"» en *Consideraciones Sobre la Dogmática Jurídica*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 85-101

³²² SIMEOLI, Dario, Appunti sul principio di legalità amministrativa, *En*, *Questione Giustizia*, 2016, vol. 4, p. 174-189

decir, la premisa según la cual los órganos del Estado sólo pueden hacer aquello que les está permitido.

Sin embargo, la concepción “Social de Derecho” que asumen los distintos Estados europeos y latinoamericanos de manera progresiva, luego del año 1949, genera sobre ellos unas cargas de respuesta enormes frente a la población.

En esto, al interior del ordenamiento jurídico colombiano puede advertirse, cuando menos, un problema. El artículo 6 y 121 de la Constitución Política indican la vinculación positiva a la legalidad por parte de los órganos del Estado. Es decir, estos sólo pueden hacer lo que la constitución y la ley les permite realizar.

Sin embargo, una corriente cada vez más sólida, en el campo del derecho administrativo defiende actualmente la necesidad de que un Estado social de Derecho vigente disponga de márgenes flexibles para adaptar su gestión a las cambiantes realidades en las que debe operar. Esto se busca, sin comprometer excesivamente la seguridad jurídica, como condición esencial para garantizar la confianza del individuo en el sistema jurídico. Además, se reconoce que las posibilidades de vincular positivamente a la Administración mediante normas exhaustivas y detalladas se ven seriamente limitadas debido al cambio constante del entorno al cual deben aplicarse³²³. Así, hay muchos asuntos que deben ser decididos por la administración y cuya respuesta no se encuentra predeterminada en la Ley.

Esto último es tan real, que el legislador dispuso consagrar en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 que “[e]n la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”³²⁴.

Dicho de otro modo, el legislador del año 2011 comprendió que existen unos márgenes de discrecionalidad dados a la administración pública y que para resolverlos debe aplicar el principio de proporcionalidad.

Entonces, dado que aquí se admite la incontestable presencia de márgenes de discrecionalidad administrativa³²⁵ y, por tanto, la necesidad de controlar esa discrecionalidad, una

³²³ *Ibid.*

³²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

³²⁵ Cfr. el gran trabajo de MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, D.C, Universidad Externado, 2007, 1048 p.

de las vías es la exigencia de decisiones coherentes y consistentes mediante el uso de la figura del precedente de la administración pública.

Así, la respuesta a la pregunta planteada al inicio de esta sección indica que, por un lado, la legislación no es suficiente ni completa y, entonces, ante la presencia de discrecionalidad, una respuesta es la aplicación de precedentes.

De esta manera, cuando la administración decide sobre asuntos cuya decisión no se encuentra predeterminada de manera exacta por la legislación, la metodología de decisión propuesta indica que debe acudir a los límites fijados por los principios y derechos constitucionales como límite a la discrecionalidad que, en todo caso, no es arbitrariedad. Esta premisa además sirve como solución al problema generado por el artículo 6 y 121 de la Constitución colombiana. De este modo, la administración se encuentra vinculada a la legalidad positiva, pero esa legalidad no debe ser entendida en términos de sólo reglas que predeterminan, sino de todo el ordenamiento jurídico como capaz de proveer soluciones a los asuntos pendientes de decisión.

De este modo, las decisiones de la administración siguen estando vinculadas a los márgenes de acción fijados inicialmente por la ley en términos de reglas y, en su ausencia, por la constitución en términos de principios.

De esta manera, se garantiza que, producto de un ejercicio argumentativo amplio, ante la ausencia de una norma de decisión en términos de regla, se acudan a los principios como márgenes de decisión que conduzcan al respeto de la carta constitucional y los derechos fundamentales³²⁶.

Surgidas estas decisiones discrecionales, la administración se encuentra entonces sujeta a aplicar sus precedentes que sirven como refuerzo a la limitación de la discrecionalidad y, en cambio, sugieren una aplicación armónica y equitativa de la legislación. De este modo, el asunto que ayer se tornaba discrecional, hoy disminuye sustancialmente de esa categoría pues encuentra una regla de decisión fijada por la misma administración en el precedente.

3.8 La ponderación como metodología para adoptar decisiones administrativas.

Ahora, asumida la premisa según la cual en la legislación existen normas que, en forma de reglas, predeterminan de manera concreta las decisiones de la administración y otras normas,

³²⁶ Cfr. CARRILLO-DE LA ROSA, Yezid y PEREIRA-BLANCO, Milton, Principio de Proporcionalidad, Argumentación Jurídica y Potestad Discrecional de la Administración Pública: Análisis Desde los Límites a los Derechos y Garantías Fundamentales, *En*, Revista Digital de Derecho Administrativo, 2017, vol. 18, p. 65-83

denominadas principios, que sirven como marco para decidir un asunto ausente de regla precisa de decisión, se hace necesario analizar los métodos a utilizar cuando quien decide se encuentra en esos escenarios.

Esta distinción se torna relevante para el precedente de la administración pública en tanto que la ponderación, como tercer subprincipio de la proporcionalidad, se ha erigido como una metodología de decisión utilizada para solucionar la colisión de principios o en la toma de decisiones discrecionales por expresa disposición del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 que dispone que, “[e]n la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”³²⁷.

Para ello, es necesario recordar que las dos operaciones esenciales para la aplicación de las normas son la *subsunción* y la *ponderación*³²⁸.

La subsunción es el proceso mediante el cual se busca aplicar una norma a un caso específico que se subsume bajo el supuesto de hecho de esa norma. En esta metodología, el operador jurídico analiza las circunstancias fácticas del caso y las compara con los elementos establecidos en la norma, para determinar si se cumple con los requisitos necesarios para su aplicación³²⁹. Si se logra una coincidencia plena entre los elementos fácticos y los elementos normativos, se considera que el caso se subsume bajo la norma y, por lo tanto, debe ser resuelto de acuerdo con ella.

La subsunción silogística ha sido siempre el ideal de la labor del jurista que interpreta o aplica disposiciones normativas entendidas como reglas, la premisa mayor será el supuesto mencionado en la norma, la premisa menor será el hecho o comportamiento enjuiciado, y la conclusión será la consecuencia o decisión jurídica.³³⁰

³²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

³²⁸ Cfr. ALEXY, Robert, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, En, Ratio Juris, 2003, vol. 16, no. 4, p. 433-449

³²⁹ BJÖRLING, Erik, The expression of legal argumentation: Towards a methodology for narrative studies of ‘discourses of subsumption’, En, International Journal of Legal Discourse, 2016, vol. 1, no. 1, p. 117-132

³³⁰ LINDELL, Bengt, Allege or Refer to Legal Facts - What Does it Mean?, En, Scandinavian Studies in Law, 2017, vol. 63, p. 181-193

Durante el siglo XIX, se aceptó la noción de que el operador jurídico era un autómata, que se basaba en la lógica y el Derecho para aplicar las normas sin que su opinión o voluntad influyeran en nada.

Tradicionalmente, se ha sostenido que este tipo de programación condicional es el enfoque típico de la actividad administrativa. Sin embargo, resulta difícil aplicarlo rigurosamente en todos los casos debido al uso constante de conceptos jurídicos indeterminados en la técnica legislativa o la ausencia de regulaciones específicas para decidir. Estos conceptos incorporan componentes valorativos y técnicos a las normas, lo cual dificulta el funcionamiento completo del silogismo subsuntivo.

Por otro lado, cada vez más se está adoptando otro tipo de programación para la actividad administrativa que refleja el proceso real del Derecho. Este nuevo enfoque implica emplear disposiciones normativas cuya aplicación no permite recurrir directamente al silogismo de subsunción para obtener una consecuencia legal³³¹. El problema radica en que, dado que los lenguajes jurídicos tienen una textura abierta según Hart³³², el legislador se enfrenta a la dificultad de fijar disposiciones indeterminadas debido a su incapacidad para prever el futuro y establecer como relevantes hechos futuros cuya ocurrencia no puede ser conocida actualmente.

Por lo tanto, resulta evidente que el método de subsunción no es eficaz en todos los casos, ya que existen situaciones dentro del sistema jurídico aún sin regular y principios jurídicos externos al sistema con falta de determinación en las leyes positivas y por ende inidentificables mediante enunciados de subsunción.

Además, enfrentar la existencia de casos difíciles en los sistemas jurídicos plantea un problema para el uso de enunciados subsuntivos. Esto se debe a que el enfoque deductivo del enunciado subsuntivo no logra determinar cuál es la norma jurídica aplicable al caso y, por ende, no establece una respuesta acertada³³³.

Ahora, en relación con la actividad administrativa, se hace evidente cada vez más la importancia de la ponderación, desde que se tiene en cuenta la crisis del modelo tradicional de Derecho Administrativo. Este último modelo descansa en la idea de que las leyes dirigen a la

³³¹ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, op. cit.

³³² HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, op. cit.

³³³ AGUDELO GIRALDO, Oscar Alexis, «Subsunción y aplicación en el derecho» en *Lógica aplicada al razonamiento del derecho*, 2 ed., Bogotá, D.C, Universidad Católica de Colombia, 2017, p. 23-58

Administración pública mediante programas condicionales muy detallados desde el punto de vista material y son actualizados por medio de actos formalizados de ejecución aplicando un sencillo mecanismo de subsunción.

Por lo tanto, el Derecho Administrativo tradicional es principalmente un Derecho basado en reglas. Entre muchas razones por las cuales este modelo ha entrado en crisis, cabe mencionar aquí, que no solo se guía a los servidores públicos con programa condicionales, sino también cada vez más mediante directrices, principios y cláusulas generales para decidir.

Las implicaciones de este cambio quedan evidenciadas a través del interés reciente que ha surgido en el ámbito de la ciencia jurídica administrativa, donde se considera al derecho administrativo como una herramienta directiva cuya efectividad es relevante desde un punto de vista constitucional³³⁴.

El Derecho administrativo no pierde su capacidad de dirección ni siquiera cuando renuncia a la programación específica de la actuación administrativa por medio de reglas detalladas que condicionan el ejercicio de las facultades administrativas a circunstancias previamente definidas legalmente. Incluso en estos casos, el Derecho administrativo no abandona su función directiva. Lo que ocurre es que esta dirección, se establece normativamente mediante principios u obligaciones optimizadoras, es decir, programas finales que la Administración está obligada a cumplir en la medida en que sea realizable desde un punto de vista fáctico y jurídico; tenerlos en cuenta implica entonces reconocer estas áreas como reguladas por el derecho³³⁵.

Así las cosas, ante el problema práctico que genera la ausencia de reglas precisas de decisión para asuntos administrativos, el decisor debe acudir a otro tipo de normas denominadas principios, mayoritariamente fijados en la Constitución Política, o en la misma legislación ordinaria expedida por el legislador que también adopta las formas de principios, para encontrar una respuesta adecuada al ordenamiento jurídico.

Ahora, es importante aclarar que la aplicación de principios, *per se*, no significa el uso de la ponderación, como con desacierto afirma el profesor Bernal Pulido al sostener que “la

³³⁴ SIMEOLI, Dario, «Appunti sul principio di legalità amministrativa», *art cit*

³³⁵ Ideas generales que pueden encontrarse en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, *op. cit.* y, MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, *op. cit.*

ponderación es la manera de aplicar los principios”³³⁶. En efecto, esta metodología ha de ser utilizada solamente cuando existe una colisión de principios o derechos fundamentales³³⁷.

De este modo, la aplicación de principios también implica el ejercicio del método subsuntivo. En efecto, se deben identificar los hechos objeto del caso y ubicar cuál de los principios existentes en el ordenamiento jurídico admite el encuadramiento de aquellos en estos. Esto es relevante porque no puede admitirse que toda aplicación de principios requiera la ponderación. Por el contrario, “antes de ponderar es preciso subsumir”.³³⁸

Ahora, si lo que se presenta es una colisión o pugna (en decisiones discrecionales) de los principios aplicables o derechos fundamentales sujetos de decisión se podrá optar por el uso del principio de proporcionalidad. Por lo que a continuación se reflexiona brevemente sobre el principio de proporcionalidad.

Según su definición convencional, se entiende por "proporcionalidad", en un sentido amplio —también conocida como "prohibición de exceso"— el principio constitucional que establece que la intervención estatal debe ser capaz de lograr el objetivo buscado, necesaria e indispensable al no haber otras medidas menos restrictivas de los derechos de los ciudadanos, por ser el medio más suave y moderado entre todas las opciones posibles, y proporcional en un sentido estricto, es decir equilibrada, debido a que genera mayores beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto³³⁹.

El origen contemporáneo de este principio se atribuye al Tribunal Federal Constitucional quien interpretando el contenido general de las obligaciones del Estado Social de Derecho ha sostenido que ese principio, aunque no escrito en la Ley Fundamental se encuentra implícito en la defensa de los derechos fundamentales y las libertades.³⁴⁰

Es oportuno sostener que, el principio de proporcionalidad se ha extendido en Europa y América partiendo principalmente de la propuesta de Robert Alexy. Sin embargo, como bien anota el profesor Covarrubias hay una diferencia notable entre el principio de proporcionalidad

³³⁶ BERNAL PULIDO, Carlos Bernal, Estructura y límites de la ponderación, *En*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, noviembre, 2003, no. 26, p. 225

³³⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 70 y ss.

³³⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, «El juicio de ponderación constitucional» en Miguel CARBONELL, (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 104

³³⁹ LERCHE, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia, Heymann, 1961, 361 p.

³⁴⁰ ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *En*: Estudios constitucionales. 2012. vol. 10, no. 1, p. 65-116. ISSN 0718-5200.

entendido y aplicado por el Tribunal Federal Constitucional y la propuesta de Alexy.³⁴¹ En todo caso, en este trabajo se acepta la propuesta de Alexy que parte de la distinción de principios y reglas y formula los tres subprincipios de la proporcionalidad al ser la modalidad adoptada por la mayor parte de tribunales constitucionales de América del Sur y particularmente en Colombia en donde la metodología de Alexy ha tenido gran relevancia³⁴².

Bajo este principio, cualquier acción estatal -ya sea mediante decisiones administrativas, normas o decisiones judiciales- debe ser útil, necesaria y proporcional. Cada uno de los subprincipios que lo componen tales como i) idoneidad, ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto (también conocido como ponderación) requiere un juicio o análisis diferente en su aplicación³⁴³.

El medio debe ser adecuado para el propósito, necesario (el más moderado) en comparación con todos los medios útiles y la ecuación costes-beneficios debe estar proporcionada³⁴⁴.

Para superar el primer examen, es decir, el de idoneidad, es necesario que la medida al menos facilite o tienda a alcanzar el objetivo propuesto, o el fin constitucionalmente perseguido; en cuanto al segundo control, aquel de la necesidad, no se trata ya de comprobar que medio está justificado o legitimado por su capacidad para lograrlo. En cambio, consiste en verificar con mayor precisión, si dicho medio es indispensable porque no existe otra medida más leve o moderada para tal propósito. Esto debe evaluarse utilizando parámetros objetivos basados en los intereses generales representativos.

Por último, no basta con que una acción estatal sea adecuada y necesaria —la opción más medida— sino también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social encerrado dentro del fin perseguido. Es decir, aplicar la fórmula de peso para ponderar los principios en colisión³⁴⁵.

³⁴¹ COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán: más allá de alexy. En: Revista Ius Et Praxis. 2018. no. 3, p. 477-524. ISSN 0717-2877.

³⁴² En todo caso, este trabajo no está llamado a realizar una amplia conceptualización del principio de proporcionalidad ni su historia, pues excede los objetivos propuestos. En todo caso, se invita al lector a consultar la bibliografía que al respecto se cita en esta sección.

³⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-520 de 2016, M.P. María Victoria Caller Correa.

³⁴⁴ CLÉRICO, Laura, «El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto» en Miguel CARBONELL, (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 125-174

³⁴⁵ ALEXY, Robert, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *art cit*

La importancia de prestar atención a la forma en que la Administración toma decisiones, en el desarrollo cotidiano de su actividad no normativa radica en que, aunque no esté regulada por reglas, esta será guiada normativamente mediante principios. La discrecionalidad administrativa, representa esencialmente una "competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación"³⁴⁶ y ocupa el espacio de la actuación administrativa primero llamado a ser ocupado por la ponderación.

Por lo tanto, la discrecionalidad no es la libertad de elegir entre opciones jurídicamente indiferentes, sino la ponderación administrativa de principios jurídicos guiados normativamente por programas finales. La forma en que se desarrolla positivamente la acción correspondiente no tiene relevancia legal.

Así, un sector de la doctrina³⁴⁷ ha sugerido que la ponderación sea el componente a partir del cual reconstruir la teoría de la discrecionalidad administrativa, además de su enfoque convencional en contraposición con los conceptos jurídicos indeterminados.

Desde la perspectiva de la acción administrativa, la discrecionalidad administrativa no se limita a las consecuencias jurídicas de las normas, sino que también puede estar presente en el supuesto de hecho de las normas.

Por lo tanto, la discrecionalidad y el margen de apreciación no son conceptos jurídicos distintos, ya que se originan en el uso del legislador de diferentes técnicas de formulación normativa y son intercambiables desde una perspectiva metodológica³⁴⁸.

En ese sentido, de las decisiones administrativas de carácter particular y concreto a las que se aplica la ponderación es posible derivar una regla³⁴⁹. Eso genera una compatibilidad entre la ponderación en un caso concreto y la universalidad de esa decisión en términos de un precedente de la administración pública.

De esta manera, es posible demostrar que los márgenes de discrecionalidad administrativa conferidos por el legislador a la administración son lugares para operar por precedentes en la toma de decisiones administrativas particulares y para ello se podrá aplicar la técnica de la ponderación

³⁴⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 219 y ss

³⁴⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, op. cit. MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, D.C, Universidad Externado de Colombia, 2018, 136 p.

³⁴⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, op. cit.

³⁴⁹ ALEX, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit.

como mecanismo racional que garantice la interdicción de la arbitrariedad y la sujeción al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, cuando la legislación no fija reglas que predeterminen la actuación de la administración y, en cambio, esta debe aplicar el principio de proporcionalidad para decidir, el uso del precedente de la administración pública asume una enorme relevancia en la medida en que permite fijar una línea de decisión cuando en situaciones posteriores se vea enfrentada a decidir en el mismo sentido. Así, el precedente asume el papel de mecanismo de control pues la administración deberá asumir similar decisión del pasado si existe un precedente en los términos expuestos en este capítulo.

3.9 Síntesis del capítulo.

Este capítulo analiza el concepto de precedente en el contexto de la administración pública en Colombia. Propone un esbozo de teoría local del precedente administrativo. También explora el fundamento del precedente administrativo en Colombia y lo compara con el precedente judicial. Ofrece una metodología para la aplicación del precedente administrativo y discute el papel de la discrecionalidad en la toma de decisiones administrativas, así como el uso de la proporcionalidad en la fijación de precedentes.

Se propone aquí el concepto de precedente de la administración pública como toda decisión anterior, i) de carácter particular y concreto, ii) tomada por cualquier órgano del Estado o un particular cuando cumplen funciones administrativas, iii) que adopta la forma de acto administrativo, iv) posee identidad fáctica y jurídica con el asunto presente y v) se torna jurídicamente relevante para la decisión que hoy debe adoptarse.

Así mismo, se plantean las diferencias y similitudes entre precedente judicial y precedente administrativo como forma de homologar aquella figura en esto, en cuanto son compatibles dado que el precedente judicial es la figura dogmática más cercana al precedente de la administración pública.

Se discuten los fundamentos del precedente administrativo en Colombia, incluyendo eventos históricos y el desarrollo del derecho administrativo colombiano, así como sus fundamentos constitucionales y legales, haciendo énfasis en la importancia del precedente administrativo para garantizar la coherencia y la previsibilidad en la toma de decisiones.

Por otro lado, se plantea el ciclo de vida de los precedentes con la relevancia que tiene la interpretación y la argumentación jurídica proponiendo una metodología para el manejo de los

precedentes. De esta manera se analizan los pasos para generar, identificar, interpretar y seguir o apartarse de los precedentes.

Finalmente se discute el papel de la discrecionalidad en la toma de decisiones administrativas y la necesidad de respetar los precedentes.

En efecto, cuando una decisión de torna discrecional y debe acudir a la proporcionalidad como metodología de decisión indicada por la Ley 1437 de 2011, el precedente de la administración pública asume una gran importancia pues permite construir una línea de decisión para la administración pública y la ciudadanía de modo que, aquella y esta puedan anticipar la decisión futura cuando se presenten los mismos supuestos de hecho y de derecho. Es decir, se garantiza la previsibilidad y seguridad jurídica en medio de las decisiones discrecionales de la administración en las que debe usarse la proporcionalidad.

Conclusiones

1. El precedente de la administración pública en Colombia tiene su origen en el fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo, en particular en aplicación de los principios de igualdad de trato, seguridad jurídica y confianza legítima. Aunado a ello, la regla del precedente de la administración pública fue positivizado como un mandato para las autoridades en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

2. El derecho administrativo colombiano se ha constitucionalizado por cuatro vías, dos de ellas autónomas y las otras dos, mixtas. La primera vía autónoma, ha sido la de la Corte Constitucional en sede de revisión de fallos de tutela; la segunda vía autónoma ha sido tarea del legislador en la expedición de leyes. La primera vía mixta (que involucra la actividad legislativa y el control judicial constitucional) ha sido la expedición de leyes y decretos con fuerza de Ley que bajo el control abstracto de la Corte Constitucional son moduladas en su interpretación y fijados sus alcances en términos de constitucionalidad. La segunda vía mixta implica la transformación de la cultura jurídica nacional que, en el día a día de la práctica jurídica de jueces, abogados y ciudadanía recurren a un amplio uso de las fuentes constitucionales.

3. Se ha suscitado en los últimos 40 años un encuentro entre la cultura jurídica del derecho jurisprudencial y del derecho legislado que ha dado paso a que, de manera progresiva, tanto en aquellos como en estos sistemas jurídicos se adopten prácticas que en otro tiempo parecían exclusivamente características de cada uno. En particular, los países de tradición jurisprudencial

han adoptado con mayor frecuencia regulaciones bajo la figura de leyes o estatutos. Entre tanto, los países de tradición legislada han ampliado su margen de reconocimiento y uso de la jurisprudencia, incluso dotándola de fuerza normativa en el sistema de fuentes del derecho.

4. El precedente judicial es la más cercana y desarrollada figura de precedentes jurídicos en Colombia y, sobre su base puede homologarse la construcción y aplicación de la figura del precedente de la administración pública como figura novel en el derecho administrativo.

5. Una teoría local del precedente de la administración pública debe superar, en los términos propuestos, los aspectos hermenéuticos y argumentativos propios de un sistema de precedentes.

6. El precedente de la administración pública encuentra una especial utilidad en los márgenes de discrecionalidad administrativa conferidos por el legislador. Estos márgenes poco a poco se revelan en la legislación con la expedición de leyes cada vez más guiadas por principios o normas de programación final que entregan a la administración la decisión que mejor se adecúe según la situación por decidir. Estos son espacios muy importantes para operar por precedentes en la toma de decisiones administrativas particulares. Esto revela la importancia del precedente en la orientación de las decisiones administrativas pues contribuye a la consistencia y predictibilidad en las decisiones de la administración pública. De este modo el uso de los precedentes al interior de la administración pública permite reducir los argumentos de discrecionalidad y la incoherencia decisoria cuando no existen reglas que predeterminen una decisión de manera exacta.

7. Finalizado este trabajo surgen varios asuntos. El eje central ha sido la interpretación y la argumentación en un esbozo de teoría local del precedente de la administración pública como avances relevantes y que atraviesan el documento. No obstante, queda pendiente por abordar en la reflexión asuntos que deben ser vistos desde la óptica de la práctica jurídica. Por un lado, dada la consagración de vinculatoriedad que la Ley 1437 de 2011 dispuso sobre el precedente de la administración pública ¿se altera el sistema de fuentes del derecho administrativo, en el sentido de incluir esta figura como fuente formal de esta rama del derecho?, ¿cómo habrá de adelantarse el control judicial cuando la administración se aparte de sus precedentes?, ¿qué medio de control y bajo qué concepto de violación se podrá alegar en sede judicial?, ¿Es posible promover una acción de tutela por violación del precedente de la administración pública o se incumple el requisito de subsidiariedad al existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho? ¿está dispuesta la administración pública colombiana a asumir los cambios que el derecho contemporáneo ha traído y, entonces, cambiar su mirada meramente subsuntiva y legalista en la

aplicación del derecho?, ¿incurre en el delito de prevaricato por acción el servidor público que existiendo un precedente se aparte de él sin justificación y profiera resolución contraria a derecho dada la regla del artículo 10 de la ley 1437 de 2011?

Las posibles respuestas a estas preguntas, y otras que puedan generarse de la lectura, así como una versión más amplia y detallada de una teoría general del precedente de la administración pública colombiana, espera ser desarrollada en el escenario de discusión doctoral.

Referencias Bibliográficas

AARNIO, Aulis, Reglas y principios en el razonamiento Jurídico, En, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2000, no. 4, p. 593-602.

ABRAMOWICZ, Michael y STEARNS, Maxwell, Defining Dicta, En, Stanford Law Review, 2005, vol. 57, no. 4, p. 953-1094.

ACCATINO, Daniela, «El precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena» en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Sobre la Cultura Jurídica Chilena*, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2002, p. 559-582.

AGUDELO GIRALDO, Oscar Alexis, «Subsunción y aplicación en el derecho» en *Lógica aplicada al razonamiento del derecho*, 2 ed., Bogotá, D.C, Universidad Católica de Colombia, 2017, p. 23-58.

ALESSI, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Trad. Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, vol.1.

ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 374.

ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 606.

ALEXY, Robert, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, En, Ratio Juris, 2003, vol. 16, no. 4, p. 433-449.

ALEXY, Robert, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, En, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 2002, vol. 3, no. 61, 2002 p. 7-33.

ALEXY, Robert y DREIER, Ralf, «Precedent in the Federal Republic of Germany» en Neil MACCORMICK, y Robert SUMMERS, (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, New York, Routledge, 2016, p. 17-64.

APONTE, Maria Stephania , LLANO FRANCO, Jairo Vladimir y SÁNCHEZ ESPINOSA, Giovanni, Constitucionalización del Código General Disciplinario en Colombia, En, Jurídicas CUC, 2021, vol. 17, no. 1, p. 557-588.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, La constitucionalización de la responsabilidad y su proyección en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, En, Jurídicas, 2021, vol. 18, no. 1, p. 139-161.

ARROUY, Pedro Luis, Fuentes del Derecho Administrativo. La Costumbre y el Precedente Administrativo a la luz del principio Republicano de Gobierno., En, Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho, 2009, no. 16, p. 7.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, Derecho administrativo y Constitución española, En, Revista de administración pública, 2019, no. 209, p. 145-174.

ATIENZA, Manuel, Cómo desenmascarar a un formalista, En, Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho, 2011, no. 34, p. 199-201.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «Dos Versiones del Constitucionalismo» en *Un Debate sobre el Constitucionalismo*, 1 ed., Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 69-84.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Sobre principios y reglas, En, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, noviembre, 1991, no. 10, p. 101-120.

AYALA, Corina Duque , HERNÁNDEZ, Hugo Alejandro Sánchez , PINEDO, Mario Federico , CARREÑO, Dalia y CÁRDENAS, Carlos, Avances en la constitucionalización del procedimiento contencioso administrativo colombiano en tiempos del covid-19, En, Via Inveniendi Et Iudicandi, enero, 2022, vol. 17, no. 1, p. 58-81.

BAHAMÓN JARA, Martha Lucía, Elementos y presupuestos de la contratación estatal, Primera edición., Bogotá, D.C, Universidad Católica de Colombia (coll. «Jus público»), 2018, p. 131.

BARAK, Aharon, The Judge in a Democracy, New Jersey, Princeton University Press, 2006, p. 332.

BARROSO, Luis Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2 ed., Sao Paulo, Saraiva, 2010.

BARZELAY, Michael, Atravesando la Burocracia. Una Nueva Perspectiva de la Administración Pública, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 252.

BEARDSLEY, James E., The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France, En, The American Journal of Comparative Law, 1972, vol. 20, no. 3, p. 431-452.

BENAVIDES, Jose Luis (ed.), Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo, s.l., Universidad Externado, 2014, vol.1, p. 283.

BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F., La resistencia a la constitucionalización del Derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro, En, Dikaion, 2010, vol. 19, no. 1, p. 99-120.

BENÍTEZ-ROJAS, Vicente F., La resistencia a la constitucionalización del Derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro, En, Dikaion, 2010, vol. 19, no. 1.

BERNAL PULIDO, Carlos, «El precedente en Colombia» en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos, La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano, En, Precedente. Revista Jurídica, diciembre, 2003, p. 13-43.

BERNAL PULIDO, Carlos Bernal, Estructura y límites de la ponderación, En, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, noviembre, 2003, no. 26, p. 225-238.

BERTRAND, Mathieu y VERPEAUX, Michel (eds.), La Constitutionnalisation Des Branches Du Droit. Actes De L'atelier Du 3ème Congrès De L'association Française Des Constitutionnalistes, París, Economica (coll. «Droit public positif»), 1998, p. 204.

BJÖRLING, Erik, The expression of legal argumentation: Towards a methodology for narrative studies of 'discourses of subsumption', En, International Journal of Legal Discourse, 2016, vol. 1, no. 1, p. 117-132.

BOBBIO, Norberto, «Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje» en *Contribución a la teoría del derecho*, Trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, p. 171-196.

BOCANEGRA SIERRA, Raul, Cosa Juzgada, Vinculación, Fuerza de Ley en las Decisiones del Tribunal Constitucional Aleman, En, Revista Española de Derecho Constitucional, 1981, vol. 1, no. 1, p. 235-274.

BOROWSKI, Martin, «Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in Grundrechte» en Hans SANDKÜHLER, (ed.), *Menschenrechte in die Zukunft denken*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 109-126.

BOROWSKI, Martin, La Estructura de los Derechos Fundamentales, Bogotá, Universidad Externado, 2003, p. 249.

BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, Por una dogmática conscientemente política, En, Anuario de Filosofía del Derecho, 2000, no. 17, p. 179-213.

BREWER CARIAS, Allan, Tratado de Derecho Administrativo, Caracas, Editorial Civitas Aranzadi S.A., 2013, vol. I/, p. 1120.

BREWER CARIAS, Allan, El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia, En, Revista de Derecho Público, 1993, no. 55-56, p. 47-59.

BREWER CARIAS, Allan, Derecho Administrativo Tomo I, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 463.

BRICEÑO DE VALENCIA, Martha Teresa y ZAMBRANO CETINA, William (eds.), Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, Bogotá, D.C, Consejo de Estado, 2012.

BRITO, Mariano, La dignidad humana como fundamento de nuestro derecho administrativo, En, Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo, enero, 2012, vol. 1, no. 11.

CABRITA, Carmen Marina Méndez , QUEMAC, Rosa Evelyn Chugá y PAUCAR, Jairo Mauricio Puetate, Objetivismo ético o constitucionalismo postpositivista: un camino hacia la interpretación jurídica razonable., En, Dilemas Contemporáneos: Educación, Política Y Valores, 2021.

CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto, La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano, En, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, 2014, no. 73, p. 483-504.

CALSAMIGLIA, Albert, Postpositivismo, En, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998, vol. 1, no. 21, p. 209-220.

CARBONELL, Miguel, «El Neoconstitucionalismo: Significado y Niveles de Análisis» en *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 659.

CARBONELL, Miguel (ed.), EL principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 349.

CARNELOUP, Sabine, «Le cas de l'Allemagne» en Michel VERPEAUX, (ed.), *Code civil et Constitution(s) - Journées d'études du 25 mars 2004 à l'Assemblée nationale*, París, Economica, 2005, p. 126.

CARRILLO-DE LA ROSA, Yezid y PEREIRA-BLANCO, Milton, Principio de Proporcionalidad, Argumentación Jurídica y Potestad Discrecional de la Administración Pública: Análisis Desde los Límites a los Derechos y Garantías Fundamentales, En, Revista Digital de Derecho Administrativo, 2017, vol. 18, p. 65-83.

CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo 2, 7 ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, vol.2.

CERULLI IRELLI, Vincenzo, Prima Lezione di Diritto Amministrativo, Bari, Editori Laterza, 2021, p. 186.

CERVANTES, Luis, «Los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual.» en Instituto Interamericano de Derechos Humanos (ed.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo VI*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 356-389.

CHAVES-VILLADA, Jaime Eduardo, El Desarrollo del Debido Proceso en las Actuaciones Administrativas Para la Formación de Contratos Estatales, En, Universitas, mayo, 2015, vol. 64, no. 130, p. 91-134.

CHIASSONI, Pierluigi, «La Filosofía del Precedente: Análisis Conceptual y Reconstrucción Racional» en *Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial: Actas del 24º Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR)*, Bogotá, D.C., Universidad Externado, 2015, p. 21-66.

CHIASSONI, Pierluigi, «Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto» en Paolo COMANDUCCI, y Riccardo GUASTINI, (eds.), *Analisis e Diritto 2004. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 75-101.

CHIPMAN GRAY, John, *The Nature and Sources of Law*, 2 From the autor's notes, by Roland Gray., Gloucester, Massachusetts, Peter Smith, 1972, p. 368.

CLARICH, Marcello, *Manuale Di Diritto Amministrativo*, 3 ed., Roma, Il Mulino, 2017, p. 521.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009, p. 407.

CLÉRICO, Laura, «El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto» en Miguel CARBONELL, (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 125-174.

COMANDUCCI, Paolo, «Constitucionalismo: Problemas de Definición y Tipología» en *Un Debate Sobre el Constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 375.

CONTRERAS CALDERÓN, Jorge Andrés, *El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho*, En, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, diciembre, 2011, vol. 41, no. 115, p. 331-361.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI*, En, *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, enero, 2016, vol. 16, no. 63, p. 45-66.

COURTIS, Christian, «El Juego de los Juristas» en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 105-156.

DICIOTTI, Enrico, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 609.

DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho público*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2022, p. 198.

DUQUE AYALA, Corina y MARTÍNEZ CRUZ, Aura Catalina, *El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo y la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia*, En, *IUSTA*, 2011, no. 34, p. 69-86.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *El precedente administrativo.*, En, *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2010, no. 5, p. 51-78.

DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 328.

DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997, p. 416.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1984, p. 512.

EEMEREN, Frans H. van y GROOTENDORST, Rob, *A Systematic Theory of Argumentation: The pragma-dialectical approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, «Manifestaciones del debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio contractual» en Alberto MONTAÑA PLATA, y Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA, (eds.), *El poder sancionador de la Administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado, 2018.

FAVOREU, Louis Joseph, Justicia y jueces constitucionales, En, *Revista de Derecho Público*, 1999, no. 61, p. 10-16.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Maximino, El precedente administrativo, En, *Diario La Ley*, 2008, no. 7028, p. 1.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2013, p. 678.

FERRAJOLI, Luigi, Fundamental Rights, En, *International Journal for the Semiotics of Law*, marzo, 2001, vol. 14, no. 1, p. 1-33.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de Amparo y Derecho Procesal Constitucional*, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2010, p. 312.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 170.

FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán, Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano, En, *Revista Jurídica Digital UANDES*, enero, 2020, vol. 3, no. 2, p. 13-42.

FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán , LÓPEZ SUÁREZ, Beatriz Eugenia y VILLEGAS RINCÓN, Adriana, Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011, En, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 2014, vol. 14, no. 27, p. 41-63.

FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, (Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, En, *Díkaion*, diciembre, 2021, vol. 30, no. 2, p. 335-372.

FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución. La doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.*, Bogotá, D.C., Ibañez, 2010, p. 354.

FULLER, Lon Luvois, *The Law In Quest of Itself*, Boston, Beacon Press, 1940, p. 164.

GARCIA AMADO, Juan Antonio, ¿Ponderación o Simples Subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007, de 25 de abril de 2007, En, Palestra Del Tribunal Constitucional. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, 2007, no. 8, p. 619-627.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia» en *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2006, p. 120-163.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La interpretación constitucional, En, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2004, no. 2, p. 37-74.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3 ed., Madrid, Civitas S.A., 1985, p. 264.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramon, *Curso de derecho administrativo I*, 18 ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2017, p. 871.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*, Lima - Bogotá, Palestra - Temis, 2006, vol.1.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, «El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?» en *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 659.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del Precedente y la Argumentación Racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 107.

GAST, Wolfgang, *Juristische Rhetorik*, 4 ed., Heidelberg, CF Müller, 2006, p. 473.

GONZÁLEZ REY, Sergio, La constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia y su incidencia en el control de la administración, En, *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, febrero, 2007, p. 205-221.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Trad. Silvina Álvarez Medina, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (coll. «El Derecho y la Justicia»), 2018, p. 381.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 278.

HÄBERLE, Peter, «El Estado Constitucional Europeo» en *La constitucionalización de Europa*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 23-44.

HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, 6 ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 689.

HAMON, Leo, Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels A propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel, En, Recueil Dalloz, 1974, XVII, p. 83-90.

HART, Herbert Lionel Adolphus, The Concept of Law, 2 ed., New York, Clarendon Press (coll. «Clarendon Law»), 1994, p. 325.

HEINER, Ronald A., Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules, En, The Journal of Legal Studies, 1986, vol. 15, no. 2, p. 227-261.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Metodología del derecho: (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas), Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1945, p. 399.

HERZOG, Tamar, Una breve historia del derecho europeo, los últimos 2500 años, Trad. Miguel Ángel Coll Rodríguez, Madrid, Alianza Editorial, p. 376.

HESSE, Konrad, Escritos de Derecho Constitucional, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad, Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 112.

HOECKE, Mark Van, Methodology of Comparative Legal Research, En, Law and Method, 2015, no. 12.

HUTCHINSON, Tomás y BIGLIERI, Alberto, Breves consideraciones acerca del Precedente Administrativo, En, IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho, 2012, vol. 2, no. 1, p. 30-35.

IBLER, Martin, Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania, En, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 2005, no. 50, p. 5-21.

JELLINEK, George, La dottrina generale del diritto dello Stato, Milano, A. Giuffrè, 1949.

JOSSERAND, Louis, Curso de derecho civil positivo frances, Medellín, La Pluma de Oro, 1977, p. 358.

JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, 10 ed., Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 1435.

KÄGI, Werner, La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado (Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho Constitucional), Madrid, Dykinson, 2005.

KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, 3 ed., Buenos Aires, EUDEBA, 2020, p. 183.

KELSEN, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, En, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1929, no. 5, 1929 p.

KELSEN, Hans, La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice constitutionnelle), En, Annuaire de l'Institut de Droit Public, 1929, p. 52-143.

KENNEDY, Duncan, A critique of adjudication, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997, p. 440.

KRONMAN, Anthony T., Precedent and Tradition, En, The Yale Law Journal, 1990, vol. 99, no. 5, p. 1029-1068.

LA TORRE, Massimo, Derecho y concepto de Derecho: tendencias evolutivas desde una perspectiva europea, En, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1993, no. 16, p. 67-93.

LERCHE, Peter, Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Colonia, Heymann, 1961, p. 361.

LINDELL, Bengt, Allege or Refer to Legal Facts - What Does it Mean?, En, Scandinavian Studies in Law, 2017, vol. 63, p. 181-193.

LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana, Constitutional Adjudication in Colombia: Avant-garde or Case Law Transplant? A Literature Review, En, Estudios Socio-Jurídicos, marzo, 2011, vol. 13, no. 1, p. 145-182.

LLORENTE, Francisco Rubio, La Jurisdicción Constitucional Como Forma De Creación De Derecho, En, Revista Española de Derecho Constitucional, 1988, no. 22, p. 9-51.

LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 2018.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial, Bogotá, D.C, Legis Editores S.A., 2016.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, 2 ed., Bogotá, D.C, Legis Editores S.A., 2006, p. 366.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Interpretación Constitucional, 2 ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 193.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana, Bogotá, Legis Editores S.A., 2004, p. 481.

LYONS, David, Formal Justice and Judicial Precedent, En, Vanderbilt Law Review, abril, 1985, vol. 38, no. 3, p. 495-512.

MACCORMICK, Neil, Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning, New York, New York: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, New York, Oxford University Press (coll. «Clarendon Law Series»), 1994, p. 328.

MACCORMICK, Neil, *Argumentation and Interpretation in Law*, En, *Ratio Juris*, 1993, vol. 6, no. 1, p. 16-29.

MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez, *La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano*, En, *Vniversitas*, diciembre, 2014, vol. 63, no. 129, p. 317-351.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, D.C, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 136.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, D.C, Universidad Externado, 2007, p. 1048.

MARSHALL, Geoffrey, «What is Binding in a Precedent» en Neil MACCORMICK, Robert SUMMERS, y Arthur L. GOODHART, (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, New York, Routledge, 2016, p. 503-518.

MARSHALL, John, *WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137> , 1803, [consultado el 25 de diciembre de 2022].

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons (coll. «Filosofía y Derecho»), 2010, p. 292.

MARTYN, Denscombe, *Ground Rules For Social Research: Guidelines for Good Practice*, s.l., McGraw-Hill Education (UK), 2009, p. 252.

MATEUS LONDOÑO, Diana Lorena, *Debido proceso probatorio en el procedimiento sancionatorio contractual en Colombia*, En, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, junio, 2020, no. 24, p. 183-211.

MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán, México*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 652.

MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 4 ed., Stanford, Stanford University Press, 2018, p. 192.

MEZZARROBA, Orides y SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da, *The principle of the dignity of human person: a reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization*, En, *Revista de Investigações Constitucionais*, abril, 2018, vol. 5, p. 273-293.

MICHAELS, Ralf, *The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge From Global Legal Pluralism*, En, *Wayne Law Review*, 2005, vol. 51, p. 1209-1259.

MONTAÑA PLATA, Alberto y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (eds.), *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, D.C, 2014, p. 709.

MORA DONATTO, Cecilia Judith, *El valor de la Constitución normativa*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

MORAL SORIANO, Leonor, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 269.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, *Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales*, En, *Revista de Investigações Constitucionais*, mayo, 2015, vol. 2, no. 2, p. 31-62.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, *Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano*, En, *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, enero, 2012, vol. 12, no. 47, p. 13-50.

NAMEN VARGAS, Alvaro, «La Ley 1437 de 2011: ¿constitucionalización del derecho administrativo o administrativización del derecho constitucional?» en Rocio ARAUJO OÑATE, (ed.), *Estudios de Derecho Público T II. Liber Amicorum en Homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, Bogotá, D.C, Editorial Universidad del Rosario, Consejo Superior de la Judicatura, Consejo de Estado, 2020.

NINO, Carlos Santiago, «El modelo dogmático del “legislador racional”» en *Consideraciones Sobre la Dogmática Jurídica*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 85-101.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2 ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, p. 494.

NUÑEZ VAQUERO, Álvaro, *Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*, En, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, noviembre, 2012, no. 35, p. 717-747.

ORBEGOSO SILVA, Miluska, *La teoría alemana de la organización y el procedimiento. Una clave para entender la protección de los derechos fundamentales en el estado social*, En, *Boletín mexicano de derecho comparado*, abril, 2019, vol. 52, no. 154, p. 199-219.

OTERO, Paulo, *Manual de direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 2013, vol.1.

PAINE, Thomas, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, Roma, Rinuniti, 1978, p. 367.

PECZENIK, Aleksander, *Can Philosophy Help Legal Doctrine?*, En, *Ratio Juris*, 2004, vol. 17, no. 1, p. 106-117.

PEMBERTHY LÓPEZ, Pedro Luis, *El derecho administrativo en la Constitución Política de Colombia de 1991*, En, *Ratio Juris UNAULA*, octubre, 2019, vol. 14, no. 28, p. 363-382.

PEREIRA, Gabriel, *La incorporación de la investigación empírica a la agenda de enseñanza del derecho*, En, *Derecho y Ciencias Sociales*, 2020, no. 22, p. 114-143.

PERELMAN, Chaim, *El imperio retórico: retórica y argumentación*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 1997, p. 224.

PERELMAN, Chaïm y BALLWEG, Ottmar, *Über die Gerechtigkeit: Fünf Vorlesungen*, En, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1965, vol. 51, p. 167-231.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Trad. Julia Sevilla Muñoz, Biblioteca Románica Hispánica., Madrid, Gredos, 1989, p. 850.

PINO, Giorgio, Principi, ponderazione e separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici, En, *Gíurisprudenza costituzionale*, 2011, vol. 56, no. 1, p. 965-997.

PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 258.

PISTOR, Katharina, *The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies*, En, *The American Journal of Comparative Law*, 2002, vol. 50, no. 1, p. 97-130.

POZZOLO, Susanna, «Apuntes sobre “Neoconstitucionalismo”» en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol. 1/1, p. 892.

POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, En, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, noviembre, 1998, no. 21-v2, p. 339.

PRIETO SANCHÍS, Luis, «El juicio de ponderación constitucional» en Miguel CARBONELL, (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 85-123.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Los test constitucionales*, Bogotá, D.C, Temis, 2022, p. 316.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El precedente judicial y sus reglas : Con el precedente en el Consejo de Estado y la Corte Interamericana*, 2 ed., Bogotá, D.C', Doctrina y Ley, 2016, p. 208.

QUINCHE-RAMÍREZ, Manuel Fernando, *La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia*, En, *Jurídicas*, enero, 2016, vol. 13, no. 1, p. 43-63.

RADBRUCH, Gustav, *El Espíritu del Derecho Inglés*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 73.

RAMOS DUARTE, Ecio Oto y POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoría do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, 2 ed., Sao Paulo, Landy, 2010, p. 244.

RATTI, Florencia, El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, En, Revista Jurídica Austral, diciembre, 2020, vol. 1, no. 2.

REGAN, Donald H., Reasons, Authority, and the Meaning of «Obey»: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law, En, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, enero, 1990, vol. 3, no. 1, p. 3-28.

RESTREPO-MEDINA, Manuel Alberto, Tutela Contra Actos Administrativos: Expresión Concreta de La Constitucionalización del Derecho Administrativo Colombiano, En, Revista Jurídicas, febrero, 2017, vol. 14, no. 1, p. 24-39.

RODRÍGUEZ CRUZ, Juan Pablo, La constitucionalización del derecho administrativo : referencia a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, Bogotá, D.C, Leyer, 2018, p. 285.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, La administración del estado social, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 199.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, 20 ed., Bogotá, Temis, 2017, vol.1.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, «La Explicación Histórica del Derecho Administrativo» en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, México', Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol.1, p. 293-315.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, El Contrato Social, 1 ed., Mexico, PRD (coll. «“Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana”»), 2017, p. 124.

SACCO, Rodolfo, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II), En, The American Journal of Comparative Law, 1991, vol. 39, no. 1, p. 1-34.

SALMOND, John W., Jurisprudence, 4 ed., Londres, Stevens and Haynes, 1913, p. 564.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos, En, Cuestiones constitucionales, diciembre, 2020, no. 43, p. 377-432.

SANDRI, Andrea, Ricognizioni sulle epoche e i nuovi sviluppi del diritto amministrativo in Germania, En, Istituto Di Studi Sui Sistemi Regionali Federali E Sulle Autonomie, 2012, 2012 p.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor, La constitucionalización del derecho administrativo en colombia. Análisis de la incidencia de la obra del legislador en este proceso, En, Revista de Derecho, 2019, vol. 17, no. 1, p. 353-380.

SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, Cristián, Teoría de la Argumentación como Epistemología Aplicada, En, Cinta De Moebio, 2012, no. 43, p. 24-39.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, «Convencionalidad y derecho administrativo: interacciones sistémicas en el Estado Social de Derecho que procura la eficacia de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes» en Alberto MONTAÑA

PLATA, y Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, (eds.), *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, D.C, Universidad Externado, 2014, p. 613-657.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado, 2010, p. 78.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado, 2003, p. 474.

SCHAUER, Frederick, Precedent, En, *Stanford Law Review*, 1987, vol. 39, no. 3, p. 571-605.

SCHLINK, Bernhard, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit» en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, vol. 2/2, p. 445-465.

SCHLINK, Bernhard, Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, En, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1984, vol. 11.

SCHMIDT, Walter, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Munich, Beck, 1982, p. 282.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 475.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, Springer, 1998, p. 382.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard y DAGRON, Stéphanie, *Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen*, En, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Heidelberg Journal of International Law*, 2007, vol. 67, p. 395-468.

SCHÖNBERGER, Christoph, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht» en Michael STOLLEIS, (ed.), *Das Bonner Grundgesetz - Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.

SCHRAMECK, Olivier, *Droit administratif et droit constitutionnel*, En, *Actualité juridique. Edition droit administratif*, 1995, *Le droit administratif*, p. 34.

SHAPIRO, Martin, *The Globalization of Law*, En, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1993, vol. 1, no. 1, p. 37-64.

SIERRA SOROCKINAS, David, *El precedente: un concepto*, En, *Revista Derecho del Estado*, junio, 2016, no. 36, p. 249-269.

SIMEOLI, Dario, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, En, *Questione Giustizia*, 2016, vol. 4, p. 174-189.

SOBERANES, Jose Luis, Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 211.

STERN, Klaus, El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana, En, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1988, no. 1, p. 261-277.

SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz Eugenia y FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán, DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. CONCEPTO Y DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO, En, Prolegómenos, julio, 2015, vol. 18, no. 36, p. 65-80.

TARELLO, Giovanni, Cultura Jurídica y Política del Derecho, Granada, Comares, 2002.

TARUFFO, Michele, Precedente y jurisprudencia, En, Precedente. Revista Jurídica, diciembre, 2007, p. 86-99.

THERRY, Di Manno, «Le cas de l'Italie» en Michel VERPEAUX, (ed.), *Code civil et Constitution(s) - Journées d'études du 25 mars 2004 à l'Assemblée nationale*, París, Economica, 2005, p. 126.

TOULMIN, Stephen E., The Uses of Argument, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

TWINING, William, Globalisation and Legal Theory, London, Butterworths, 2000, p. 279.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Abel Antonio, Interpretación judicial, 2 ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008, p. 318.

VALDIVIA, Jose Miguel, Manual de Derecho Administrativo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 452.

VAN HOECKE, Mark y OST, François, Legal doctrine in crisis: towards a European legal science, En, Legal Studies, 1998, vol. 18, no. 2, p. 197-215.

VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul, La constitucionalización del juez administrativo en Colombia, Bogotá, D.C, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 196.

VEDEL, Georges, «Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel» en *Droit Administratif*, Francia, LGDJ, 1992, p. 647-671.

VEDEL, Georges, La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, En, Revue française de droit constitutionnel, 1990, no. 1, 1990 p. 5-15.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés y TRUJILLO TOSCANO, Luis Eduardo (eds.), La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico, Bogotá, D.C, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2019, p. 700.

VON BOGDANDY, Armin , CASSESE, Sabino y HUBER, Peter, Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band III. Verwaltungsrecht in Europa, s.l., C.F. Müller, 2010, p. 636.

WAHL, Rainer, Los Últimos Cincuenta Años del Derecho Administrativo Alemán, Trad. José Carlos Mardomingo, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 167.

WALINE, Marcel, Droit Administratif, 9 ed., Paris, Sirey, 1963, p. 934.

WEBER, Albrecht, LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, En, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2003, no. 7, p. 497-538.

WENDELL HOLMES, Oliver, Codes, and the Arrangement of the Law, En, American Law Review, 1870, vol. 5, no. 1.

WERNER, Fritz, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, En, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 1959, p. 527-533.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Trad. Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1985, p. 128.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, Legal Reasoning in Legal Interpretation, En, Logique et Analyse, 1969, vol. 12, no. 45, p. 3-31.

ZAGREBELSKY, Gustav, El Derecho Dúctil, Madrid, Trotta, 1995.

Referencias Normativas y Jurisprudenciales

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

------. Ley 715. (21, diciembre, 2001). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

------. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

------. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Primera de Revisión, Sentencia T 525 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU 047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Diaz y Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 491 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU 1300 de 2001, M.P. Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 479 de 2002, M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T 982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T 292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T 441 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 537 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Perez.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 951 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C 520 de 2016, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T 540 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.