



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
UNIVERSIDAD DE KONSTANZ, ALEMANIA

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

El precedente en el Consejo de Estado

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
UNIVERSIDAD DE KONSTANZ, ALEMANIA

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

TESIS DE MAESTRÍA

EL PRECEDENTE EN EL CONSEJO DE ESTADO

Presentada por: Carmen Emilia Montiel Ortíz

Director: Andrés Abel Rodríguez Villabona

Bogotá D.C., 2016

Gracias a mi abuelo, ejemplo de vida.

*Gracias a mi esposo y a Nestor, incansables en la tarea de hacerme ver que
era posible alcanzar esta meta.*

Gracias a Ana y Sara por su paciencia.

Gracias al Doctor Alberto, por sus ideas.

Y gracias al Doctor Andrés Abel por enseñarme el camino correcto para llegar al objetivo.

Resumen

Con la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional, quien venía haciendo una elaboración amplia sobre la obligatoriedad de sus fallos judiciales, extendió el carácter obligatorio de la decisión judicial hacia las otras jurisdicciones (ordinaria y contencioso administrativa). El Consejo de Estado, de forma paulatina adoptó la categoría del precedente judicial. Sin embargo, fueron las Leyes 1395 de 2010 (actualmente derogada), y 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), las que le otorgaron a esta corporación herramientas procesales para establecer una disciplina jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa. Así, la figura de la sentencia de unificación establecida en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 fue consagrada como norma obligatoria de carácter jurisprudencial. No obstante lo anterior, la instalación de la jurisprudencia como fuente de derecho en el Consejo de Estado ha sido un proceso difícil y complejo, debido a las falencias endilgadas a las decisiones de esta corporación, entre ellas, la falta de coherencia en la línea jurisprudencial desarrollada sobre ciertos temas, la confrontación con la Corte Constitucional cuando abordan temas análogos y el desconocimiento por parte de las secciones de las sentencias de unificación, lo cual ha generado un precedente contencioso administrativo débil, inestable y muchas veces desobedecido. Para corregir los aspectos críticos, la interpretación del Consejo de Estado debe ofrecer respuestas a los problemas jurídicos de conocimiento del juez de menor jerarquía, a fin de que este pueda adoptarla como regla jurídica aplicable al caso. Esto implica que dichas reglas jurídicas deban ser constantes, invariables y sólidas y que únicamente puedan cambiar o actualizarse después de un proceso coherente y controlado acorde a la dinámica social que pretende regular.

Summary

With the Judgment C-836 of 2001, the Constitutional Court, who had been doing extensive elaboration on the issue of mandatory their judgments, extended the mandatory nature of the court decision to the other -ordinary jurisdictions and contentious administratively. The State Council, gradually adopted the issue of judicial precedent, however were the Laws of 2010, currently derogate- 1395, 1437 and 2011 -Code of Administrative Procedure and Contentious Administrative-, which gave him this corporation procedural tools to establish a jurisprudential discipline in the administrative jurisdiction. Thus, the figure of the unification sentence in Article 270 of Law 1437 of 2011, was consecrated as a mandatory standard jurisprudential character. Notwithstanding the foregoing, the installation of jurisprudence as a source of law in the State Council has been a difficult process due to the shortcomings diligadas to decisions of the Corporation, including the lack of consistency in the line of jurisprudence developed on certain themes, confrontation with the Constitutional Court when they address similar issues, and ignorance of the sections of the judgments of unification, which has generated a contentious administrative precedent weak, unstable and often disobeyed. To correct the critical aspects, interpretation of the State Council, should provide answers to legal problems inform the judge of a lower rank, so that it can adopt as a legal rule applicable to the case; this implies that those legal rules must be constant, unchanging and solid; and can only be changed or updated after a consistent process and controlled according to the social dynamic that seeks to regulate.

Tabla de Contenido

Introducción	7
1. La visión del derecho a partir de la Constitución Política de 1991	11
1.1. Las Fuentes del derecho y su evolución en Colombia	11
1.2. La nueva interpretación del derecho y el juez creador	18
1.3. El precedente y su extensión a otras jurisdicciones	24
2. El precedente en la jurisprudencia del Consejo de Estado	38
2.1. Antecedentes legales y jurisprudenciales	38
2.2. Obligatoriedad del precedente ante las autoridades administrativas.	49
2.3. Obligatoriedad del precedente ante las autoridades judiciales.	59
2.3.1. Precisiones terminológicas	59
2.3.2. Unificación jurisprudencial en la Ley 1437 de 2011	62
2.3.3. Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia	67
3. La elaboración de la teoría del precedente por el Consejo de Estado: elementos para un balance	72
3.1. Evolución de la teoría del precedente en la jurisprudencia del Consejo de Estado entre 1914 y 2012	72
3.1.1. Periodo de 1914 a 1991	73
3.1.2. Periodo de 1991 a 1998	75
3.1.3. Periodo de 1998 a 2012	76
3.2. Análisis de las Sentencias del Consejo de Estado	77
3.2.1. Carácter auxiliar de la jurisprudencia y doctrina probable	77
3.2.2. Obligatoriedad del precedente	80
3.3. Crítica de la teoría del precedente en el Consejo de Estado	87
Conclusiones	101
Referencias Bibliográficas	104

Introducción

Colombia desde finales del siglo pasado, importó del Derecho Español conceptos como doctrina legal y doctrina probable, los cuales pretendieron, inicialmente, establecer mecanismos de obligatoriedad de la jurisprudencia condicionada a la reiteración de la misma en un número definido por el precepto legal. Sin embargo, su implementación fue concebida como un criterio completamente facultativo para el juez. Con la expedición de la Carta Política de 1991, el tránsito de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho y la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional en 1992, se presentó un fenómeno paulatino de resquebrajamiento del tradicionalismo de fuentes. Si bien, en el artículo 230 constitucional se estableció un listado de fuentes del derecho que respondía a la herencia continental, esto fue replanteado por la Corte Constitucional, al darle a esta norma una interpretación más acorde a la realidad de la época, quintándole a la Ley en sentido formal el puesto de fuente principal del sistema jurídico nacional. Así las cosas, el concepto de ley contenido en el artículo 230 después de la interpretación de la Corte Constitucional, debía entenderse como referido a todo el ordenamiento jurídico, por lo cual el sometimiento del juez al “imperio de la ley”, previsto en dicha disposición, se amplió, otorgándole por esta vía fuerza vinculante a la jurisprudencia. La Corte Constitucional ha realizado esfuerzos, desde la vigencia de la Constitución Política de 1991 por otorgar a sus fallos, dictados en calidad de órgano de cierre, fuerza vinculante y obligatoria similar a la de la Ley. Sin embargo el proceso ha sido criticado, y su aplicación ha estado plagada de avances y retrocesos. Entre los primeros se destaca la Sentencia C-836 de 2001, con la cual se buscó conceder carácter obligatorio a las decisiones emitidas por los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa.

En la actualidad la cuestión de la obligatoriedad de las decisiones judiciales muestra cierto grado de certeza y seguridad a instancias de la Corte Constitucional; pero no sucede lo mismo en el Consejo de Estado donde si bien se introdujo la teoría del precedente judicial, existen muchas dificultades para otorgarle obligatoriedad. Entre ellas, como se analizará en esta

investigación, las posturas contradictorias frente a un mismo tema de las distintas secciones, e incluso subsecciones, de la Sala de lo Contencioso Administrativo; el desobedecimiento de las sentencias de la Sala Plena por parte de las secciones, y las frecuentes contradicciones con la Corte Constitucional.

El problema jurídico, alrededor del cual se estructura ésta investigación, es dilucidar: ¿Cuál ha sido el alcance que le ha dado el Consejo de Estado a su precedente judicial?.

Es necesario abordar el tema del precedente jurisprudencial, no solamente desde la perspectiva constitucional, donde se ha dado un desarrollo mayor a esta figura, sino desde su aplicación en otras cortes, como el Consejo de Estado. En primer lugar, para conocer la evolución y el valor que ha tenido esta herramienta para la resolución de los casos, y en segundo lugar para observar el fenómeno de contradicción entre los precedentes de las altas cortes, lo que constituye un problema actual que genera inseguridad jurídica y no permite hablar de coherencia en nuestro sistema jurídico. Esta investigación busca dar los elementos para una visión crítica de este asunto, y evidenciar los distintos problemas de la teoría del precedente al interior del Consejo de Estado, que ha llevado a que la jurisdicción contencioso- administrativa adopte soluciones legales para procurar estabilidad, como fueron las distintas herramientas procesales introducidas en la Ley 1437 de 2011, ley que fue elaborada por esta alta corporación.

Las conclusiones, a las que se quiere llegar, es que la jurisprudencia administrativa en su dinámica, ha generado una percepción de inestabilidad debido a las contradicciones internas y externas, sobre las decisiones de los asuntos sometidos a su conocimiento. Además, la falta de cohesión en el precedente judicial de esta alta Corte, desdice del carácter obligatorio o vinculante del mismo.

Los objetivos trazados, a efectos de dilucidar el problema planteado, son: analizar el cambio estructural que para la cultura jurídica colombiana significó la revisión del modelo legalista de fuentes de derecho después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991; establecer el contexto legal y jurisprudencial en que se introdujo la obligatoriedad del precedente en Colombia y examinar cuál ha sido el tratamiento que el Consejo de Estado

le ha dado a la cuestión de la obligatoriedad del precedente judicial y el estado actual de la teoría del precedente al interior de esta corporación.

Para esto, se analizarán las decisiones en las cuales este órgano judicial se ha ocupado explícitamente de este asunto. La metodología a utilizar será preponderantemente exploratoria, haciendo un análisis descriptivo bajo un método deductivo-cualitativo. Para el desarrollo de la investigación, se realizó una búsqueda de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, a través de las relatorías de estas corporaciones a las cuales se accedió por las páginas web respectivas. Esta información permitió hacer un análisis ordenado cronológicamente, de la evolución del tema de estudio, para identificar sus cambios más destacados, sus avances y retrocesos, y el estado actual de la problemática planteada. No se trata entonces de abordar casos concretos, sino de realizar un estudio del desarrollo del concepto de precedente judicial a través de los fallos de las corporaciones mencionadas.

Para alcanzar los objetivos señalados, el análisis se desarrollará en tres capítulos. Con el primero se busca, mediante una descripción cronológica de la normativa, la jurisprudencia y los aportes doctrinales, que el lector tenga una idea del cambio estructural que, para la cultura jurídica colombiana, significó la Constitución Política de 1991 y la instalación de la Corte Constitucional, respecto del sistema de fuentes del derecho y la introducción en nuestro sistema jurídico del precedente jurisprudencial. El segundo capítulo estudia la evolución del concepto de obligatoriedad de la jurisprudencia desarrollado por el Consejo de Estado mediante sus distintas decisiones, y después de la expedición de la Ley 1437 de 2011, que creó figuras procesales que tienen como finalidad afianzar el precedente de esta corporación, no solo en la instancia judicial sino también ante las autoridades administrativas. Estos primeros capítulos constituyen un análisis general de la cuestión del valor de la jurisprudencia en Colombia a partir de las distintas elaboraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Finalmente, con el tercer capítulo se busca analizar las diversas variables que se han derivado del desarrollo de la figura del precedente judicial en el Consejo de Estado, tales como su obligatoriedad, su desobedecimiento, la contradicción con el precedente de la Corte Constitucional, el valor del precedente de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo y la confrontación con principios y valores como la seguridad jurídica y la igualdad. Así mismo, se estudiarán las críticas de

la doctrina acerca de la inestabilidad del precedente del Consejo de Estado y los esfuerzos del legislador – en especial a través de la ley 1437 de 2011 – por crear herramientas procesales para afianzar la disciplina jurisprudencial al interior de esta jurisdicción especial. Este capítulo pretende determinar si en el Consejo de Estado se ha podido instalar la teoría del precedente judicial.

1. La visión del derecho a partir de la Constitución Política de 1991

La promulgación de la Constitución Política de 1991 significó para Colombia un cambio trascendental en el ámbito jurídico. La nueva interpretación del derecho desarrollada por la Corte Constitucional a partir de 1992, hicieron que esta Corporación se presentara en nuestro ordenamiento jurídico como un creador consciente de normas con características similares a la ley. Este capítulo, tiene como objetivo mostrar la variación en el sistema de fuentes del derecho que se suscitó con la expedición de la Constitución Política de 1991, la adopción de la fórmula de Estado Social de Derecho, y la interpretación del artículo 230 superior, realizada por la Corte Constitucional. Igualmente, se pretende evidenciar, como a partir de la Constitución Política de 1991, se impulsó, principalmente, por parte de la Corte Constitucional, una nueva forma de interpretar el derecho que le ha otorgado mayor protagonismo al Juez, dotándolo de herramientas que le han permitido crear reglas jurídicas en sus fallos, lo cual ha sido interpretado como una verdadera creación judicial del derecho.

1.1. Las Fuentes del derecho y su evolución en Colombia

Es importante para el presente estudio abordar el tema de las fuentes clásicas del derecho, con el objeto de mostrar cómo se fueron variando en nuestro sistema jurídico para dar paso de forma paulatina a la jurisprudencia como verdadera fuente. Este subcapítulo, enfocará el tema inicialmente con una descripción de doctrinantes extranjeros, para abordar el asunto desde una perspectiva comparada, y posteriormente descenderá al caso colombiano, donde la transformación del sistema clásico de fuentes del derecho se dio de forma rezagada.

Jurídicamente la acepción “fuente” hace alusión a la semilla primigenia que origina el derecho. En este sentido el tratadista español Ruiz Manteca, afirma que es fuente del derecho todo aquello que origina al derecho y hace que este surja (1994, p. 27). Para E. González Ramírez, la acepción fuente del derecho hace alusión a los elementos que conforman el núcleo de la norma

jurídica (fuentes reales) y a las formas que ese núcleo puede adquirir para aplicarse como regla coercitiva de conducta social (fuentes formales) (González Ramírez, 2015, pág. 91). Este mismo autor señala, que las fuentes reales o materiales del derecho, son las necesidades económicas, fisiológicas, psíquicas, etc., de los integrantes de la sociedad y sus intereses, proyectos e ideales que denomina la conciencia colectiva, y determinan el contenido del derecho objetivo. En cuanto a las fuentes formales, citando a Bonnacase, aduce que es la forma que presentan las reglas de derecho y las instituciones jurídicas para ser aplicadas coercitivamente en la sociedad. Dentro de las fuentes formales, señala la ley, la costumbre, la doctrina constitucional y los principios o reglas generales del derecho (artículos 8 y 13 de la Ley 153 de 1887) (González Ramírez, 2015, p. 92). García Maynez, distingue tres categorías de la palabra fuente del derecho, que son la formal, real e histórica:

“Por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas. Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas.

El término fuente histórica, por último, aplicase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.), que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes” García Maynez, 2010, p. 51).

Para este autor, las fuentes formales son procesos de manifestación de normas jurídicas, siendo las fuentes formales más generalizadas la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. Al respecto, dice: “La reunión de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y jurisprudencial, condiciona la validez de las normas que los mismos procesos engendran. De aquí, que el examen de las fuentes formales implique el estudio de los susodichos elementos”. (García Maynez, 2010, p. 51)

En este tema, también se destaca la contribución de Hans Kelsen, quien señaló que las fuentes del derecho no son diferentes al derecho mismo, pues para este doctrinante son las mismas normas jurídicas las que sirven de fundamento de validez para la creación de otras normas, por lo que la noción de fuente del derecho sería puramente formal. Para este autor: La “fuente” del derecho no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho, dotada de una existencia independiente frente a éste. Por sí misma, la “fuente” es, en todo caso, derecho: una norma jurídica “superior” en relación con otra “inferior”, o sea, el

método de creación de una norma “inferior” determinado por otra, lo cual constituye un contenido específico del derecho. (Kelsen, 1979, p. 155-156)

Más recientemente, Pérez Luño consideró que no se puede tratar más el tema de las fuentes del derecho en términos de la pirámide Kelseniana, esto es, en términos de jerarquía del orden normativo, pues si bien, la teoría jurídica iuspositivista “había padecido un exceso de concentración en un punto de gravitación único y jerárquico a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos”. Para este doctrinante, el desbordamiento de las fuentes clásicas, se debe a la imposibilidad de los esquemas formales de explicar y encausar la producción normativa en presencia de un ordenamiento jurídico caracterizado por un importante grado de pluralismo y por una apertura jurisdiccional. (Pérez Luño, 1993. p. 76-77)

Para autores como Favoreau, la transformación del sistema de fuentes clásicas del derecho, es atribuible a la aparición de un nuevo eje –la constitución-, lo que supuso el abandono del antiguo eje –la ley-. Alrededor de este nuevo eje, gira en la actualidad el ordenamiento jurídico, pasando la ley a convertirse en una fuente más y la constitución en la fuente principal del sistema jurídico (2000, p. 20). La Constitución en el Estado Social de Derecho, cargada de un cumulo de derechos a favor de las personas, disposiciones estas con carácter normativo y vinculante, y la defensa de la justicia material como bandera principal, generó un cambio en el sistema de fuentes, pues al convertirse en el texto depositario y garante de los derechos, interviene de forma directa en la producción de las normas derivadas de su interpretación; es un nuevo centro de producción, que aceleró un fenómeno nuevo en el derecho de descendencia escrita, y es la aparición del juez garante del cumplimiento del texto constitucional, como aplicador, interprete y creador de subreglas derivadas del texto mismo.

En el caso Colombiano, país que adoptó el modelo clásico de derecho civil francés, la fuente de derecho reconocida y que se afianzó en la conciencia, tanto de los operadores jurídicos como de los administrados en general, fue la ley, entendida esta en sentido formal como aquella expedida por el órgano competente, general, abstracta e impersonal; siendo la fuente con mayor relevancia en la labor de producir el derecho. Así se plasmó en el artículo 230 de la Constitución

Política de 1991, al consagrar que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. El formalismo dominante en Colombia, según explica López Medina, es un formalismo de textos y conceptos jurídicos, es una comprensión del derecho que considera que este es solo una actividad de análisis de textos preexistentes, que la interpretación del derecho produce resultados correctos y que el sistema jurídico no tiene vacíos porque se han establecido formas de llenarlos, concluyendo que el positivismo es una especie del género formalista (Teoría Impura del Derecho, 2004, p. 129-130).

Este formalismo, que evoca a la ley como fuente predilecta de producción del derecho, se planteó a lo largo de la normativa expedida en Colombia antes de la Constitución Política de 1991. El operador judicial, era aplicador de la ley y la jurisprudencia era solamente un criterio orientador que servía para argumentar las decisiones, pero nunca para tomarlas y menos se pensaba en crear reglas a partir de la decisión del juez. Para Quinche Ramírez (2014), durante el siglo XIX y parte del XX, en numerosos países de Europa y en la mayoría de los de América Latina, el sistema de fuentes fue dispuesto en el Código Civil y sus normas concordantes, bajo la supremacía del principio de legalidad. Esto trajo varias consecuencias desafortunadas para el autor, entre las que menciona, la supremacía de la ley; el desprecio del carácter normativo de la Constitución Política; el desprecio del Derecho Internacional, relegado al papel de simple Derecho Diplomático; y una cosa muy grave, como es, que el tema de las fuentes del Derecho fuese tratado y enseñado como un asunto del Derecho Civil, y no como un asunto del Derecho Público, del Derecho Constitucional. En el caso colombiano los textos centrales fueron el Código Civil y la Ley 153 de 1887, que bajo diversos enunciados entronizaron la distinción entre la “fuente primaria” y las “fuentes secundarias”. La norma decisiva fue el artículo 8¹ de la ley en mención, que designó como fuente primaria a la ley y como fuentes secundarias o auxiliares la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del Derecho. Finalmente, otra muestra de la supremacía de la legalidad, es que los derechos y garantías civiles, en principio equivalentes a lo que hoy se denominan derechos fundamentales, fueron sometidos por el artículo 7° de la ley en comento, al Código Civil, al disponer que el título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde

¹ ART 8°- Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del Derecho.

como parte integrante y primordial del Código Civil.

Bernal Pulido, registra históricamente las bases de nuestro derecho colombiano, en las que se ubicaba a la ley como la única fuente del derecho que podía vincular al juez en sus decisiones:

“Desde el advenimiento de la República, el derecho colombiano se estructuró como un sistema de derecho continental. Colombia no escapó a la influencia del racionalismo codificador posrevolucionario francés, que erigía a la ley en la principal fuente del derecho y atribuía a la jurisprudencia solo el carácter de criterio auxiliar. Estos dos pilares del sistema de derecho continental fueron reconocidos por el aún vigente Código Civil de 1873, redactado por Don Andrés Bello con clara influencia del Código Napoleónico de 1804. Mientras su artículo 18 establece que: “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”, su artículo 17 prescribe que; “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” y prohíbe “a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria”. De acuerdo con estos artículos, la ley debe ser la única fuente del derecho que vincule al juez. Si el juez desconoce la ley, falla por fuera del derecho. En esta misma dirección, incluso dos de las primeras constituciones –el artículo 171 de la Constitución de 1821 y, luego, el artículo 147 de la Constitución de 1832-, ordenaron a los jueces y tribunales de forma explícita mencionar en sus sentencias la ley que aplicaban en cada caso”. (2009, p. 153-154)

El papel del Juez en un sistema clásico formalista, es de mero aplicador de la ley. El Juez tenía definido su papel en la dinámica del proceso judicial, y este se restringía a encuadrar el caso concreto en la norma jurídica vigente. Evocando la idea clásica de Montesquieu, el juez que fue concebido y diseñado en las leyes del siglo XIX de nuestro país, no era más que la boca que pronunciaba las palabras de la ley, seres inánimes que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor (1995, p. 112). En este modelo clásico, el legislador tenía un papel relevante y preponderante, porque encarnaba la racionalidad del sistema y, de esta forma, concentraba el poder.

En el siglo XX, en lo que atañe a Colombia, la perspectiva jurídica cambió con la promulgación de la Constitución Política de 1991, inspirada entre otros aspectos, en el logro de la justicia material. Los desarrollos jurisprudenciales, efectuados por la Corte Constitucional desde 1992 (año en que entró en funcionamiento), con fundamento en las interpretaciones del texto

constitucional han girado en torno a la vivificación del mismo, mediante planteamientos, que en aras de procurar una justicia real, se han salido en muchas oportunidades del marco trazado por el legislador. En la Sentencia T-406 de 1992, se hizo una delimitación del concepto del Estado Social de Derecho recién introducido en la Constitución Política de 1991, expresando que se han generado cambios tales como el aumento de la creación jurídica y el surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, que en esencia significó la “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”. (p. 8-9)

Pero, paradójicamente, el mayor obstáculo para el acrecentamiento del protagonismo del juez, y lo que ello conlleva en el sistema de fuentes, lo encontró la Corte Constitucional en la misma Carta Política, que en su artículo 230 dispuso -rindiendo culto a las formas clásicas- que los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, otorgándole a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina la categoría de meros criterios auxiliares de la actividad judicial. Sin embargo, la Corte Constitucional, siendo la intérprete autorizada de la Constitución realizó un análisis integral de esta disposición con el artículo 4 del mismo texto, entendiendo así que la Constitución está por encima de cualquier categoría de producción del derecho. Por ende, la expresión ley del mencionado artículo 230 superior, comporta la Constitución en primer término y la ley en sentido formal, debajo de esta. En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-131 de 1993, expresó “ahora bien, por la expresión "imperio de la ley" debe entenderse ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP-” (1993, p. 12).

Posteriormente, en la Sentencia C-486 de 1993 de esta misma Corporación, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se reiteró el alcance dado por la Corte al concepto de ley previsto en el artículo 230 constitucional, destacándose lo siguiente:

“El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto

de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" y "orden jurídico" (1993, p. 17).

Esta interpretación del artículo 230 constitucional, por parte de la Corte Constitucional, y la lectura del artículo 4 *ibídem*, ubica a la Constitución –normativa y vinculante-, en el vértice del sistema de fuentes. La Constitución se convierte en norma primaria, no hay norma que la anteceda, y es ella la que legitima las demás fuentes del sistema jurídico, pues solo estando conforme a ella tienen validez para crear derecho. “La Constitución es norma aplicable y es norma principal, básica, de esta forma la ley, aunque sigue siendo primordial, pasa a hacer norma secundaria en tanto su formación y contenido no pueden ir en contra de la Constitución” (Sierra Porto, 1998, p.52).

En este orden, la interpretación autorizada de la Corte Constitucional, creó un nuevo nivel en el sistema jurídico nacional de subnormas derivadas de la Constitución. Esta labor de concreción del texto constitucional mediante las decisiones judiciales del alto Tribunal Constitucional, generó una serie de *ratio decidendi* que al ser extracción directa de la constitución y al complementarla e interpretarla, adquirieron un rango superior, y una fuerza vinculante que las posicionó en el sistema de fuentes del derecho. Toda esta dinámica generada, en un primer momento histórico, al interior de la Corte Constitucional, gestó por vía judicial la introducción del precedente. Bernal Pulido (El neo constitucionalismo y la normatividad del Derecho, 2009, p. 153-165), explica que el artículo 230 ha sufrido una mutación por vía de la interpretación judicial. La jurisprudencia, gracias a esta transformación conceptual, dejó de verse como un “criterio auxiliar” despojado de fuerza vinculante y empezó a formar parte del imperio de la Ley a la que están sometidos los jueces. La interpretación del concepto de imperio de la Ley, dado por la Corte Constitucional, como referido a todo el ordenamiento jurídico, incluyó a la jurisprudencia como fuente formal de derecho que vincula al Juez en sus decisiones. Bernal Pulido, afirma:

“Esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha vinculado sistemáticamente con el respeto del principio de igualdad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorgan injustificadamente un trato diverso a dos o más individuos o situaciones jurídicas

idénticas o análogas. Este hecho constituye una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución Política” (El neo constitucionalismo y la normatividad del Derecho, 2009, p. 159).

En suma, el cambio suscitado por la Corte Constitucional, especialmente desde la interpretación que le dio al artículo 230 de la Constitución Política, generó una reacomodación de las fuentes del derecho en nuestro país. Se posicionó a la jurisprudencia, como causa autónoma y verdadera de creación de derecho.

En el subcapítulo siguiente, se ahondará en la interpretación del derecho impulsada a partir de la Constitución Política de 1991, y como este cambio redundó en la creación judicial del mismo.

1.2. La nueva interpretación del derecho y el juez creador

La importancia que dentro de la nueva concepción de Estado, adoptada por Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, se le dio a las personas y a sus derechos fundamentales, trajo consigo una nueva visión que aterrizó el ordenamiento jurídico y lo sumió en la realidad. Un derecho visto, ya no como fin en sí mismo, sino como instrumento para un logro superior: **la justicia material**. Así mismo, el cambio conceptual que introdujo, en el ámbito jurídico nacional, el contenido de la Constitución y su desarrollo dado por la Corte Constitucional, provocó el rompimiento del sistema formal de fuentes del derecho y el juez ganó mayor poder al adquirir protagonismo en el papel de creación de las reglas jurídicas.

Los jueces, actuando dentro del Estado Social de Derecho y con miras a garantizar un mínimo de justicia material, adquirieron poderes que en la praxis desbordaron su función de meros aplicadores de la regla jurídica abstracta. La concepción del Estado Social adoptada en la Constitución Política de 1991, tiene como génesis los avances europeos de la postguerra del siglo XX con relación a la política social, donde se abandonaron premisas como la neutralidad y el individualismo y se implementa un modelo de intervención en procesos socio-económicos a partir de principios sometidos al derecho. El Estado Social de Derecho fue concebido desde sus inicios, como un:

“Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado Social de Derecho. El Estado Social de Derecho tiene por presupuesto ético la necesidad de defender los DD.HH., al menos en principio los de las dos primeras generaciones, con la cual la exigencia que presenta es una exigencia ética de justicia que debe ser satisfecha por cualquier Estado que hoy se precie de legítimo. La justicia, pues, es el fundamento del Estado Social de Derecho”. (Younes Jerez, 2005, p. 12-13)

El Estado Social de Derecho, es determinante en la función de defensa de los derechos fundamentales, lo que se traduce en una defensa y desarrollo de la carta política que los contiene. Siguiendo este raciocinio, Acosta Sánchez (1998), ha manifestado enfáticamente que:

“La defensa de la Constitución lleva consigo un cambio en la naturaleza de ésta, por obra de las jurisdicciones constitucionales, tan indispensables para dicha defensa como inevitablemente creadoras de Derecho Constitucional. La existencia de la Constitución implica su metamorfosis: la jurisdicción llamada a defenderla necesariamente la transforma. El Derecho Constitucional jurisprudencial está determinado por complejos contextos sociales, económicos y políticos, incluso transnacionales, y reclama un nuevo concepto de Constitución material, sin nada que ver con ningún otro anterior del mismo nombre”. (p. 99)

Es evidente, que todas estas transformaciones conllevaron, para el derecho, una ruptura importantísima en su sistema hermenéutico. La interpretación empezó a abandonar los sistemas silogísticos utilizados en el estado legalista², para dar paso a la interpretación comprensiva más acorde al fenómeno constitucional que se gestó y se ha venido afirmando en nuestro país. Los presupuestos, fines y valores propios del Estado Social de Derecho se convirtieron en la doctrina que orientaría toda la actividad judicial; y la Constitución, pasó de este modo a instalarse como, el “criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico” (Pérez Royo, 1998, p. 268). Pese a esto, la interpretación, aun cuando disminuyó ostensiblemente la utilización del sistema silogístico, no se matriculó ni se circunscribió a otro método estático para analizar las situaciones de hecho sometidas a juicio. Ezquigua Ganuzas (1987), profesor español, dando una mirada a la situación de su país, igualmente heredero de un sistema escrito, afirmó lo

² Para hacer referencia al formalismo imperante antes de la Constitución de 1991.

siguiente:

“No existe en la literatura ni en la jurisprudencia una teoría de los métodos interpretativos de la Constitución que defina la imposibilidad y necesidad de establecer un método preestablecido, un orden metodológico concreto. Si no es una laguna inexplicable, es el reflejo de la conciencia del escaso significado de acercamiento a la interpretación constitucional a través de sus métodos. Respecto a estas últimas se puede comprobar oscilaciones continuas que corresponden a una actitud de gran liberalidad, pragmática, flexible e impredecible. Caso tras caso encontramos como se afirma un acentuado pluralismo metodológico: desde un método riguroso y formalista, basado en la intención histórica del legislador constitucional o en la letra de las disposiciones, a otros, abiertos a consideraciones más amplias de carácter sistemático, histórico, ideal, referidas las condiciones jurídicas e histórico-sociales en las que debe incidir la Constitución. La solución interpretativa de casos son, en cada momento, elaboradas, abiertas a resultados en evolución, unas veces anticipadoras de necesidades futuras, evasivas o con sensibilidad para problemas de justicia social, abiertas o cerradas hacia valores meta-jurídicos (en el sentido del positivismo jurídico)”. (p. 40)

Así las cosas, le es dable al aplicador buscar criterios válidos para dilucidar la Constitución, con el objeto de reforzar la racionalidad en su interpretación y por consiguiente, la confianza y credibilidad en el sistema. Lo anterior, por cuanto la especialidad del texto constitucional y su aplicación, hace que la interpretación que debe hacerse de las normas que contiene, no pueda ser la misma interpretación de las otras normas jurídicas (leyes, actos administrativos, etc.).

Ahora bien, existen dos modelos interpretativos derivados de la dinámica constitucional; el primero, es la interpretación de la Constitución en sí misma y; el segundo, la interpretación del ordenamiento jurídico a la luz de las normas constitucionales. El primero de los paradigmas mencionados se resuelve de modo sencillo, haciendo traslado a nuestro sistema de los principios de la unidad y la armonización de la Constitución. López & Jurado, trayendo a colación una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán- Bundesverfassungsgericht, conocida en el Derecho Europeo como, Südwest-Staat Urteil, aducen que:

“El principio de la unidad de la Constitución supone que una particular determinación constitucional no puede considerarse aisladamente ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí

misma. La determinación constitucional particular está en conexión de sentido con el resto de los preceptos de la Constitución, los cuales forman una unidad interna. Del contenido global de la Constitución resultan ciertos principios y decisiones fundamentales, a los cuales las concretas determinaciones constitucionales están subordinadas (...) toda determinación constitucional deberá ser interpretada de modo que sea compatible con aquellos principios constitucionales elementales y decisiones fundamentales del constituyente” (1984, p. 15).

La Constitución, por tanto, forma un todo, con una racionalidad y coherencia interna, y como tal ha de ser interpretada, pues en esta confluyen principios y derechos que si bien proveen una división metodológica, no se puede tener por jerárquica. Todas y cada una de sus disposiciones tienen igual importancia e igual aplicación y obediencia.

“En una Constitución pluralista conviven muchos valores y muchos principios y lo hacen por medio de un compromiso. El compromiso debe ser mantenido incluso en la interpretación constitucional. Ello conlleva la necesidad de evitar el absolutismo de un principio o un valor con perjuicio de los demás y evitar que se formen entre ellos jerarquías rígidas (a no ser que la Constitución misma las establezca), puesto que la fuerza concreta de los principios y de los valores constitucionales no es algo que se pueda considerar definitivamente consolidado, sino que es fruto de un acontecimiento político siempre en movimiento” (Ezquigua Ganuzas, 1987, p. 42).

Esta interpretación compacta de la Constitución, no permite que sus disposiciones sean dilucidadas de forma aislada. Entendiendo a la Constitución como un todo, cada norma encuentra su fundamento en otra norma del mismo texto que le aporta sentido y la contextualiza, apareciendo así, el otro principio mencionado, el de la armonización.

“Uno de los mandatos básicos de toda interpretación de la Constitución es el principio de armonización. Partiendo de que una moderna Constitución es un todo unitario, y en cuanto tal debe ser interpretada, se llega a que las controversias y las expresiones contradictorias que existen en el texto deben ser niveladas, allanadas; en una palabra: armonizadas” (López & Jurado, 1984, p. 15).

El segundo de los fenómenos de interpretación expuestos, es cuando a través de la Constitución se busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra norma

no constitucional, y entre aquella y un determinado comportamiento o una cierta omisión, es decir, trasladan la cuestión al ordenamiento jurídico. Esta nueva interpretación, debe utilizar como criterio válido, legítimo e inescindible los preceptos, principios y valores consagrados en la Constitución, para fijar así el sentido y alcance del ordenamiento jurídico y más importante aún, para lograr que ese ordenamiento tenga como fin primordial la ejecución material de los derechos fundamentales. H. G. Gadamer, hace alusión a una frase que recoge la esencia hermenéutica contemporánea, al decir que “la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión” (1984, p. 382). La norma constitucional debe ser comprendida por el intérprete para ser aplicada, una interpretación de la Constitución implica una interpretación a la luz de la misma constitución. En este orden, tenemos que la racionalidad, la concretización y la comprensión se convierten en los métodos interpretativos del derecho constitucional. Es por esto que actualmente, la ley—en sentido formal—, está subordinada a un sistema interpretativo que la vivifica y le da significado.

En este contexto, el juez alcanza, en los países de tendencia constitucional, un papel preponderante, su función no se limita ya a la simple aplicación pasiva de los textos legales, pues una norma más alta lo ha autorizado a cuestionar su validez e incluso a negarla, inaplicándola o expulsándola del ordenamiento jurídico. En este proceso de construcción judicial, el juez investido del poder de la constitución, puede y así lo hace, ampliar el sentido y alcance de sus normas, vivificarlas, actualizarlas y concretizarlas. Aparece así, el juez como “creador” del derecho, desapareciendo la idea del juez como aplicador automático de la ley.

Este fenómeno que es designado por el tratadista español Alonso García (1984) como concretización, genera una auténtica creación de un sistema de normas sub-constitucionales que denominan oficialmente doctrina, y que opera como una nueva norma-marco para sucesivas funciones de subsunción, equivaliendo, si el creador de la norma sub-constitucional es el intérprete autorizado, a la Constitución misma. En este entendido, la interpretación realizada en un juicio de constitucionalidad, implica una operación motivada, cuya fundamentación crea una nueva norma que delimita y especifica el contenido de la norma constitucional primaria. Se sienta una doctrina que en sí misma, tiene estructura normativa. López Medina, considera que se trata de

una verdadera transformación de la estructura del ordenamiento, ya que en el caso de los Tribunales Constitucionales Europeos, estos han creado un derecho que se aparta del modelo tradicional; para convertirse en un derecho de juristas el cual puede ser visto como la sustitución de un derecho de normas por un derecho de conceptos y principios (Derecho de los Jueces, 2001, p. 3). Por su parte, Pérez Royo (1998) tratadista español, depositario de una fe inconmensurable en el poder jurisdiccional avalado por la Constitución, considera que esta va suponiendo cada vez más un conjunto de normas sub-constitucionales que pueden llegar hacer olvidar después de cierto tiempo el significado primitivo del texto constitucional, produciendo un fenómeno de concretización y actualización al crearse sub-normas que se imponen a todo acto, normativo o no, de rango inferior.

Lo anterior implicaría, que los pronunciamientos hechos por el juez constitucional cuando actúa en su labor de concretizar las normas constitucionales, esto es aplicándolas a casos concretos, fijando su alcance y sentido, se convertirían necesariamente en fuente del derecho. Pérez Royo, aborda el tema del posicionamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional en el sistema de fuentes, así:

“La afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre las demás fuentes del derecho, con la excepción, obviamente de la propia Constitución y de las leyes de Reforma de la misma. Por varios motivos: En primer lugar y desde la perspectiva del derecho positivo, resulta claro que mientras el Tribunal Constitucional no está vinculado por el acto del legislador, éste si se ve vinculado por la sentencia de dicho órgano, (...). En segundo lugar y sobre todo, porque el Tribunal Constitucional es el único órgano constituido que, con su manifestación de voluntad, puede determinar el contenido de la voluntad constituyente, es decir, puede precisar de manera vinculante que es lo que ha querido decir el constituyente, cosa que no ocurre con ninguno de los demás, excepto con el poder legislativo cuando actúa según el procedimiento previsto para la Reforma de la Constitución. En su calidad de interprete supremo de la Constitución el Tribunal Constitucional es el custodio permanente de la voluntad del constituyente, el guardián al que está confiada la tarea de velar para que los poderes constituidos no traspasen la frontera que los separa del poder constituyente. Y en este sentido su manifestación de voluntad pueda reclamarse de la voluntad autentica, soberana, suprema” (1998,

p. 52).

El sistema continental de derecho europeo, se encuentra hoy orientado hacia el establecimiento de un derecho constitucional fuerte, con el innegable protagonismo de los Tribunales Constitucionales, concediéndole a sus pronunciamientos, el carácter de normas vinculantes cuya jerarquía solo es rebasada por el texto Constitucional. Este fenómeno ha influenciado a Colombia, donde la jurisprudencia y las leyes contemporáneas, han evolucionado hacia el reconocimiento del valor como fuente del derecho de las sentencias judiciales, visión esta que trae aparejado de forma indefectible el reconocimiento del juez como creador de derecho, y si bien solo se ha hecho referencia al juez constitucional, ello ha sido porque en nuestro país esta función atribuida al fallador empezó hacer defendida y estructurada de forma consciente en esa jurisdicción.

13. El precedente y su extensión a otras jurisdicciones

A la teoría del precedente le antecede toda una construcción legislativa y judicial edificada en la modificación del sistema de fuentes clásicas del derecho y el reconocimiento del juez como creador de derecho. En este subcapítulo se busca establecer de forma concreta como se instaló en nuestro sistema jurídico positivo el valor de la jurisprudencia y como se ha reconocido fuerza vinculante, no solo a las decisiones dictadas por la Corte Constitucional, sino también por las otras altas cortes de cierre.

En Colombia, la primera consagración normativa con relación al valor de la jurisprudencia, se encuentra en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, que adicionó y reformó los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887. Dicha norma dispuso la figura de la doctrina legal más probable, como fuente de derecho, establecía que: “en casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituye n doctrina legal más probable”.

Posteriormente, la Ley 105 de 1890 en su artículo 371 cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal, consagrando:

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

A su vez, el numeral 1º del artículo 369 de dicha ley estableció como causales de casación, la violación de la ley sustantiva y de la doctrina legal.³

Más tarde, en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 se estableció la facultad de los jueces inferiores y de la Corte Suprema para apartarse de las decisiones de ésta última, y la institución de la doctrina legal fue remplazada por la de doctrina probable. Sin embargo, con ello no se estaba avalando la plena autonomía de los jueces inferiores para interpretar la ley, pues la misma Ley 169, en su artículo 2º, determinó que, como causal de casación, la violación directa de la ley sustantiva, podía surgir por “efecto de una interpretación errónea de la misma”, o por la “indebida aplicación de ésta al caso del pleito”.

De otro lado, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 hace mención de la Doctrina Constitucional, dándole fuerza integradora e interpretativa, solamente en aquellos casos en los cuales se presentan lagunas o ambigüedades normativas. A su vez, el artículo 4º de la misma normativa, dispone que: “los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. En suma, la doctrina no constituía pauta obligatoria, pues el juez tenía la discrecionalidad de usarla o no como criterio orientador en la producción de una nueva sentencia. Las normas que consagraban la doctrina legal probable contrariaban la tradición legislativa nacional del sistema de fuentes neo-romanistas otrora imperante en nuestro país, en

³ Así, la Corte Suprema de Justicia analizaba en cada caso, si la Sentencia objeto del recurso vulneraba la doctrina legal establecida por dicha Corporación. Al respecto ver Corte Suprema de justicia, Sentencia de agosto 23 de 1891, p. 282 y Sentencia de septiembre 18 de 1891, p.234.

el cual no tenía cabida la jurisprudencia por eso su uso no fue muy frecuente. Como se observa, este conjunto de normas se expidieron para la jurisdicción ordinaria, siendo el máximo órgano judicial para la época la Corte Suprema de Justicia, lo cual es entendible toda vez que para dicha fecha no existía la Corte Constitucional –que entró en funcionamiento en el año 1992-, ni el Consejo de Estado el cual empezó a funcionar en 1913.

Luego, el poder ejecutivo en el año 1991, expidió el Decreto 2067, el cual contenía disposiciones que otorgaban poder vinculante y obligatorio a los fallos constitucionales. Lo anterior, aunado a los antecedentes legislativos ya citados, constituyó el camino hacia la instalación en el ámbito jurídico-positivo, de toda una cultura que revolucionó los conceptos formalistas de los juristas de la época. Los artículos 21⁴ y 23⁵ del citado decreto, disponían que las sentencias que profiriera la Corte Constitucional, tendrían el valor de cosa juzgada constitucional y serían de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. Adicionalmente, la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no fuera modificada por ella misma, sería criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corregiría la jurisprudencia.

Estas normas declaraban que las sentencias de la Corte Constitucional son de obligatorio acatamiento para todas las autoridades y los particulares. En cuanto a las autoridades, no hacía distinción alguna, entendiéndose incluidas las autoridades que hacen parte de las tres ramas del

⁴ **Artículo 21.** Las sentencias que profiriera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo.

Excepcionalmente la Corte Constitucional podrá señalar de manera expresa que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. En este evento, dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo, el demandante podrá solicitar a la Corte cualquier aclaración al respecto.

⁵ **Artículo 23.** La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia.

poder público. Igualmente le daban valor obligatorio a la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte pese a denominarla *criterio auxiliar*.

La resistencia a otorgar facultades amplias a la Corte Constitucional, que ya se había visto reflejada al interior de esta misma corporación, también se evidenció en la reglamentación de la acción de tutela, mediante la expedición del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, que dispuso:

“En las sentencias en que se revise una decisión de Tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicados inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificara la sentencia de la Corte a las partes y adoptara las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por esta”.

Se constituyó esta norma, en un freno momentáneo al intérprete autorizado de la constitución, por declarar su autonomía en la fijación del valor y alcance de sus propios fallos.

Dejando a un lado el camino legal que se recorrió en esta materia, el análisis de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, mediante la cual se introdujo y dio forma al precedente judicial en Colombia, permite evidenciar el momento histórico a partir del cual esta Corporación extendió el carácter obligatorio y vinculante de los fallos judiciales a los otros órganos de cierre –Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-. En este orden, existe un caso paradigmático, en el que la Corte Constitucional proclamó, con base en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, la obligatoriedad de la doctrina constitucional contenida en su fallo. En la Sentencia T-494 de 1992, después de analizar un caso donde se solicitaba mediante acción de tutela que no se fallara un proceso de sucesión, mientras no fuera decidido otro proceso ordinario para declarar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, decidió el alto Tribunal ordenar la no entrega del bien incluido en la sucesión, hasta que el Juez de Familia resolviera la existencia de la unión entre concubinos. Además de forma expresa en el resolutivo cuarto, dijo:

“**CUARTO.-** En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que exista realmente trabajo doméstico en las relaciones entre hombre y mujer, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá **CARACTER OBLIGATORIO** para las

autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991” (1992, p. 15- 16).

El salvamento de voto a la anterior decisión, donde fue magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, fue emitido por José Gregorio Hernández Galindo, y en síntesis expresó su inconformismo por cuanto consideró un antecedente peligroso que en el futuro podría ser utilizado por los abogados litigantes para entorpecer las actuaciones de los jueces, el que el juez de tutela en sede de revisión ordene que un Juez Civil Municipal se abstenga de efectuar una entrega de un bien inmueble hasta que el Juez de Familia competente le dé la instrucción, lo que se traduce en la suspensión de un acto procesal ordenado por un juez a otro, dentro de un juicio civil que tiene reglas propias. Esto en concepto del magistrado disidente, es una intrusión de la Corte en la jurisdicción ordinaria, sin tener facultades para ello. Queda sentando con esto, que al interior de la misma Corte existió desde sus inicios resistencia por el poder que les fue otorgado, y más aún por la creación de reglas de carácter obligatorio. Era difícil en los albores de esta Corte, que todos sus miembros dieran un salto conceptual tan grande, y empezaran de plano y sin resistencia a romper los esquemas del derecho romano tradicional.

Más tarde, la Corte Constitucional mediante las sentencias C-113 y C-131, ambas de 1993, declaró inexecutable las expresiones de obligatoriedad asignadas a la doctrina constitucional y las facultades dadas a la Corte Constitucional de servir de órgano consultivo a los jueces contenidas en los artículos 21 y 23 del Decreto 2067 de 1991, normas mencionadas con anterioridad. Además, la posibilidad de aclarar los alcances de los fallos de esta Corporación, lo que en su sentir desconocía la cosa juzgada y la seguridad jurídica, siendo este último uno de los fines fundamentales del derecho. En concepto de López Medina, la Corte Constitucional en aquella oportunidad actuó con miedo de asumir una carga conceptual nueva, que desdibujara el positivismo anquilosado y la fe en los esquemas jurídicos de antaño, por ello un grupo considerable de magistrados de esta Corporación fueron refractarios a la sensibilidad de la cultura jurídica que se abalanzaba sobre ellos, rechazando las facultades que el Gobierno de turno les entregaba (El Derecho de los Jueces, 2009, p. 36-37).

Otro caso a destacar, es la sentencia C-083 de 1995, donde la Corte analizó la demanda de constitucionalidad del artículo 8 de la ley 153 de 1887, fundamentada en que este artículo al incluir a la analogía como criterio auxiliar, contradecía lo previsto en el artículo 230

constitucional, por lo que la norma demandada en concepto del actor había sido derogada tácitamente

En esta ocasión, el máximo Tribunal Constitucional decidió declarar la exequibilidad del precepto legal demandado, aduciendo que la ley es el criterio principal y de obligatorio cumplimiento para los Jueces encargados de administrar justicia. En este orden, la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, esto es, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía encuentra su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, en consideración del alto Tribunal, acorde con el artículo 230 de la Constitución.

Este es un fallo novedoso, acertado y de avanzada de la Corte Constitucional para la época, por cuanto pese a parecer algo conservadora en cuanto al valor que le otorga a sus propias decisiones no pretendió reducir los mecanismos de los cuales dispone el juzgador para proveer sus fallos a uno solo, como lo es la ley, pues le abre a este una bandeja de posibilidades que lo único que buscan es enriquecer el sentido de sus providencias y hacer del aparato judicial algo operativo y garantista de acuerdo con la filosofía que inspira a la Constitución Política de 1991. En ese orden de ideas, al confirmar a la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del Derecho como criterios auxiliares e integradores del sistema jurídico colombiano, lo único que pretende es apuntar cada día más por la consolidación del aparato judicial del Estado, haciéndole ver que existen herramientas complementarias que le faciliten la resolución de los casos en ausencia de normas que regulen las situaciones que examinan.

En la Sentencia T-123 de 1995, la Corte manifiesta que los jueces gozan, por disposición

constitucional, de independencia en el desarrollo de sus funciones. No obstante esta no puede ser contemplada de forma absoluta ni descontextualizada. En ese entendido, se anota, que los jueces deben procurar ligar ambos principios (el de igualdad y el de independencia judicial) al momento de proferir sus fallos. Es por esto que si en un caso particular, el juez decide cambiar la línea jurisprudencial que su despacho ha estado manejando en casos similares a la materia objeto de análisis (violación al principio de igualdad), justificando en la parte motiva de su providencia las razones que lo llevaron a realizar dichas acciones y estas evidentemente son razonables y justificadas de acuerdo a la ley, quedarán saneados ambos principios y la sentencia así dictada será inobjetable. No obstante la misma situación no opera respecto de interpretaciones que se hagan de despachos de otras latitudes, por cuanto aquí prevalece el principio de autonomía. Arguyó la Corte que su jurisprudencia, en casos concretos, es la única que obtiene carácter vinculante para cualquier juez de la república. Sin embargo, es claro que las líneas de trabajo trazadas por las demás corporaciones (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) que se hallan en la cúspide de la rama judicial, a pesar de operar como criterio auxiliar, funcionan como mecanismos de unificación doctrinal, en aras de salvaguardar el principio de igualdad y es por esto que cuando un juez de inferior jerarquía pretenda alejarse de estos lineamientos, debe hacer una elaborada sustentación de los móviles por los cuales actuará de esa manera. Lo importante de este fallo para la presente investigación, es que se advierte que no se obliga a observar como línea jurisprudencial la adoptada por Despachos o Corporaciones distintas a la del fallador del caso concreto, no ocurriendo lo mismo con la Corte Constitucional cuyos fallos tienen carácter vinculante para cualquier juez de la república. Proclama de esta manera la Corte, la obligatoriedad de sus decisiones y la imposibilidad de desconocerlas, dándose mayor importancia incluso por encima de las otras Corporaciones de cierre de las jurisdicciones civil y administrativa, frente a las cuales expresa que sus decisiones operan como criterio auxiliar. No obstante, dada la función que tienen de unificación doctrinal, cuando se pretenda desconocer por el Juez de inferior jerarquía, deberá fundamentarse los motivos de ello. Hasta este momento, el Tribunal Constitucional no reconocía a la jurisprudencia de las otras Cortes, el mismo valor y carácter vinculante que le otorgaba a sus propias decisiones.

Posteriormente, en la Sentencia SU-047 de 1999, la Corte Constitucional analizó la inviolabilidad del voto de los congresistas, exponiendo su tesis del precedente, del cambio

jurisprudencial y la cosa juzgada implícita. En este asunto se estudió la acción de tutela interpuesta por una Senadora de la República, debido a una investigación penal adelantada en su contra por el voto a favor de la preclusión dictada en el caso de la investigación en contra del Presidente Ernesto Samper Pizano, época en la que esta fungía como Representante a la Cámara. Alegaba la accionante, que la inviolabilidad parlamentaria prevista en el artículo 185 de la Constitución Política, es un principio absoluto que no admite ninguna excepción y es una prerrogativa no susceptible de renuncia. Además adujo la parlamentaria, que sus votos y opiniones en calidad de congresista no pueden generar responsabilidad penal. La tesis que hasta antes de esta decisión había sostenido la Corte Constitucional, especialmente en las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996 e irradiada en otras decisiones, era que cuando los parlamentarios actúan investidos de la función judicial, igual que los jueces de la república, están sometidos al imperio del derecho, careciendo por ende de opiniones que deban ser protegidas. La Corte consideraba que la inviolabilidad no operaba cuando los senadores y representantes ejercían funciones judiciales. Manifestó el alto Tribunal, que el precedente debe ser respetado en un Estado de derecho; pero, ello no implica la inamovilidad del mismo, pues lo contrario podría generar un estancamiento del ordenamiento jurídico y con ello injusticias en la resolución de los casos concretos, ya que el contexto histórico en que es decidido cada asunto puede hacer variar la interpretación dada por el fallador.

Dice la Corte en el fallo analizado:

“Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-“ (1999, p. 50).

Hace este Tribunal, una semejanza de la facultad que tiene el juez del *Common Law* de apartarse del principio del “*stare decisis*” -estarse a lo resuelto en casos anteriores-, pues este debe tener la posibilidad de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencia l. Circunstancia que también es permitida al juez del sistema escrito. Este apartamiento, en voz de la Corte no puede ser caprichoso e inmotivado, deben quedar claramente expuestos los argumentos que llevan al fallador a separarse del precedente. En este fallo la Corte cambió su doctrina constitucional, al encontrar que la línea hasta el momento desarrollada no tenía sustento en la Carta Política y la misma

conducía a una erosión de la inviolabilidad parlamentaria. La Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto, pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el "deber mínimo" de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta. En este fallo, la Corte Constitucional desarrolla la tesis del precedente y lo asemeja al tratamiento que del mismo se da en el sistema del *common law*.

Esta Corporación, deja en evidencia que si bien ha avanzado frente al carácter vinculante de sus decisiones y a la introducción del precedente en nuestro derecho escrito, ha tenido una construcción intermitente y algo temerosa de su propia facultad de crear reglas o normas con características similares a las del legislador. Igualmente, se observa en la evolución jurisprudencial vista, como a nivel local la Corte Constitucional a través de su trasegar creó una teoría del precedente que encuentra en la construcción jurisprudencial de este órgano una estructura completa que le permite ser una figura autónoma con características propias en relación con el manejo del precedente dado en otras latitudes.

Siguiendo con el análisis jurisprudencial, se tiene que la Corte Constitucional, en otro asunto –Sentencia SU168 de 1999–, declaró que el Consejo de Estado - Sección Quinta incurrió en una vía de hecho, al desconocer en un caso concreto dos sentencias de constitucionalidad que ya había proferido el alto Tribunal Constitucional, cuya *ratio decidendi* consistía en que los períodos de los alcaldes eran personales y no institucionales. Consideró la Corte en esta oportunidad, que la Constitución, para dar alcance normativo a su contenido, le ha confiado la guarda de su integridad y supremacía, labor que realiza a través de su función interpretativa, gracias a la cual se actualiza en cada momento histórico el correcto entendimiento de la Carta. Las sentencias de la Corte Constitucional, bajo este entendido y por mandato de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido. La interpretación que ella realiza -Corte Constitucional-, difiere de la que hacen los demás jueces, pues al ser la interprete autorizada de la constitución sus decisiones son de carácter obligatorio y le dan status

activo de norma de normas a la carta fundamental. De otro lado, las tareas que cumple son únicas, en cuanto que ningún otro órgano podría realizarlas. Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República. Por el contrario, esta Corporación está llamada a revisar la congruencia constitucional de la actuación del último. A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, todo en razón de su calidad de juez del Congreso. Arguye este máximo Tribunal, que en el sistema de fuentes del derecho las sentencias de la Corte Constitucional se encuentran encima de la ley, resultando de este modo vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden de forma caprichosa “sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución”. La Constitución y la interpretación que de ella hace el órgano autorizado, forman un solo cuerpo inescindible, lo que le otorga valor cierto y vinculante a la Carta Política, pues su interpretación tiene un “significado genuino y auténtico de su contenido y alcance”. Adicionalmente, considera la Corte que los principios de supremacía e integridad de la Constitución no son autónomos, pues requieren para su efectiva realización de una labor de defensa, dado que el contenido axiológico de la constitución se materializa gracias a la función interpretativa que ella realiza.

Como se observa, la máxima autoridad constitucional en este fallo de tutela salvaguarda las disposiciones de la norma de normas, recordándole a todas las autoridades, que gracias al objeto sobre el cual recae su actividad (artículo 241 constitucional), sus fallos poseen una especial prevalencia sobre los demás altos tribunales (artículo 243 constitucional) y los despachos jerárquicamente inferiores a ella. Las decisiones de la Corte, incluso en la escala de fuentes del derecho son superiores a la ley, lo cual es ciertamente más relevante en el camino de consolidación de su misma jurisprudencia como creadora directa de derecho. No cabe duda, que el poder obligatorio de las decisiones de la Corte, se deriva de la interpretación que esta hace de la carta política, entendiendo que mediante sus fallos dinamiza y actualiza históricamente las normas, siendo por esta razón una extensión del texto constitucional y por ende una norma de igual rango. La Corte hasta este periodo, proclamaba la prevalencia de sus fallos sobre los de las otras altas Cortes colombianas, a cuyas decisiones solo le otorgaba carácter auxiliar.

La sentencia que marco el momento a partir del cual se aceptó la coexistencia de creadores de precedente –refiriéndose en este caso a la Corte Suprema de Justicia-, es la Sentencia C-836 de 2001, donde la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, norma esta que adoptó la figura de la doctrina probable, permitiendo además la posibilidad a los jueces inferiores de apartarse de dicha doctrina cuando la interpretación haya sido errónea o la aplicación de dicha doctrina haya sido equivocada. En la decisión analizada, se expresó que si bien la Constitución Política de Colombia, establece la autonomía e independencia de los jueces a la hora de tomar las decisiones judiciales respectivas, igualmente prevé que están sometidos al imperio de la ley -artículo 230 de la constitución-. Tanto la autonomía como la sujeción a la ley deben equilibrarse para garantizar la efectividad de los principios y derechos contenidos en el artículo segundo de la Constitución. De acuerdo al máximo Tribunal, el deber de los jueces de someterse al imperio de la ley tiene una relación directa con el derecho a la igualdad, comprendida tanto en la igualdad ante la ley como en la igualdad de trato brindado por las autoridades públicas. De lo anterior, se destaca la fuerza normativa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En palabras de la Corte:

“El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces” (2001, p. 25).

En conclusión, una autonomía de los jueces sin límites se constituye en apenas una igualdad formal, siendo esta insuficiente. Argumenta la Corte, que una de las garantías fundamentales derivadas de la seguridad jurídica, es la certeza que pueda tener la población de que los casos iguales sean decididos de igual forma. Esto se explica, a partir del entendimiento del derecho como instrumento de ordenación social:

“El derecho, como instrumento de ordenación social, pretende regular ciertos aspectos de las

relaciones humanas, estabilizándolos. Cualquier comunidad política que pretenda organizarse como tal a partir del derecho requiere para tal fin, que sus miembros tengan cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad. En una sociedad altamente compleja como lo es el Estado contemporáneo, caracterizada por un aumento en la intensidad y en la variedad de la actividad social, el nivel de certeza requerido respecto de la protección social de determinadas conductas es mayor (...). En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar la vigencia de un orden justo” (2001, p. 27).

De la tesis expuesta por la Corte Constitucional, en el fallo que se viene comentando, se infiere que le corresponde a los jueces, y especialmente a la Corte Suprema de Justicia – única Corporación que funcionaba en la fecha de expedición de la norma demandada-, una labor creadora mediante la formulación de principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento. Esta labor, implica una construcción judicial necesaria para regular los constantes cambios sociales, permitiéndose así que el sistema jurídico cumpla su propósito como elemento regulador y transformador de la realidad social. Es una respuesta a la realidad jurídica del país, donde existe otro nivel de comprensión del texto legal y es la instancia judicial que lo interpreta, lo sustituye, lo condiciona o modula, etc., sin que ello implique un desconocimiento del sistema de fuentes establecido en la propia constitución, pues el derecho debe ir al paso de las transformaciones sociales y debe moldearse a ellas, no puede ser estático y exegético. Las normas de la Constitución deben comprenderse y armonizarse a la realidad, a los hechos, esa es la verdadera labor judicial y es precisamente allí donde se encuentra la labor de creación.

López Medina, acuñó el concepto de “la doctrina del derecho viviente”, para hacer referencia al ánimo manifestado por la Corte Constitucional, de extender la teoría del precedente vinculante, consolidado claramente en la jurisprudencia constitucional; invitando a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado a que impulsen e inyecten en el precedente “mayor fuerza gravitacional a sus propios fallos mediante una reconstrucción muy detallada del concepto de doctrina probable” (Derecho de los Jueces, 2001. p.56).

En reciente decisión, este alto Tribunal analizó una demandada de constitucionalidad impetrada contra el artículo 7 de la Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. La norma aludida preceptúa:

“Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”. (Subrayas fuera del texto para señalar el inciso demandado)

Consideraron en este caso los demandantes, que las expresiones demandadas, vulneran los artículos 4, 230, 374, 375, 376, 377, 378 y 379 de la Constitución Política, principalmente porque se modifica el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano, otorgando mayor relevancia al precedente judicial denominado doctrina probable. Sostuvo en esta oportunidad la Corte Constitucional, que la fuerza normativa de la doctrina dictada por las altas Cortes colombianas, en calidad de órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones donde fungen como la máxima autoridad, proviene de aspectos tales como la igualdad frente a la ley e igualdad de trato; el cometido de unificación jurisprudencial, el principio de confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado y la garantía de la seguridad jurídica a favor del ciudadano. Enfatizando, que “el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido”. Esta providencia, muestra de forma clara que el valor normativo de las decisiones de las altas Cortes colombianas, no solo es reconocido y defendido por los órganos de cierre, sino también por el legislador quien a través de diversas leyes proferidas en el último lustro ha procurado brindar coherencia al sistema jurídico mediante la aceptación de la jurisprudencia como precedente de decisiones futuras.

De este trasegar por la jurisprudencia, se evidenció que la Corte Constitucional, en sus diversos fallos, ha demostrado una tendencia reformista que apunta a concederle fuerza vinculante,

obligatoria y de verdadera fuente del derecho a la jurisprudencia en nuestro país. Esta alta corporación ha elaborado verdaderas normas vinculantes, en unos casos, fijando el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales y legales, en otros, introduciendo textos de creación jurisprudencial a preceptos normativos. Los casos antes analizados, son ejemplos en la praxis del carácter obligatorio de las decisiones judiciales del Alto Tribunal Constitucional, que a medida que avanza su desarrollo ha venido dando mayor valor a sus decisiones, incluso sin que necesariamente esa obligatoriedad se reduzca a las sentencias de control de constitucionalidad, sino que ha creado un número considerable de reglas a partir de sus decisiones en general, lo que en nuestro sistema jurídico colombiano, ha sido considerado – por la misma Corte Constitucional- como fuente de derecho; reconociendo actualmente que además de ella, las otras altas Cortes Colombianas, en cumplimiento de su deber de unificación, también crean precedente.

2. El precedente en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Después del afianzamiento del precedente judicial a instancias de la Corte Constitucional, esta misma Corporación abrió el camino para la introducción de esta figura jurídica en las otras jurisdicciones, específicamente en las altas Cortes de cierre, quienes tienen como uno de sus fines primordiales, en cada especialidad, el de unificar la jurisprudencia. Este segundo capítulo tiene el propósito de analizar la evolución del concepto de obligatoriedad de la jurisprudencia en el Consejo de Estado. Para cumplir este objetivo, se observaron los antecedentes legales y jurisprudenciales que abonaron el camino de la fuerza vinculante de las decisiones de la Corporación en mención; a continuación se estudiara el nuevo referente de obligatoriedad jurisprudencial frente a las autoridades administrativas introducido por las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, y se efectuará un análisis de la fuerza vinculante de los fallos del Consejo de Estado frente a las autoridades judiciales a la luz de la Ley 1437 de 2011.

2.1. Antecedentes legales y jurisprudenciales

Para lograr un mejor entendimiento del tema a tratar, es necesario mostrar el marco legal y jurisprudencial del precedente en el derecho administrativo, para lo cual se presentará en primer lugar el contexto en el cual nació el Consejo de Estado en nuestro país, y posteriormente las regulaciones legales y las consideraciones jurisprudenciales que en la actualidad le otorgan facultades de unificación y creación jurisprudencial.

Para Rodríguez R, en nuestro país, la evolución del derecho administrativo coincide con la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa, con una notable coincidencia en su avance con el derecho administrativo francés (2013, p. 36). Explica este autor que la idea del Consejo de Estado fue introducida por Bolívar desde 1817, aunque sus funciones eran simplemente de asesoría o consulta. Esta figura desapareció con la Constitución de 1853 y reapareció con la Constitución de 1886 con dos funciones, la de ser cuerpo consultivo, y la

de ser el tribunal superior de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se estableciera dicha jurisdicción mediante desarrollo legislativo, lo cual de hecho nunca sucedió. Con el acto legislativo 10 de 1905, el Consejo de Estado desapareció, aunque se restableció poco tiempo después. En efecto, mediante el acto legislativo 3 de 1910, se creó la jurisdicción contencioso administrativa -instalada con la Ley 130 de 1913-, y con el acto legislativo 1 de 1914 se restableció el Consejo de Estado con su doble función. De este modo quedó instituida en Colombia la dualidad de jurisdicciones (Rodríguez R, 2013, p. 37-38).

Sarmiento-Eraza, destaca que pese a la proximidad con la práctica francesa, el Consejo de Estado Colombiano no se configuró en sus comienzos como un órgano de unificación jurisprudencial, pero sí como un órgano de centralización administrativa controlador de la administración pública, nacional y territorial (2011, p. 259). Además de esto, Montaña Plata, subraya otra diferencia trascendental, pues para él en Francia la ausencia de una previsión constitucional formal, y en general del derecho positivo, implicó que el contencioso administrativo tuviera permanentemente que justificar su existencia, así como las razones que motivaban el conocimiento de algunas controversias, razón por la cual su carácter creador del derecho era indiscutiblemente mayor, sin pretender el autor, con esta afirmación, limitar el carácter creador del juez contencioso administrativo en un modelo como el nuestro; simplemente resalta una realidad de justicia administrativa que se construyó sobre unas bases de mayor certeza funcional. En su sentir, la creación de una jurisdicción contencioso administrativa a instancias del constituyente y con el señalamiento de unas funciones claras desarrolladas por el legislador, como en el caso colombiano, implicó que la discrecionalidad del juez de lo contencioso administrativo fuese distinta de aquella detentada por el contencioso administrativo francés (2010, p.244-245).

Es claro, conforme al antecedente citado, que en Colombia, irradiada por el influjo francés, se instaló un Consejo de Estado que tan solo en 1914 inició a funcionar con una dualidad de competencias, dentro de la cual se incluía la jurisdiccional. La marcada influencia francesa con la que se originó el derecho administrativo colombiano, le otorgó una visión formalista de las fuentes del derecho, la cual se mantuvo por muchos años aún después de la expedición de la Constitución Política de 1991 (Rodríguez, Gutiérrez, 2011). Es importante puntualizar que el Consejo de

Estado no fue concebido como Tribunal de casación –como en Francia-, se instituyó como un tribunal de cierre pero en calidad de juez de instancia, otorgándole recursos de unificación como la revisión y la súplica, esta última eliminada del ordenamiento jurídico por los artículos 38 y 57 de la Ley 446 de 1998. Aunado a lo anterior, el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo vigente hasta julio de 2012, nada dispuso sobre el precedente judicial (Sarmiento-Eraza, 2011, p. 269). Así, no obstante haber sido una jurisdicción desarrollada en mayor medida a través de líneas jurisprudenciales, ha hecho uso en sus fallos de herramientas como la analogía y la doctrina probable, sin que se percibiera en ella -antes de la labor teórica sobre el precedente de la Corte Constitucional-, el interés por proclamarse creadora de reglas jurisprudenciales. Lo anterior, tiene que ver con el contexto en el cual surgió el Consejo de Estado, pues para aquella época solo funcionaba en el país la Corte Suprema de Justicia, Corporación que desataba todos los litigios civiles, penales, administrativos y constitucionales, esto es, ejercía una “jurisdicción universal” (Sarmiento-Eraza, 2011, p. 260). La Corte Suprema de Justicia era de raigambre formalista y actuaba como Tribunal de Casación, razón por la cual tenía herramientas procesales que auxiliaban su labor como la doctrina legal y los demás desarrollos sobre la materia observados en el capítulo primero del presente trabajo, los cuales fueron heredados al Consejo de Estado según lo reconoce Sarmiento-Eraza al decir:

“Los conceptos de doctrina probable, doctrina constitucional y doctrina legal harían parte de ese esfuerzo, se reitera, por unificar y centralizar las decisiones judiciales entorno a una gran Corte. Las doctrinas enunciadas, como fuentes de derecho, se encontraban asociadas a las decisiones de la Corte Suprema, que dadas las atribuciones constitucionales, contencioso- administrativas y ordinarias que tenía, cobijarían al resto de órganos que entrarían a funcionar con posterioridad a la reforma constitucional de 1910” (Sarmiento-Eraza, 2011, p. 260-261).

Así las cosas, el valor de la jurisprudencia emitida por las altas cortes, para nuestro caso por el Consejo de Estado, tiene su origen en figuras como la *doctrina probable* y la *doctrina legal*⁶, que le otorgaron un valor secundario a la jurisprudencia como fuente de derecho.

⁶ “En primer lugar podemos hablar de la llamada “doctrina legal”. Esta doctrina supone una interpretación originaria y obligatoria para todos los funcionarios de la rama judicial y se predica exclusivamente sobre normas relativas a la organización judicial. La “doctrina probable” implica una interpretación dirigida a la unificación del sentido de la ley, producto del recurso de casación, según la definición contenida en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896. La misma ley autoriza expresamente a la Corte Suprema de Justicia para variar la doctrina probable, cuando desee realizar correcciones sobre la posición que habría sentado con anterioridad la misma ley. La “doctrina probable”, sin duda, constituye una manera de definir la forma en que la

Como lo explica Hoyos Duque al hacer el análisis de la doctrina probable consagrada en la Ley 169 de 1896:

“...el valor del precedente que se desprende de la norma analizada es bastante débil, si se tiene en cuenta que éste no resulta obligatorio, ya que es facultativo de los jueces aplicarlo en casos similares. El mismo calificativo de probable enfatiza que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia puede o no aplicarse por los jueces inferiores, sin que de su inaplicación se siga ninguna consecuencia jurídica” (Hoyos Duque, 2011, p. 457).

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 y la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, fue esta Corporación la que lideró el cambio conceptual en materia de fuentes del derecho, introduciendo la teoría del precedente judicial con lo cual fundamentó las bases de la fuerza normativa de la jurisprudencia. Si bien la Corte desarrolló ampliamente el tema del valor normativo de sus fallos en una primera etapa, también extendió dicha tesis a las demás corporaciones de cierre, como sucedió en la Sentencia C-836 de 2001 donde se argumentó que, en virtud del análisis de constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que consagra la doctrina probable:

“14. La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución. La Corte ha avalado desde sus comienzos esta interpretación constitucional del concepto de “imperio de la ley” contenido en el art. 230 constitucional... Por supuesto, esta no fue la intención del constituyente, quien, por el contrario, estableció explícitamente la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (art. 4º), permitiendo así la aplicación judicial directa de sus contenidos. Sin embargo, esta jerarquía normativa no requiere ser explícita – como cláusula positiva- para que la comunidad jurídica la reconozca, ni supone como única consecuencia la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces y de los demás operadores jurídicos. Implica, además, que la ley misma, la ley en sentido formal, dictada por el legislador, debe ser interpretada a

jurisprudencia podría unificar el sentido de la ley. Con todo, su limitación se constata en la medida en que se trata de decisiones judiciales calificadas, esto es, de la Corte Suprema de Justicia como productor de sentencias de casación” (Sarmiento-Erazo, 2011, p. 261).

partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución. En esa medida, la Carta cumple una función integradora del ordenamiento, que se desarrolla primordialmente dentro de la actividad judicial, y en la cual los más altos tribunales de las diversas jurisdicciones tienen una importante responsabilidad⁷” (2001, p. 33-34).

Bernal Pulido, con ocasión de la sentencia antes comentada, sostuvo que mediante el artículo 4 de la ley 169 de 1896, se estableció la conexión entre jueces y tribunales con los fallos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, 2008, p. 81-94). Pese a que el reconocimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en este primer momento, no fue tan contundente y vinculante, como estaba sucediendo con los fallos de la Corte Constitucional, pues aún se le concebía como criterio auxiliar, sí se introduce en el ámbito jurídico nacional la importancia de sus decisiones dada su función integradora, con la reserva del apartamiento motivado, a favor de los funcionarios judiciales.

Para Santofimio Gamboa, desde la perspectiva del derecho administrativo, la teoría del precedente encuentra su principal dificultad precisamente en la consideración de la jurisprudencia como criterio auxiliar y no como fuente directa del derecho positivo. En estos términos dejó sentada su posición el doctrinante mencionado:

“...no existe una sistemática en relación con el precedente administrativo, ni mucho menos unificación conceptual de su procedencia bajo el sistema continental o europeo del derecho administrativo, al cual de por sí, resulta extraño, y para algunos, contrario a la misma estructuración del principio de legalidad, que se encuentra en la base de este sistema y que constituye una de las fuentes directas del derecho, considerando a la jurisprudencia como un simple instrumento auxiliar en la construcción jurídica del derecho positivo.

Bajo los presupuestos de esta concepción formalista del derecho se entiende al precedente aplicado a la actividad administrativa, como una simple práctica de actos reiterados y sucesivos que no pueden apartarse, ni mucho menos entenderse más que vinculados al principio de

⁷ La Corte ha reconocido previamente que la responsabilidad que les compete a los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial es aún mayor, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Ver Sentencia T-123/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), citada a su vez, en la Sentencia T-321/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

legalidad. En este sentido la fuente dominante y determinante de los mismos no es otra que la ley, careciendo el precedente por lo tanto de un valor autónomo, en consecuencia sin poder vinculante diferente al que pueda tener la fuente legal” (Santofimio Gamboa, 2010, p. 134-135).

El formalismo, imperante en el Consejo de Estado, impidió un desarrollo del precedente antes de que la Corte Constitucional mostrara su preocupación por este tema, pese a ser una corporación que para la fecha en que se instaló el Tribunal Constitucional colombiano ya tenía más de 70 años de funcionamiento. Fueron las leyes expedidas con posterioridad a la Constitución Política de 1991, las que provocaron un cambio en el diseño y concepción inicial del Consejo de Estado en Colombia. La primera manifestación de cambio se encuentra en la Ley 270 de 1996, artículo 36A, modificado posteriormente por la Ley 1285 de 2009, artículo 11, mediante el cual se instaló una competencia adicional al Contencioso Administrativo. En el proyecto de ley que antecedió a este artículo, se le pretendió otorgar al Consejo de Estado funciones de Corte de Casación Administrativa, al conocer del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo, cuyo fin es el de unificar la jurisprudencia. Para la Corte Constitucional, en Sentencia C-713 de 2008, la norma que contenía esta revisión eventual no implicaba el otorgamiento de una función para actuar como Tribunal de Casación, pues en el análisis legal de tal función, realizado en su fallo, consideró que la misma fue prevista por el Constituyente de manera expresa y exclusiva para la Corte Suprema de Justicia, en el marco de la jurisdicción ordinaria, pero no para otras autoridades judiciales como el Consejo de Estado. Manifestó, que en la tradición jurídica nacional esta institución nunca ha sido concebida como Corte de Casación, sino solamente como órgano consultivo del ejecutivo y como Tribunal Supremo encargado de dirimir las controversias en las que está involucrada la administración pública. Por los anteriores motivos, declaró la inexecutable de la expresión “el Consejo de Estado también podrá actuar como Corte de Casación Administrativa”, del párrafo segundo del artículo 11 del proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara, “por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia” (2008, p. 303). Si bien, la Corte Constitucional consideró que no se le podía otorgar funciones como Corte de Casación al Consejo de Estado, lo cierto es que el recurso de revisión eventual le permite, en estas acciones constitucionales, generar reglas jurisprudenciales que deben ser observados pues su fin es el de unificar jurisprudencia, o como de manera más explícita quedó consagrado en el artículo 272 de la Ley 1437 de 2011, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma

situación fáctica y jurídica.

Posteriormente con la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial” –normativa actualmente derogada-, se introdujeron 3 artículos, que interesan a la presente investigación: los artículos 4⁸, 114⁹ y 115¹⁰. El artículo 4 de la citada normativa, prevé una facultad para las salas de decisión, cual es que la sala plena especializada podría decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial. Aquí la ley ya empieza a consagrar y reconocer el precedente judicial, separándolo de la facultad de unificación. Por otra parte, el artículo 114, derogado por la Ley 1437 de 2011, establecía que las entidades públicas para ciertos asuntos, debían observar los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. En opinión de Sarmiento-Eraza al referirse al artículo en comento, “la función de Descongestión parecería sacrificar la capacidad creadora de derecho a favor de la pronta resolución de conflictos” (2011, p. 264). No obstante lo dicho por el tratadista, realmente lo que se pretende es dar mayor relevancia al precedente judicial, atribuyéndole solo a las altas Cortes, para este caso, el Consejo de Estado, la posibilidad de crear precedente, el cual debe ser acatado por las autoridades

⁸ **Artículo 4°.** El artículo 29 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

Artículo 29. Atribuciones de las salas de decisión y del magistrado ponente. Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que resuelvan sobre la apelación contra el que rechace o resuelva el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto. El Magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión.

Los autos que resuelvan apelaciones, dictados por la sala o el magistrado sustanciador, no admiten recurso.

A solicitud del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial.

⁹ **Artículo 114.** Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

¹⁰ **Artículo 115.** Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

administrativas, estableciendo en este artículo una regla numérica similar a las que ya se conocían antes de la Constitución Política de 1991 e incluyendo el criterio de la analogía para definir la regla a aplicar. La Corte Constitucional revisó esta norma mediante la Sentencia C-539 de 2011, donde dijo:

“la Sala ratifica la obligación de todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional... Así las cosas, observa la Corte que en esta oportunidad el problema jurídico planteado hace referencia directa a la aplicación del precedente judicial en materia administrativa, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, y no a la aplicación del precedente en materia judicial. Estos problemas, si bien presentan unos elementos comunes, como se puso en evidencia en el recuento jurisprudencial realizado en la parte motiva de esta sentencia, constituyen situaciones jurídicas bien distintas, tanto por los sujetos obligados a aplicar el precedente, que en este caso son las autoridades administrativas, como por el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial, que en el caso de las autoridades administrativas es estricto, en razón a que éstas se encuentran sujetas, como todas las autoridades públicas y servidores públicos en el país, a la Constitución y a la ley, más no gozan de la autonomía que se predica de las autoridades judiciales, en virtud de la cual les es permitido a estas últimas apartarse del precedente judicial impuesto por las Altas Cortes en ciertos casos excepcionales y razonablemente justificados” (2011, p. 53-54).

Para el alto Tribunal Constitucional, la norma que contiene la regla de aplicación del precedente ante autoridades administrativas es un mecanismo que pretende agilizar y descongestionar la justicia, lo cual es un fin avalado por la Constitución. Para esta Corporación, el conocimiento y acatamiento del precedente, garantiza los derechos al debido proceso y a la igualdad de todos ante la ley, además de obedecer al principio de legalidad, ya que las Cortes fijan el alcance y contenido de las normas constitucionales y legales. Para esta Corporación el desconocimiento del precedente puede generar responsabilidad en los servidores públicos. La Corte en este fallo, proclamó el valor de sus propias decisiones, las cuales no habían sido incluidas, pues solo se mencionaba la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa, por lo que declaró la exequibilidad condicionada del aparte “*en materia ordinaria o contenciosa administrativa*” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido que los

precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional. Con lo anterior queda claro que en Colombia el precedente judicial es aquel producido por las Cortes de cierre en cada jurisdicción. Aunado a lo anterior, el artículo 115 ibídem, consagró la facultad de los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998. Teniendo en cuenta que estas corporaciones producen precedente en Colombia, lo cierto es que esta norma establece el precedente vertical como aquel que se debe observar por los funcionarios de menor jerarquía, al tiempo que reafirma figuras como la doctrina probable en aras de otorgar herramientas de disciplina jurisprudencial. Si bien, la ley antes comentada actualmente no se encuentra vigente, las normas que en ella se consagraron fueron recogidas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y por el Código General del Proceso.

Ahora bien, la transformación más trascendental que ha sufrido el Consejo de Estado desde su creación, fue provocada por la expedición de la Ley 1437 de 2011, donde se introdujeron nuevas figuras procesales de gran importancia para el afianzamiento del precedente judicial en Colombia, previsiones que no tenían antecedente en el derecho administrativo nacional –sin contar la derogada Ley 1395 de 2010. El artículo 10¹¹ ibídem, reguló lo concerniente a la aplicación analógica de los fallos del Consejo de Estado en los asuntos que deben ser decididos por autoridades administrativas. Así mismo, el artículo 102¹² de la citada normativa, prevé la

¹¹ Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

¹² Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la

extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. El artículo 256¹³ y siguientes de la ley en mención, dispusieron el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Y finalmente, el artículo 270¹⁴, consagró las sentencias que deben entenderse como de unificación jurisprudencial. En los subcapítulos siguientes, se hará un análisis con mayor profundidad del precedente contencioso administrativo ante las autoridades administrativas y ante las autoridades judiciales.

Santofimio Gamboa, hablando del caso del derecho administrativo colombiano antes de

que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

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

¹³ Artículo 256. Fines. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

¹⁴ Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

la reforma adoptada mediante la Ley 1437 de 2011¹⁵, dijo:

“Esta postura formal y excluyente ha venido en los últimos años siendo recogida en favor de una tesis mucho más amplia y dinámica en la conformación de las bases sustentadoras del sistema positivo, dentro de la cual se retoma el concepto anglosajón de precedente, se le reconoce su procedencia a la actividad propiamente administrativa, bajo las estructuras jurídicas del sistema continental o europeo del derecho administrativo, no como excluyentes de la legalidad, sino como creadoras autónomas de reglas, principios y conceptos precisamente para hacer viable bajo contexto de seguridad jurídica, buena fe, igualdad, el principio de legalidad” (2010, p. 135).

Un artículo publicado en el periódico especializado *Ámbito Jurídico* en el año 2011 denominado “la obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley”, que refleja la inquietud del momento ante las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, recién expedidas, generó una discusión en torno a la legalización de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. El texto en cita, hace un análisis partiendo de las normas que se refieren de manera expresa al precedente. Aduce que uno de los aspectos más polémicos de la obligatoriedad del precedente es la limitación que tendrían los jueces para interpretar el ordenamiento, aplicar la ley y resolver los casos que se someten a su consideración. Sin embargo, dicho margen de maniobra, en principio, estaría garantizado. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el precedente puede inaplicarse, siempre y cuando se expongan clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican la decisión (Sentencia C-836/01). Se continúa sosteniendo que ese temor se origina en pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha advertido que los jueces que se aparten de sus decisiones podrían incurrir en una conducta delictiva. Pero, la propia Corte ha aclarado que el solo hecho de desafiar sus fallos no es delito, a menos que se trate de sentencias de control de constitucionalidad o que el desconocimiento de la jurisprudencia implique la infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general. Similares consideraciones podrían aplicarse a las sentencias de unificación del Consejo de Estado (*Ámbito Jurídico*, 2011).

¹⁵ Ponencia presentada a: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010.

La discusión planteada, refleja los cambios y transformaciones que en materia de precedente jurisprudencial introdujo la Corte Constitucional y el legislador al hacer extensivos los pronunciamientos del Consejo de Estado, con fundamento en el valor vinculante que tienen sus sentencias, no solamente aquellas dictadas en ejercicio de la facultad de unificación, sino aquellas mediante las cuales fija reglas jurisprudenciales creando precedente, como se verá en los subcapítulos siguientes.

2.2. Obligatoriedad del precedente ante las autoridades administrativas.

Una de las novedades introducida con la Ley 1395 de 2010 y ahora en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que no tenía referente legal anterior, es la obligación que tienen las autoridades públicas –entendidas todas aquellas que conforman las ramas del poder público–, de observar en sus decisiones los precedentes judiciales emitidos por el Consejo de Estado. En la actualidad, varias normas incluidas en la Ley 1437 de 2011 establecen mecanismos que les permiten a los usuarios de la Administración hacer extensivos los fallos del Consejo de Estado en caso de haber unificado criterios o haber señalado precedente judicial. Igualmente, imponen la carga a la autoridad de observar de forma obligatoria las decisiones de este tribunal de cierre y además las proferidas por la Corte Constitucional –condición introducida por esta Corporación al analizar la constitucionalidad de las normas que contienen tal previsión–. En este subcapítulo, se desarrollará el tema de la extensión del precedente judicial a todos los poderes públicos como una garantía del derecho a la igualdad de los administrados y en aseguramiento de principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima. Para abordar este tema, se analizarán las normas que introdujeron este fenómeno en el ámbito jurídico nacional, iniciando con la Ley 1395 de 2010 y aquellas que están vigentes incluidas en la Ley 1437 de 2011, haciendo unas precisiones doctrinales y jurisprudenciales del manejo actual de la vinculación de la administración con el poder judicial.

Para Santaella Quintero, diversas circunstancias han hecho que la fuerza vinculante del precedente trascienda las fronteras puramente judiciales y sus contornos se amplíen de manera

progresiva a los demás poderes públicos. Para este autor, “consecuencia de esta tendencia es que la teoría de los precedentes construida por la Corte Constitucional ha terminado por reconocer la fuerza vinculante de toda la jurisprudencia (de las altas Cortes, esencialmente) frente a todos los poderes públicos” (2014, p. 148-149). Así las cosas, el precedente no vincula únicamente a los jueces de la república, sino también a la Administración pública. Esto se evidenció inicialmente en la Ley 1395 de 2010 en la cual se consagró en su artículo 114 –actualmente derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011-, lo siguiente:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales *que en materia ordinaria o contenciosa administrativa*, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”.

La norma transcrita volvía a utilizar viejas reglas numéricas, que darían la impresión que para el legislador ofrecen cierto margen de estabilidad a la decisión judicial. Sin embargo, no tienen relación con conceptos introducidos por la Corte Constitucional como el del precedente o sentencias de unificación, que no implican una reiteración en la decisión, sino más bien la adopción de una *ratio decidendi* por los órganos de cierre mediante la cual se definen criterios objetivos para la resolución de los casos. Para Santofimio Gamboa, la intención de esta norma de reconocer el precedente en temas puntuales para el logro de la coherencia de las decisiones de la Administración, se puede frustrar al prescribirse que el precedente se crea con la reiteración de decisiones en un número predeterminado, dejando de lado la elaboración de una *ratio decidendi* razonada con independencia del número de veces que se hubiese invocado por la jurisprudencia. Este autor afirma lo siguiente:

“No puede confundir la norma el precedente con la costumbre y la práctica judicial. El precedente como razón de ser de la decisión en relación con los hechos y circunstancias del litigio, esto es, como instrumento de control de la aplicación de las normas, no tiene que encontrar su justificación en la repetición o reiteración para operar, para ser mejor en lo propuesto en relación con la

solución del caso respectivo, sino que encuentra su validez en la consolidación que ofrezca la *ratio decidendi* respecto a una construcción jurídica que merece proyectarse en el tiempo para permitir la plena efectividad de los principios de seguridad jurídica (confianza legítima) e igualdad ante la ley” (2010, p. 148).

Pese a la crítica y la poca claridad demostrada por el legislador, en la Ley 1395 de 2010, frente a la doctrina del precedente judicial ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, lo verdaderamente rescatable de la norma comentada es la sujeción de la Administración pública al precedente judicial, lo cual ya había sido manifestando por la Corte en fallos anteriores a la expedición de dicha previsión. En principio, eso podría verse como una intromisión de la rama judicial en la labor que deben desarrollar las otras ramas del poder público, sin embargo, para López Medina “El propósito evidente de esta norma consistía en obligar a las autoridades administrativas a aceptar las interpretaciones judiciales ya consolidadas de tal manera que las aplicaran *ex ante*, en sede administrativa, en vez de forzar por vía de litigio una nueva decisión judicial. Esta norma buscaba, pues, que la interpretación judicial clara y estable de las normas legales se “incorporara” directamente a la actividad administrativa, reduciendo así el número de casos en que los jueces (casi siempre los de la especialidad contenciosa administrativa) meramente se limitaban a confirmar doctrinas ya claras” (López Medina, Eslabones del Derecho, 2016, p. 116-117). Así las cosas, lo que pretendió el legislador fue procurar un cumplimiento armónico y coherente en las funciones de los órganos estatales, pues dada la labor de unificación e interpretación y de fijación de precedentes por parte de las altas Cortes, sus decisiones se convierten indefectiblemente en reglas jurídicas aplicables a todas las determinaciones que se adopten en este caso, por las autoridades administrativas.

El artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, fue objeto de examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-539 de 2011, en la cual se declaró exequible la expresión “*que en materia ordinaria o contenciosa administrativa*”, condicionada a que se debía entender que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional. Ahora bien, en cuanto al tema del precedente dijo el alto Tribunal:

“El problema jurídico planteado hace referencia directa a la aplicación del precedente judicial en materia administrativa, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, y no a la aplicación del precedente en materia judicial. Estos problemas, si bien presentan unos elementos comunes, como se puso en evidencia en el recuento jurisprudencial realizado en la parte motiva de esta sentencia, constituyen situaciones jurídicas bien distintas, tanto por los sujetos obligados a aplicar el precedente, que en este caso son las autoridades administrativas, como por el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial, que en el caso de las autoridades administrativas es estricto, en razón a que éstas se encuentran sujetas, como todas las autoridades públicas y servidores públicos en el país, a la Constitución y a la ley, más no gozan de la autonomía que se predica de las autoridades judiciales, en virtud de la cual les es permitido a estas últimas apartarse del precedente judicial impuesto por las Altas Cortes en ciertos casos excepcionales y razonablemente justificados” (2011, p. 54).

López Medina, considera que como consecuencia de estas interpretaciones condicionadas de la Corte Constitucional, el precedente en general resulta obligatorio para las autoridades administrativas de forma más estricta que para las autoridades judiciales, además, esta obligación administrativa de obediencia cubre, no solamente las sentencias del Consejo de Estado, sino también (y especialmente) las de la Corte Constitucional, y además, las de las demás altas Cortes (Eslabones del Derecho, 2016, p. 128). Así, en consideración de la Corte Constitucional existe una mayor sujeción de las autoridades administrativas a las decisiones de las Cortes de cierre, lo cual se explica por la inexistencia de una norma que les otorgue autonomía e independencia, como quedó previsto para los jueces de la república.

Siguiendo con el devenir normativo, pasamos ahora a la Ley 1437 de 2011, la cual contiene varias normas todas ellas tendientes a crear una disciplina jurisprudencial en la Administración pública. El artículo 3 de la normativa en mención, señala que “en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento”. En armonía con esta norma, se encuentra el artículo 10 *ibídem*, que reza que “al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”. Esta norma evoca el

derogado artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, pero enmendando los errores advertidos, pues aquí no se incluye la fórmula numérica, ni se delimitan los asuntos en los cuales se deben observar los precedentes. Y al igual que acaeció con el mencionado artículo 114, la Corte¹⁶ tuvo que proclamar la obligación por parte de las autoridades administrativas de observar de manera preferente sus decisiones, donde se 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. Esta norma genera para la Administración una sujeción estricta a los precedentes, y así lo entendió la Corte Constitucional en la Sentencia C-634 de 2011, donde manifestó que “cuando se trata de autoridades administrativas... habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la Administración” (2011, p. 34). Para Hernández Becerra, “la Administración está llamada a decidir, oficiosamente, de conformidad con las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, esta es su obligación, que deberá cumplir sin necesidad de que el interesado esté obligado a realizar trámites especiales” (2011, p. 242). Con el anterior Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, las autoridades administrativas gozaban de especial prestigio y confort, ya que las controversias que se presentaban en estas instancias, debían ser resueltas por vía judicial, dejando al juez de turno la armonización de las diversas normas de derecho aplicable al caso en concreto. Es precisamente con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial la Sentencia C-836 de 2001 y la C- 335 de 2008, así como la expedición de la Ley 1437 de 2011, que se traslada la discusión de la obligatoriedad del precedente judicial a la esfera de la función administrativa.

Por su parte, el artículo 102 del mismo código regula el procedimiento administrativo para que las personas soliciten ante las autoridades que se les extiendan los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un

¹⁶ Sentencia C-634 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

derecho, siempre que acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. El legislador al haber vinculado a las autoridades administrativas les impuso el deber de observancia de las decisiones de unificación del Consejo de Estado, con la finalidad de evitar que ante la identidad de presupuestos fácticos y jurídicos, las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de derechos que ya han sido aceptados de manera previa en sede judicial. El procedimiento administrativo de extensión de los efectos de un precedente, se diferencia del deber general de observancia de la jurisprudencia –artículo 10 ibídem-, debido al carácter no oficioso de la extensión en la instancia administrativa. La anterior afirmación resulta de los términos del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el cual se indica que es precisamente el interesado sobre quien recae la obligación de realizar la petición de extensión de efectos de la sentencia, con el cumplimiento de los requisitos previsto en la norma. Hay dos observaciones que hacer frente a esta norma: la primera, que la extensión debe hacerse frente a las sentencias de unificación, las cuales están delimitadas en la ley comentada –artículo 270-, y son las decisiones proferidas por el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión de las acciones populares y de grupo. Sin embargo, como se verá en el capítulo siguiente, el mismo Consejo de Estado, ha ampliado el concepto de sentencias vinculantes. En segundo lugar, al igual que ocurrió con los artículos atrás analizados, la Corte Constitucional también examinó esta norma y declaró su exequibilidad condicionada mediante la Sentencia C-816 de 2011 advirtiendo nuevamente que las autoridades administrativas deberán observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Finalmente mediante el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, la ley consagró un procedimiento especial en caso de que la Administración niegue la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o guarde silencio. Cuando esto ocurra, el interesado pueda acudir ante el Consejo de Estado para que esta Corporación, previo un trámite que incluye el traslado a la Administración para que se pronuncie, ordene la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta norma está ligada al procedimiento de extensión en vía administrativa contenido en el artículo 102 ya visto. Ahora bien, ambas normas

permiten el apartamiento de la Administración al precedente, en los siguientes casos:

- “1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269”.

Como se observa, la carga argumentativa de la Administración pública para negar la extensión de jurisprudencia está circunscrita en la ley a situaciones ajenas a la discrecionalidad o la autonomía en la decisión. En el primer caso, se debe a aspectos probatorios que deben quedar claramente expuestos; en el segundo obedece a la falta de identidad fáctica y jurídica entre el caso nuevo y el contenido en la sentencia cuya aplicación se solicita, es decir, que el caso del interesado no guarde relación con el precedente, y finalmente en el tercer caso, obedece a una discrepancia de interpretación entre la administración y aquella dada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación. Esta última hipótesis, ocurrirá de forma excepcional si se tiene en cuenta que es precisamente la interpretación de las altas Cortes las que definen el alcance y contenido de las normas legales y constitucionales, así que variar el sentido –o desconocerlo- definido por quienes además son las corporaciones competentes y autorizadas para interpretar, será una labor colosal a la que no se le augura mucha prosperidad.

Para Santaella Quintero, existen tres momentos, en la jurisprudencia y en la ley, en los cuales se ha desarrollado la mayor o menor vinculación de la administración pública a los precedentes judiciales. El primero obedece a una vinculación relativa de la Administración, el segundo a una sujeción absoluta, y el tercero a un planteamiento intermedio (2014, p. 153- 157). Este doctrinante trae a colación las Sentencias T-566 de 1998, T-569 de 2001 y SU- 1122 de

2001, en las cuales la Corte Constitucional reconoce que la autoridad administrativa puede apartarse de las decisiones judiciales siempre que justifique tal determinación con argumentos contundentes, dejando a salvo las sentencias expedidas con base en el artículo 243 Constitucional, de obligatoria observancia. Posteriormente, viene el momento de la sujeción absoluta de la Administración a la jurisprudencia, lo cual ya se evidenció párrafos atrás con las Sentencias C-539 de 2011 y C-634 del mismo año, donde la Corte Constitucional manifestó que “...las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada” (Sentencia C-539 de 2011, p. 31). La Corte hace con esto una diferenciación entre las autoridades judiciales y las administrativas, arguyendo que en el primer caso estas gozan de autonomía e independencia derivada de la misma carta constitucional, principios que no fueron otorgados por el constituyente a las autoridades administrativas, las cuales están sujetas a la ley y a la Constitución para el cumplimiento de sus funciones, es decir, no tienen ese margen de liberalidad o libertad relativa de que goza la decisión judicial. Así, no queda otra opción a la Administración pública que aplicar el precedente sin que pueda apartarse del mismo, so pena de incurrir en sanciones de índole penal o disciplinaria. Esta sujeción estricta tiene respaldo en la Ley 1437 de 2011 y en las interpretaciones que de ella ha hecho la Corte Constitucional, según se vio. Para Santaella Quintero, esta posición tiene varios problemas: de un lado, sin fundamento jurídico claro otorga carácter prevalente a las interpretaciones judiciales y, de otro lado, termina por reducir el papel de la Administración al de “mero aplicador o “boca” de los precedentes; algo que no solo riñe con su legitimidad democrática, sino también con su legitimidad técnica (derivada de sus conocimientos especializados –meritocracia-) y con la dificultad propia de muchas de las responsabilidades a su cargo” (2014, p. 157). Pese a estas consideraciones del autor, que sin duda defiende la labor de la administración como un actor principal de la problemática social, económica y política de la sociedad (2014, p. 157), lo cierto es que la sujeción estricta a los precedentes obedece al cumplimiento de principios superiores como el derecho al trato en igualdad de condiciones de los administrados, la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, que imponen una actuación uniforme y coherente por parte del Estado. Además, considerando que las altas Cortes mediante sus fallos crean verdaderas subreglas, la administración debe aplicar los fallos judiciales

del mismo modo que debe cumplir la constitución y la ley. El tercer momento jurisprudencial supone un planteamiento intermedio, el cual fue adoptado en la Sentencia C-816 de 2011, mediante la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 102 parcial de la Ley 1437 de 2011. De acuerdo con este autor, la Corte Constitucional en este fallo reitera que las autoridades administrativas no pueden ignorar las decisiones jurisprudenciales en las cuales se hayan señalado reglas aplicables por analogía a los casos que aquellas deben conocer. Sin embargo estas pueden disentir y apartarse de forma razonada de los precedentes vinculantes, en virtud del reconocimiento de la autonomía que ostenta la administración. La Corte así se manifestó con relación a este tema:

“Al igual que en el ámbito de lo judicial, el apartamiento administrativo de la decisión judicial precedente se halla reglado, debiendo ser expreso y razonado. El artículo 102 citado, prescribe los fundamentos admisibles de una decisión negativa a la solicitud de extensión jurisprudencial: (i) necesidad de un período probatorio para refutar la pretensión del demandante; (ii) falta de identidad entre la situación jurídica del solicitante y la resuelta en la sentencia de unificación invocada; (iii) discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto de las normas aplicables -quien podrá decidirla, con “los mismos efectos del fallo aplicado” (Art 269, Ley 1427/11)-. En todo caso, la negación de la solicitud de extensión jurisprudencial debe ser suficientemente motivada por la autoridad administrativa competente, al igual que ocurre cuando un juez se aparta de la jurisprudencia vinculante.

En suma, la autonomía de las autoridades de la Administración respecto del precedente judicial, basada en la separación de los poderes y el principio de legalidad, halla reconocimiento en esta posibilidad de apartamiento administrativo, removiendo así la objeción constitucional planteada” (Sentencia C-816 de 2011, p. 40).

El alto tribunal tiene razón, en cuanto a que fue la misma Ley 1437 de 2011 que consagró a favor de la administración unas hipótesis –artículo 102 ib.-, que más que permitirle un apartamiento del precedente, impiden su aplicación por razones objetivas y taxativas. La primera, referente a la necesidad de probar el derecho, hecho que no tiene nada que ver con una potestad razonada de desconocimiento de la regla jurisprudencial; la segunda, por la falta de identidad entre el caso del petente y el precedente, lo cual también es una simple constatación de identidad fáctica y jurídica, y finalmente la tercera razón, quizás donde podría radicar una verdadera

posibilidad de alejamiento en términos similares a la otorgada a los jueces, que se produce cuando hay discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto de las normas aplicables. Sin embargo, se considera que permitirle a la administración apartarse de la interpretación autorizada efectuada por los órganos judiciales de cierre, es un contrasentido y revalúa la postura de la misma Corte frente a la facultad autorizada y exclusiva que recae en estas corporaciones para interpretar la Constitución y la Ley. Pues si no hay nadie más, aparte de las altas Cortes, que pueda hacerlo con autoridad vinculante, cómo puede la autoridad pública, obligada a cumplir la constitución y la ley, discrepar de dicha interpretación.

Se deja al lector la inquietud acerca del alcance del apartamiento del precedente por parte de la administración, siendo claro que este fenómeno apenas está generando discusión académica por ser una situación recién introducida en la legislación nacional, y que hasta el momento ha tenido poco desarrollo jurisprudencial y doctrinal. No obstante, conviene decir que la sujeción estricta garantiza en mejor medida la coherencia del sistema jurídico, además que responde al carácter de fuente de derecho que se ha pretendido dar a la jurisprudencia de las altas cortes. No hay mejor garantía en el ejercicio de la igualdad, la certeza jurídica, la buena fe, la confianza legítima y la efectividad de los derechos fundamentales, que el ejercicio de las funciones de una entidad estatal conforme a los causes trazados por las autoridades judiciales al momento de actualizar las normas generales. El buen funcionamiento del Estado, en parte depende de que las autoridades administrativas respeten las líneas jurisprudenciales trazadas en los eventos considerados como indiscutibles ante la misma instancia judicial, que finalmente es quien tiene la competencia para dirimir estas controversias. Al tiempo que esto obedece a criterios prácticos en la resolución de las peticiones, también ayuda a descongestionar la justicia¹⁷. Cuando la Administración es vigilada por los jueces de la República, y éstos ya han establecido criterios de orden constante en la interpretación y análisis hermenéutico de referentes jurídicos establecidos, lo más apropiado para la función administrativa, es el hacer buena acogida de estos, con lo cual se garantiza la estabilidad y fuerza ejecutoria a los contextos moldeados desde las decisiones administrativas.

¹⁷ Que fue la consideración para que desde la Ley 1395 de 2010 se consagrara esta clase de disposiciones, según se lee en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Ministro del Interior y de Justicia, para justificar la necesidad de la existencia de esta clase de norma (Hoyos Duque, 2011, p. 460).

2.3. Obligatoriedad del precedente ante las autoridades judiciales.

Dentro de las exigencias que motivaron la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Gaceta del Congreso 1173, 2009), estaba la de la actualización de las instituciones del derecho administrativo, con la finalidad de poder aplicar mecanismos eficaces y sencillos que posibilitaran la realización de las garantías y principios constitucionales. Uno de los principales temas de la Comisión de Reforma, fue precisamente el de la función de unificación jurisprudencial, la cual buscó fortalecer las providencias del Consejo de Estado, con el objetivo de proteger los derechos, garantizar la seguridad jurídica, y brindar coherencia al sistema judicial de esta jurisdicción especial (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014, p. 23). Se creó en la ley la categoría de sentencia de unificación jurisprudencial y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, al tiempo que se propusieron mecanismo de unificación interna con la finalidad de eliminar cualquier tipo de incoherencia o tratamiento diverso ante casos iguales, función a cargo de la Sala Plena, así como el de unificar las diferencias surgidas entre las secciones de la corporación. De manera similar, se buscó que la sala plena de sección unificara criterios de las subsecciones en caso de diferencias entre ellas. Por último, se facultó al Consejo de Estado, para que avocara el conocimiento de los asuntos tramitados en los tribunales administrativos, ya sea debido a su importancia jurídica, trascendencia económica o social, o ante la necesidad de sentar jurisprudencia, que amerite la expedición de sentencias de unificación jurisprudencial. En este orden de ideas, en este subcapítulo se analizará, a la luz de la Ley 1437 de 2011, el carácter obligatorio y vinculante de los fallos del Consejo de Estado ante las autoridades judiciales.

2.3.1. Precisiones terminológicas

La ley, la jurisprudencia y la doctrina han empleado varios términos, todos ellos referidos a la decisión judicial, que pueden generar cierta confusión, sobre todo cuando de su fuerza vinculante se trata. Las primeras referencias relacionadas con la fuerza vinculante de la jurisprudencia, se encuentran en normas decimonónicas que fueron analizadas en el capítulo

primero, mediante las cuales se adoptaron términos como la doctrina legal más probable¹⁸, que implicaba la existencia de tres decisiones uniformes. Posteriormente, se cambió el término al de doctrina legal¹⁹, la cual se constituía con dos decisiones uniformes. Finalmente, se instituyó la doctrina probable²⁰ que estaba compuesta por tres decisiones uniformes –las decisiones en estos casos, eran proferidas por la Corte Suprema de Justicia -. Indistintamente del origen de cada una de las instituciones mencionadas, para López Medina la jurisprudencia de la época tenía mero valor indicativo salvo que se convirtiera en doctrina; sin embargo, si ello ocurría la doctrina no se volvía precedente obligatorio (El Derecho de los Jueces, 2009, p. 5). Posteriormente, la Ley 153 de 1887 - artículo 8- , hizo mención de la doctrina constitucional, terminología recogida por la Corte Constitucional en los casos de revisión de los fallos de tutela mediante los cuales unifica a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, doctrina que resulta obligatoria, en consideración de la Corte, para los jueces en todos los casos en que no haya normas legales exactamente aplicables al caso controvertido (Sentencia T-175 de 1997). El término “doctrina” era asociado a los “principios u opiniones” y no necesariamente a las decisiones (López Medina, El Derecho de los Jueces, 2009, p. 15).

La Corte Constitucional introdujo varios conceptos, como el de línea jurisprudencial, disciplina jurisprudencial y precedente. Todos ellos, dentro de un proceso de evolución camino a la instalación de la jurisprudencia como fuente de derecho. Posteriormente el Consejo de Estado, también adoptó y desarrolló expresiones como precedente y sentencia de unificación. Como se analizó con anterioridad, la Ley 1395 de 2010 hablaba de la vinculación de los jueces y las autoridades administrativas a los precedentes, y la Ley 1437 de 2011 introdujo el término de sentencia de unificación. El Consejo de Estado, Sección Quinta, definió lo que se debía entender como precedente, alejando esta expresión de las consabidas reiteraciones jurisprudenciales propias de las “doctrinas”. Así sentó su posición este alto tribunal:

“La Sala de Sección, en este punto, quiere rectificar su criterio, pues, en algunos de sus fallos,

¹⁸ Artículo 10 de la Ley 153 de 1887.

¹⁹ Artículo 371 de la Ley 105 de 1890.

²⁰ Artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

ha manifestado que el precedente lo constituye un número plural de decisiones que fijen o reiteren una subregla de derecho aplicada a casos con supuestos iguales o similares a los que se presentan a definición del juez. Exigencia que ha surgido, a partir de la lectura de ciertas providencias de la Corte Constitucional que se refieren a un número plural de decisiones, pese a que en otras se refiere a un único fallo. Se quiere llamar la atención sobre este aspecto, pues basta una única providencia para que se pueda hablar de precedente, así lo reconoció esta Sala en decisión reciente, al indicar que el precedente... es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la *ratio decidendi* constituye la regla... En realidad, para precisar lo dicho en esa oportunidad, el precedente lo constituye la *ratio* de la decisión, entendida como aquella regla o subregla que permite definir o resolver al juez el asunto sometido a su discernimiento, es la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto” (Consejo de Estado - Sección Quinta. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de fecha 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02690-01(AC))

En una investigación adelantada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, frente al tema de las sentencias de unificación, se manifestó:

“De acuerdo con la definición anterior esta clase de sentencias escapa a la simple noción de jurisprudencia o de línea jurisprudencial, en la medida en que se les otorga el carácter de orientadoras de las decisiones que se profieran sobre casos similares sometidos a idénticos supuestos fácticos y jurídicos, por la administración o por la autoridad judicial. En dichas decisiones se efectúa una interpretación de un derecho preexistente y se orienta su aplicación a determinados casos, con el ánimo de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad, los cuales se materializan con la aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia del Consejo de Estado” (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014, p. 30).

A partir de los desarrollos legales y jurisprudenciales, se encuentra en las decisiones del Consejo de Estado conceptualizaciones propias de estos términos. Este alto Tribunal se ha encargado de hacer precisiones terminológicas, necesarias ante las nuevas características dadas a sus fallos en la Ley 1437 de 2011, como cuando en el artículo 270 se definen los casos en los

cuales se crean sentencias de unificación²¹. Además, esta misma Corporación ha expresado que existen otros pronunciamientos que constituyen precedente, es decir, revisten carácter obligatorio, y se trata de decisiones mediante las cuales el Consejo de Estado define reglas jurídicas que deben ser observadas por los inferiores, expresando que las nuevas figuras procesales consagradas en la ley son aplicables no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial que allí se definen, sino también a todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado, entendido como una sentencia en la cual esta Corporación haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, sea que se haya desarrollado en una línea jurisprudencial o no, y siempre que se encuentre vigente y actualizada en tanto postura jurisprudencial del Consejo de Estado (Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de fecha 9 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01123- 00(2647-13)).

2.3.2. Unificación jurisprudencial en la Ley 1437 de 2011

La Ley 1437 de 2011 introdujo en el ámbito jurídico nacional un cambio trascendental y contundente en el sistema de fuentes del derecho. Lo anterior, como desarrollo de los fines y principios de la Constitución Política de 1991, que propende por el logro de la justicia material, lo cual le asigna un papel de especial importancia a la administración de justicia en la protección de los derechos de los administrados. En los debates del Senado y la Cámara de Representantes, donde se discutió el proyecto de Ley 198 de 2009 y 135 de 2010, respectivamente, que daría lugar a la ley en comento, se estableció la necesidad de i) hacer efectivo el respeto a las decisiones judiciales y a su cumplimiento (Gaceta del Congreso 264, 2010), y ii) de establecer un recurso extraordinario de anulación o de unificación jurisprudencial (Gaceta del Congreso 683, 2010).

Así, la exposición de motivos del proyecto de ley 198 de 2009 contenido en la Gaceta del

²¹ Con la aclaración realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, relativa a que en el concepto de sentencias de unificación jurisprudencial quedaron incluidas no solo las que se empezaron a expedir con posterioridad a la Ley 1437 de 2011, si también las que con anterioridad a esta ley fueron proferidas por el Consejo de Estado en pleno o a través de sus secciones, pues la facultad de unificación es connatural a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y es otorga por el artículo 237 de la Constitución Política (Consejo de Estado, Rad. 2177, 10 de diciembre de 2013).

Congreso 1173 de 2009, se refiere a la necesidad de establecer mecanismos de unificación jurisprudencial que aseguren el acatamiento de las decisiones judiciales, manifestando que para garantizar su respeto, se deben crear mecanismos como el derecho a solicitar la extensión y adaptación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en un fallo de unificación jurisprudencial en el que se haya reconocido una situación jurídica, siempre que, en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado (Sala de Consulta y Servicio Civil, 2014, p. 24). El trasfondo de la discusión que se suscitó en el legislativo en torno a la unificación de las decisiones del Consejo de Estado fue la necesidad de proteger el derecho a la igualdad constitucional, el cual lleva implícito el tratamiento igualitario de las personas ante la administración y el deber por parte de las autoridades de la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Esto obliga a las autoridades a resolver de manera igual aquellos casos iguales, observando para el efecto las decisiones judiciales emitidas, tanto las de constitucionalidad, como las sentencias de unificación y los precedentes del Consejo de Estado. Este principio de “aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia”, quedó contenido en el artículo 10 de Ley 1437 de 2011. Dicho pensamiento fue recogido por el Consejo de Estado en el Auto de abril 12 de 2013, dentro del radicado 2013-00019, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, así:

“Pues bien, ese cuestionamiento tiene su génesis en el principio de igualdad, el que se ha hecho operativo a través de un derecho, y a su vez, se ha subdividido en dos garantías a saber: igualdad ante la Ley e igualdad de trato por parte de las autoridades. Esta última, impone un deber a todo el aparato estatal, que consiste en hacer material ese igual trato propugnado, y ello debe ser observado por todas las instituciones públicas en cumplimiento de sus deberes, y el órgano jurisdiccional no escapa de ello. Por lo tanto, en el ejercicio de la administración de justicia, debe observarse con sigilo la realización de este principio, y ello se materializa a la hora de proferir decisiones en conflictos jurídicos puestos a su consideración, en los que se tendrá a la Jurisprudencia, como eje clave para la resolución de esos asuntos, pues en la medida en que se presente una misma situación de hecho y de derecho, se acudirá a ella para darle solución en derecho y en justicia a los conflictos”.

Ahora bien, con las sentencias de unificación, se pretendió por parte del legislador materializar el principio de igualdad de trato de los asociados y el principio de seguridad jurídica.

El artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 establece como fuentes objetivas de las sentencias de unificación jurisprudencial, las siguientes:

i) Las que se expidan o hayan expedido por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Esto obedece, a una función que la ley le ha asignado a la Sala Plena del Consejo de Estado, en relación con los asuntos tratados por las Secciones de la Corporación, así como de las Secciones en relación con los asuntos tratados en las Subsecciones y Tribunales Administrativos. Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, la función de unificación jurisprudencial, era realizada por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, así como por las secciones que a su vez se dividían en subsecciones, tanto por mandato legal como en virtud del Reglamento del Consejo de Estado, en su momento el Acuerdo 58 de 1999, el Acuerdo 55 de 2003 y el Acuerdo 140 de 2010, en donde se les atribuyó de manera expresa la función de unificación jurisprudencial en los asuntos que conocieren. Los eventos o razones para unificar jurisprudencia, consagrados en este primer ítem, han sido conceptualizados por el alto Tribunal Contencioso Administrativo de la siguiente manera:

“El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) fija tres razones por las cuales se puede llegar a una sentencia de unificación jurisprudencial, a saber: a) dada la importancia jurídica del asunto, b) en razón a la trascendencia económica o social del tema y, finalmente, c) por la necesidad de sentar jurisprudencia.

Si bien pueden presentarse casos en los cuales confluyan varias de estas razones para que la Sala Plena de lo Contencioso o las Secciones unifiquen jurisprudencia en aras de la claridad conceptual del discurso argumentativo conviene mencionar brevemente algunos elementos característicos y diferenciadores entre estos conceptos.

Así, en cuanto al primero de los mencionados, la importancia jurídica del asunto, es claro que el motivo determinante en dicho concepto es la necesidad que ve la respectiva Sala abordar un tema que reviste un interés jurídico superlativo dada su novedad, dificultad teórica y/o práctica o impacto sobre el ordenamiento jurídico (...)

La trascendencia económica o social pone acento en una cuestión de carácter extrajurídico, pues lo que motiva esta causal no es tanto la connotación jurídica de un asunto sino las repercusiones que en los ámbitos económico y social puede generar una decisión... Se trata de una causal que va más allá de la habitual función judicial, pues mediante ella se invita a la Sala con competencia unificadora a debatir y tomar consciencia de la realidad que envuelve un pleito, todo ello sin apartarse del estricto apego al derecho. (...)

Finalmente, se encuentra la necesidad de sentar jurisprudencia como causal de una decisión de unificación. Sobre este punto, es preciso señalar que por conducto de esta causal se pretende establecer criterios uniformes sobre el entendimiento de cierta problemática jurídica cuando se ha podido verificar una disparidad de razonamientos sobre un mismo asunto en los diversos niveles de la jurisdicción. Mediante esta causal se revalida una de las funciones más relevantes del precedente judicial cual es el de generar seguridad jurídica pues la Sala se ocupará de interpretar de manera unificada el ordenamiento sobre determinado tema o problema jurídico y a partir de allí, vía aplicación del precedente de una sentencia de unificación, se impondrá a los demás partícipes de la práctica jurídica seguir este criterio de interpretación” (Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de fecha 26 de marzo de 2015. Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)).

ii) Las que se expidan o hayan expedido al decidir recursos extraordinarios. La Ley 1437 de 2011 reguló el recurso extraordinario de revisión, así como el de unificación jurisprudencial, establecidos en los artículos 248 a 255 y 256 y siguientes, respectivamente. El primero de los recursos mencionados, procede contra las sentencias que se hayan proferido con desconocimiento de material probatorio decisivo, por haberse obtenido de manera ilícita, o por carecer del derecho reconocido, conservándose en esta nueva disposición la misma esencia otorgada al recurso por la regulación anterior (Decreto 01 de 1984). El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial se orienta a rescatar el carácter unificador de los fallos del Consejo de Estado, buscando asegurar la unidad de interpretación del derecho y su aplicación uniforme.

iii) Las relativas al mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo. Mediante esta modalidad se busca el fortalecimiento de la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, así como la aplicabilidad y consulta del precedente judicial

horizontal y vertical, especialmente cuando existen interpretaciones divergentes entre los tribunales o cuando se produce apartamiento de una sentencia de unificación o de jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

Por lo demás, conviene indicar que las sentencias de unificación jurisprudencial son, por voluntad del legislador, herramientas autónomas para la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos. De allí que se hayan establecido como mecanismos de activación judicial y administrativa, así:

i) El desconocimiento de las sentencias de unificación por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda o única instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art. 256 y ss.);

ii) El desconocimiento por los Tribunales Administrativos de las sentencias de unificación también es causal para solicitar la revisión de acciones populares o de grupo (art. 272 y ss.);

iii) La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendientes de fallo en las Secciones que la componen y que estas últimas hagan lo propio en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus Subsecciones o en los Tribunales Administrativos (artículo 271);

iv) Las sentencias de unificación jurisprudencial deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para la presentación de propuestas de conciliación y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, párrafo).

Lo anterior otorga un papel fundamental a las sentencias de unificación para la protección de derechos en el ámbito judicial y administrativo, pues además de tener carácter vinculante frente a las autoridades públicas, cuenta con un instrumento autónomo y novedoso para garantizar su acatamiento que es el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Finalmente se debe resaltar que el precedente en la jurisdicción contencioso - administrativa contribuye a la realización de la justicia material y de la seguridad jurídica real, garantizando a los asociados que la administración y las autoridades judiciales, actúen en pro de las garantías, derechos y libertades, siendo en este espectro la igualdad y la confianza legítima los pilares sobre los cuales se instituye la cultura del precedente jurisprudencial (Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 12 de abril de 2013, Expediente 2013-00019, Consejero Ponente Enrique Gil Botero).

2.3.3. Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia se encuentra regulado en los artículos 256 a 268 de la Ley 1437 de 2011. Antes de la expedición de esta ley, no existía en la legislación nacional un mecanismo que le otorgara al Consejo de Estado la posibilidad de unificar la jurisprudencia en la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, ya se habían hecho intentos por otorgar a esta corporación facultades de tribunal de casación, como se evidencia en el proyecto de la Ley –que dio nacimiento a la Ley 1285 de 2009-, donde se había incluido un aparte que disponía: “Artículo 1. El Consejo de Estado también podrá actuar como Corte de Casación Administrativa. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en particular” (Texto definitivo al Proyecto de Ley 286 de 2007 Cámara, 023 de 2006 Senado²²). Dicho artículo fue examinado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C -713 de 2008, poniendo de presente que “la función asignada a un juez para actuar como Tribunal de Casación, implica un análisis técnico-jurídico sobre la validez de una sentencia judicial. Esa función fue prevista por el Constituyente de manera expresa y exclusiva para la Corte Suprema de Justicia, en el marco de la jurisdicción ordinaria, pero no para otras autoridades judiciales como el Consejo de Estado. En la tradición jurídica nacional esta Corporación nunca ha sido concebida como Corte de Casación, sino solamente como órgano consultivo del ejecutivo y como Tribunal Supremo encargado de dirimir las controversias en

²² Link: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=10&p_numero=286&p_consec=15800.

las que está involucrada la administración pública”. Con base en estas consideraciones, la Corte declaró la inexecutable de la disposición trascrita. Ahora bien, pese al fracaso del intento por declarar al Consejo de Estado como tribunal de casación, esta misma ley, 1285 de 2009 reformativa de la Ley 270 de 1996, en el artículo 36A dispuso un mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo cuyo fin, fue el de unificar jurisprudencia en los temas analizados bajo estas acciones judiciales. Para Erazo Sarmiento, la unificación jurisprudencial de acciones constitucionales, que ha sido una función primordial de la jurisprudencia constitucional, fue establecida también mediante esta norma, como atribución propia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo (2011, p. 278). Así mismo, en la Sentencia C-713 de 2008, antes analizada, la Corte Constitucional manifestó que la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con su posición de Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política, proyectándose, desde una perspectiva de orden sistémico, como integrador y unificador de la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción (p. 199- 200).

Como se demuestra, la facultad de unificación jurisprudencial ya había sido contemplada por el legislador, la Constitución y la jurisprudencia, antes de la reforma de 2011; sin embargo, era necesario implementar un instrumento procesal que materializara esta función, importante y esencial para otorgarle coherencia al sistema judicial contencioso - administrativo. Surge así, inmerso en la Ley 1437 de 2011, el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, el cual hace parte de las instituciones jurídicas del nuevo código, que permite y facilita la unificación sistemática y metodológica de la jurisprudencia (Consejo Superior de la Judicatura & Giz, 2012, p. 62). El legislador previó como finalidades de este recurso, las de asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de los sujetos procesales (artículo 256). En el Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se manifestó lo siguiente:

“Fue así, como teniendo en cuenta la doble preocupación de no violentar la autonomía de los jueces, por una parte y por otra de no afectar los derechos fundamentales de las personas, se llegó a determinar que era necesario diseñar mecanismos que permitieran la unificación tan anhelada de la jurisprudencia. Igualmente, que sin descocer la autonomía interpretativa de los jueces de instancia, la sentencia del Consejo de Estado pudiera tener el valor de precedente

judicial obligatorio de carácter vertical y la posibilidad de aplicación automática por parte de las autoridades administrativas a situaciones de hecho semejantes” (Chanín Lizcano, 2011, p. 377).

Para Hoyos Duque, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia busca introducir el recurso de casación en materia administrativa dadas las finalidades que se establecieron, las cuales son similares a las previstas en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil para el recurso de casación en la jurisdicción ordinaria. En consideración de este autor, esta norma seguramente revivirá el debate que se planteó a propósito de la Ley Estatutaria 1285 de 2010, sobre si el Consejo de Estado puede o no ser corte de casación (2011, p. 470). En el mismo sentido, para Sarmiento Erazo “la manera en que se unifica jurisprudencia parecería consolidar al Consejo de Estado, a pesar de su consistente y reconocida titularidad jurisdiccional, en un juez muy cercano funcionalmente al de casación. Si bien no se trata del mismo procedimiento ordinario que se agota ante la Corte Suprema de Justicia, se aproxima con claridad a su función primordial de unificación” (2011, p. 275). Sin embargo, la estructura y las funciones asignadas hasta ahora al Consejo de Estado lo ubican como un tribunal de instancia, y la unificación en este caso tiene como objeto, más que cerrar debates procesales, establecer líneas jurisprudenciales organizadas y claras que garanticen la seguridad jurídica. Así lo manifestó Cuevas Cuevas, al comentar que el Instituto Colombiano de Derecho Procesal desde el año 2005 analizó las reformas a los códigos de Procedimiento Civil y Contencioso Administrativo, integrando para este último caso una comisión especial²³, quienes redactaron un recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, abandonando la idea de casación, al no estar de acuerdo con la forma de corrección o rompimiento, anulación o derogación de las sentencias recurridas por esta vía procesal e inclinándose por la unificación de la jurisprudencia, para garantizar los derechos fundamentales de las personas, norte trazado por la Constitución de 1991 (2011, p. 435-436).

Ahora bien, para el logro del objetivo que se definió en la ley, se estableció que este recurso extraordinario procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los

²³ Integrada por los Consejeros de Estado, doctores Rafael Osteau de Lafont y Juan Angel Palacios, por el profesor Miguel Enrique Rojas y por Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas (Cuevas Cuevas, 2011, p. 435).

tribunales administrativos. Así mismo, se determinó para su procedencia unas cuantías, en caso de que las sentencias fueran de contenido patrimonial o económico, al tiempo que se exceptuó de la aplicación de este recurso aquellos asuntos previstos en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución Política (artículo 257). Se definió como única causal que da lugar a la interposición del recurso que la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado (artículo 258). Lo anterior, en opinión de Hoyos Duque revive el recurso extraordinario de súplica, objeto de múltiples críticas por su ineficacia y por ser un factor de congestión, que fue derogado por la ley 954 de 2005 (art. 2º), por sugerencia del Consejo de Estado, sólo que, a diferencia de aquél, no procede contra las sentencias de las secciones del Consejo de Estado sino contra las sentencias de los tribunales en única o primera instancia, es decir, que se busca garantizar la vigencia del precedente vertical y no el horizontal (2011, p. 471). Precisamente este último fin, es el que se percibe en la jurisprudencia del Consejo de Estado de los últimos años, con la instalación de un precedente vertical fuerte creado únicamente por las Corte de cierre bajo el entendido que solo ellas tiene la función constitucional y legal de unificación jurisprudencial. Además la causal para invocar este recurso, como se explicó en el acápite preliminar, no se restringe a las sentencias de unificación definidas en el artículo 270, pues se puede activar este mecanismo procesal cuando se trasgrede el precedente definido por esta alta corporación.

Así las cosas, se introduce en la ley un instrumento autónomo y eficaz para otorgarle obligatoriedad a los fallos emitidos por el Consejo de Estado, lo cual permite que las partes dentro del proceso puedan ver garantizados sus derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, mediante el respeto de las decisiones en las cuales se fijan reglas, asimilando así las sentencias judiciales a las normas. Se fortalece mediante este procedimiento (además del procedimiento de extensión de la jurisprudencia ante autoridades administrativas) la cultura del precedente, esta vez a iniciativa del legislador.

Por todo lo dicho, el concepto de obligatoriedad de la jurisprudencia en el Consejo de Estado, ha venido evolucionando de forma lenta, pues, como se evidenció en este capítulo, abandonar el positivismo formalista heredado del viejo continente le ha tomado a esta corporación un tiempo más prolongado en comparación con la Corte Constitucional. Sin embargo, el paso

firmes se dio con la expedición de la Ley 1437 de 2011, ley que fue redactada por el alto Tribunal Contencioso Administrativo, lo cual significó un cambio consiente y un compromiso por ajustar esta corporación a los avances propios que se estaban dando en el sistema jurídico nacional. La fuerza vinculante de los fallos del Consejo de Estado frente a las autoridades judiciales, hoy es ley, y obedece según Olano García, a la tendencia actual de concederle a los jueces de lo contencioso administrativo un papel protagónico en la creación e interpretación del derecho, siempre respetando los principios constitucionales de igualdad y buena fe, ofreciendo plena seguridad jurídica a los asociados mediante la fuerza vinculante de las decisiones administrativas (2011, p. 422). No cabe duda, que el comienzo de estas nuevas instituciones jurídicas tendrá detractores y simpatizantes, incongruencias y necesidad de ajustes y podrá o no cumplir los fines y objetivos trazados. Pero con independencia, a los resultados que se irán registrando con el paso del tiempo, la jurisdicción contencioso administrativa dio un paso grande hacía la instalación del precedente apoyada con herramientas procesales de avanzada, sumándose así a la función de creación del derecho.

3. La elaboración de la teoría del precedente por el Consejo de Estado: elementos para un balance

Después de efectuar un estudio descriptivo sobre el precedente en Colombia, con especial énfasis en la introducción de esta figura en la jurisdicción contencioso - administrativa, la investigación se centrará, en este último capítulo, en mostrar los aciertos y desaciertos de la teoría del precedente en el Consejo de Estado. Para alcanzar este objetivo se examinará la evolución y el estado actual del precedente en la jurisprudencia de esta corporación, empleando para el efecto el motor de búsqueda implementado por su Relatoría, a través de los descriptores “precedente”, “sentencia de unificación” y “precedente constitucional”, con lo cual es posible determinar cómo se ha desarrollado cronológicamente el proceso de adaptación a estas nuevas categorías. Así mismo, se expondrán las contradicciones internas de la jurisprudencia dictada por el Consejo de Estado y las divergencias con la Corte Constitucional por las posturas que se asumen en los mismos temas, al tiempo que se retoma de la doctrina las diversas críticas al precedente contencioso-administrativo, lo cual permitirá tomar posturas frente a su obligatoriedad y coherencia.

3.1. Evolución de la teoría del precedente en la jurisprudencia del Consejo de Estado entre 1914 y 2012

En este acápite se hará una breve presentación sobre las principales características de la teoría del precedente desarrollada por el Consejo de Estado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011. En el libro *La importancia de la jurisprudencia en Colombia*, se divide el periodo objeto de análisis en tres fases, para mostrar la evolución de la jurisprudencia como fuente del derecho al interior del Consejo de Estado (Motta, Cock y Corrales, 2012). Este estudio se retomará, a grosso modo, para dar una mirada a dicha evolución.

3.1.1. Periodo de 1914 a 1991

El Consejo de Estado, desde su entrada en funcionamiento, atendió a las normas que establecían que la jurisprudencia era un criterio auxiliar de interpretación. Así, por ejemplo, en el Auto emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 25 de mayo de 1920, expediente No. 265, con ponencia del Consejero Ramón Rosales, se dijo: “Todos los argumentos que el señor Fiscal hace y que se han transcrito, sobran ante la sencillez y claridad de la ley. Además, la jurisprudencia del Consejo de Estado robustece las opiniones sostenidas en este fallo. En sentencia de 10 de noviembre de 1919, la Sala estableció idéntica doctrina”. Aquí la jurisprudencia era vista como un apoyo para la argumentación del fallador, y únicamente la ley recibía la catalogación de fuente del derecho, siendo esta última suficiente para definir las controversias judiciales.

Así mismo, se observa a lo largo de este periodo que tanto el legislador como el mismo Consejo de Estado siempre han intentado definir el concepto de jurisprudencia y establecer un mecanismo que le brindará estabilidad y sirviera como criterio de unificación. Al respecto en la Sentencia de la Sección Tercera, de fecha 19 de septiembre de 1991, radicación No. 5494, con ponencia del Consejero Juan de Dios Montes Hernández, se expresó: “El legislador, por medio del Decreto-Ley 528 de 1964²⁴, en su artículo 24, creó la necesidad procesal de unificar la jurisprudencia del Consejo de estado proveniente de las diferentes Secciones o Salas. Este procedimiento, que se sepa, jamás tuvo operancia, a pesar de que esta Corporación, en ejercicio de la atribución constitucional prevista en el artículo 141-4, expidió el Acuerdo No. 2 de 1971, complementado por el Acuerdo No. 1 de 1978, por medio de los cuales adoptó su propio

²⁴ “Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones”, consagró en su artículo 24 lo siguiente: “Las cuatro salas o secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la sala o sección que este conociendo del asunto”.

reglamento en cuyo artículo 13²⁵ definió que se entiende por jurisprudencia”²⁶. Como lo advierte la sentencia citada, no obstante habersele dado al Consejo de Estado las herramientas normativas para iniciar un proceso de consolidación de sus fallos como orientadores de criterio decisorial, las mismas entraron en desuso.

Después de los acuerdos de 1971 y 1978 la Ley 11 de 1975²⁷ estableció el recurso extraordinario de súplica contra aquellas sentencias que se dictaran contrariando alguna jurisprudencia. Estos autores destacan que con este recurso “... se buscaba unificar criterios para el manejo y respeto de la jurisprudencia emitida por este órgano” (Motta *et al.*, 2012, p. 46). En el fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 19 de abril de 1977, Expediente No. 246, con ponencia del Consejero Miguel Lleras Pizarro, se manifestó frente a este recurso lo siguiente: “siempre que se cambie la jurisprudencia por una de las Salas sin intervención de la Plena, procederá el recurso de súplica, con una doble finalidad: para asegurar, por un lado, el mantenimiento de la uniformidad jurisprudencial; y por el otro, para el restablecimiento del interés procesal de la parte” (Motta *et al.*, 2012, p. 46). Dicho recurso fue derogado por el Decreto 01 de 1984, en el cual se consagró el recurso de anulación (artículo 198) con el que se pretendía continuar con el sistema de unificación jurisprudencial. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable de la derogatoria mencionada, coexistiendo de este modo los dos recursos, la anulación y la súplica. La Ley 597 de 1988, derogó el recurso de anulación y el Decreto 2304 de 1989 modificó el recurso extraordinario de súplica (artículo 21), excluyendo para el estudio del recurso a los consejeros de la Sala que profirió la decisión recurrida. Por consiguiente:

²⁵ “Para los efectos del artículo 24 del Decreto-Ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena Contenciosa, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto. La manifestación expresa de un consejero dentro de la respectiva Sección es suficiente para que el asunto sea llevado a la Sala Plena. Ésta resolverá, previo informe de la Relatoría si hay cambio de jurisprudencia”.

²⁶ Las notas a pie de página de esta cita no son propias del aparte jurisprudencial.

²⁷ “Artículo 2. –Ley derogada por el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 1 de 1984-. Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia. / En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo”.

“En este periodo de tiempo (1914-1991), el proceso conceptual de construcción de la jurisprudencia en los procesos decisionales evidencia un enfoque positivista, y lejos de abordarse y construirse la jurisprudencia como una fuente de derecho obligatoria, se destaca simplemente la existencia de mecanismos y recursos encaminados a garantizar la coherencia y congruencia por medio de la unificación de la jurisprudencia, sin dejar de resaltar, que dicho proceso implícitamente reconoce a la jurisprudencia como pertinente y relevante en un proceso decisional específico” (Motta *et al.*, 2012, p.48).

Así las cosas, el Consejo de Estado, que había heredado una concepción clásica sobre el sistema de fuentes del derecho, respetaba la jerarquía otorgada a la ley, y empleaba la jurisprudencia como un criterio auxiliar en el proceso argumentativo de sus fallos. El tradicionalismo de fuentes, no sufrió ninguna modificación o cuestionamiento durante este primer periodo, en el cual esta corporación sólo compartía escenario con la Corte Suprema de Justicia, igualmente caracterizada por defender a ultranza los postulados positivistas de vieja data.

3.1.2. Periodo de 1991 a 1998

Este periodo empezó con un acontecimiento trascendental para la cultura jurídica nacional: la expedición de la Carta Política de 1991. Para la GIZ y el Consejo Superior de la Judicatura, las acciones constitucionales introducidas en la nueva Carta Política, hicieron coexistir la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues a las tres corporaciones se les asignó competencia para conocer de la acción de tutela. El Consejo de Estado comenzó a citar en sus decisiones las proferidas por otras Cortes, especialmente por la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales. Dichas referencias se evidenciaron en las sentencias dictadas dentro del trámite de la acción de tutela, no sucediendo lo mismo en las sentencias dictadas en temas de competencia exclusiva del Consejo de Estado (p. 50). Sin embargo, contrario a evolucionar hacia el carácter vinculante de la jurisprudencia contencioso-administrativa, lo que mostró esta investigación fue el retroceso sufrido por esta corporación en su facultad de unificación jurisprudencial, ya que en este periodo se modificó el artículo 194 de la Ley 446 de 1998 en el sentido de tener como única causal para

la procedencia del recurso extraordinario de súplica “la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas”²⁸, desapareciendo así como causal, el desconocimiento de la jurisprudencia.

Estas circunstancias llevaron a concluir que el Consejo de Estado continuaba con la tesis del carácter auxiliar de la jurisprudencia y la prevalencia de la norma legal como fuente primordial de las decisiones. Y si bien empleaba el precedente constitucional en materia de interpretación de normas constitucionales, esto solo era de forma conceptual o indicativa, bajo la consideración del carácter de intérprete autorizado otorgado por la Constitución Política a la Corte Constitucional.

3.1.3. Periodo de 1998 a 2012

Motta *et al.*, destacan que debido a la evolución de la Corte Constitucional frente al concepto de jurisprudencia y el valor otorgado a ésta, el Consejo de Estado dio un giro importante en relación con el precedente, especialmente después de la Sentencia C-836 de 2001, evidenciándose así la manera como esta corporación empezó a acoger las posturas consolidadas de la Corte Constitucional en el tema de los derechos fundamentales y en el valor de la jurisprudencia (2012, p. 51). El Consejo de Estado, de forma paulatina, fue incorporando en sus fallos, proferidos al desatar las acciones constitucionales a su cargo, citas de sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se interpretaban y fijaban los alcances de los derechos fundamentales. Así mismo, fue aceptando las tesis desarrolladas por la Corte Constitucional acerca del tema de la jurisprudencia, su carácter vinculante y la necesidad de respetarla. No obstante lo anterior, el Consejo de Estado mantuvo su postura de no igualar la decisión judicial a la ley y reclamó su competencia al decidir temas relativos al derecho administrativo, al considerar que por ser la autoridad máxima en esta materia era la Corte autorizada para definir los alcances de las normas legales que aplicaba, rechazando las decisiones que la Corte Constitucional tomaba en estos mismos asuntos.

²⁸ Este recurso fue finalmente derogado mediante la Ley 954 de 2005, artículo 2.

3.2. Análisis de las Sentencias del Consejo de Estado

Después de presentar brevemente la evolución de la teoría del precedente en las decisiones del Consejo de Estado hasta antes de 2012, es necesario establecer el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia de esta corporación. Para el cumplimiento de este objetivo se realizó una búsqueda en la relatoría del Tribunal, accediendo a la herramienta de búsqueda disponible en la red²⁹ y empleando los descriptores de “precedente”, “sentencia de unificación” y “precedente constitucional”. Las sentencias fueron seleccionadas por los aspectos trascendentales y pertinentes que cada una contiene, iniciando desde el año 2009 hasta el 2011, con el objeto de complementar lo dicho por la GIZ y el Consejo Superior de la Judicatura en este periodo, y de 2012 a la fecha, para observar el desarrollo de la jurisprudencia contencioso-administrativa con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

La revisión de estas decisiones, en la práctica, presenta una mayor complejidad en relación con el estudio y organización de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debido a la composición del Consejo de Estado en Salas, Secciones y Subsecciones, lo que ha provocado pronunciamientos divergentes frente a hechos similares, siendo más compleja la definición de los precedentes o reglas en cada tema de su competencia. Ahora bien, huelga aclarar que muchos de los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado, relacionados con el carácter vinculante del precedente judicial, son asuntos donde se resolvieron acciones de tutela presentadas contra providencias judiciales que se apartaron de un precedente judicial.

3.2.1. Carácter auxiliar de la jurisprudencia y doctrina probable

Las sentencias que se analizan a continuación fueron proferidas hasta el año 2012, antes que el Consejo de Estado viera modificado su procedimiento y se viera conducido a pensar en las nuevas figuras procesales que procuraban la obligatoriedad de la decisión judicial proferida por esta misma corporación.

²⁹ www.consejodeestado.gov.co

En la sentencia de la Sección Segunda del 3 de febrero de 2009, dictada en una acción de tutela, el Consejo de Estado³⁰ proclamó su independencia frente a la Corte Constitucional, especialmente en materias que consideró de su resorte, y en las cuales el Tribunal Constitucional emitió un criterio diferente al suyo. En este caso, arguyó que no podía constituir una vía de hecho, el que jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa acogieran, en sus decisiones, el precedente del Tribunal de cierre administrativo y no el de la Corte Constitucional (p. 20). En el mismo año, en la sentencia del 11 de junio³¹ también de la misma Sección, dictada al resolver un recurso extraordinario de revisión, esta Corporación expresó que si bien el precedente judicial ha logrado una posición importante en nuestro ordenamiento jurídico, al pretender con el garantizar el principio constitucional de igualdad, no tiene fuerza vinculante al ser un criterio auxiliar de la actividad judicial, conforme lo consagró el artículo 230 de la Carta Política (p. 14). Esto evidencia, que si bien la corporación empleaba conceptos como el precedente judicial, que de suyo contiene un carácter vinculante, seguía otorgándole a su jurisprudencia carácter auxiliar. Fue aún más enfático el Consejo de Estado al expresar en el Auto de fecha 22 de julio de 2010³², con el cual desató un recurso ordinario de súplica, que en nuestro país el legislador no hizo obligatoria la jurisprudencia, ya que sólo le asignó el carácter de doctrina probable señalando que los jueces podían o no aplicarla en casos análogos. Para esta Corporación la jurisprudencia sólo era un criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo que el juez al momento de decidir determinaba si la acogía por encontrarla razonable, o si se separaba de ella por ser irracional, pues en su sentir el juez no estaba obligado a seguirla (p. 3). En la sentencia de fecha 26 de enero de 2012³³ de la Sección Cuarta, dictada en una acción de tutela, se dijo frente al precedente, que estaba constituido por el conjunto de sentencias donde se hubiese decidido de forma similar un conflicto jurídico, que se convierten en reglas de derecho específicas que deben aplicarse en los

³⁰ Sección Segunda – Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de Tutela de fecha 3 de febrero de 2009. Expediente número: 11001-03-15-000-2009-01268-00(AC).

³¹ Sección Segunda - Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de fecha 11 de junio de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-09751-01(836-06).

³² Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Auto de 22 de julio de 2010. Radicación número: 25000- 23-25-000-2001-04597-01(0616-09).

³³ Sección Cuarta. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDASBARCENAS. Sentencia de fecha 26 de enero de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01695-00(AC).

casos similares (p. 9). En la decisión de 7 de mayo de 2012 de esta mismas Sección³⁴, dictada al decidir una acción de tutela, esta Corporación manifestó que no existe defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial cuando las autoridades aplican la línea que frente al tema particular ha llevado la Sección Segunda del Consejo de Estado, especializada en la materia, y no la posición que sobre el mismo asunto ha desarrollado la Corte Constitucional (p. 9-10).

Otro aspecto a destacar es que se acude al empleo de sentencias precedentes para definir conceptos, lo cual se observa de forma preponderante en el caso de las remisiones a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Dichas citas se ven en materia de acciones constitucionales, especialmente de la acción de tutela; con todo, cuando se trata de las posiciones que el Consejo de Estado tiene sentadas en materias contencioso-administrativas, se aparta de las expuestas en los mismos asuntos por la Corte Constitucional, reclamando para sí su calidad de máxima autoridad en esta materia. López Medina, en su texto *Interpretación Constitucional*, al hacer un análisis citacional de las altas Cortes, con el objeto de establecer el valor de la jurisprudencia en cada una de ellas, concluye de forma preliminar—este análisis se efectúa hasta el año 2003— que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tienden a utilizar sus fallos anteriores dentro del modelo de jurisprudencia indicativa y la Corte Constitucional dentro del modelo de precedente vinculante³⁵. Para este autor, el modelo de jurisprudencia indicativa privilegia el papel de la ley en la definición de los casos; contrario a ello, en la doctrina del precedente obligatorio la sub-regla jurisprudencial resulta fundamental en la decisión del caso (2006, p. 117). Igualmente, argumenta que el Consejo de Estado es una Corporación que presta mayor atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero exclusivamente en aquellos fallos en los que deciden las acciones constitucionales sobre las que tiene competencia, pero en sus fallos contencioso - administrativos predominan las citas jurisprudenciales internas³⁶ y conceptuales.

³⁴ Sección Cuarta. Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Sentencia de fecha 7 de mayo de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01757-01(AC).

³⁵ Para López Medina, la jurisprudencia meramente indicativa es aquella en la cual “las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más en la definición de conceptos jurídicos de sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la ley o con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias” (López, 2006, p. 116).

³⁶ Es una cita de la propia jurisprudencia (López, 2006, p. 130).

Se concluye, que el Consejo de Estado hasta este periodo no se había apartado del todo de su tradición legalista considerando la jurisprudencia como un criterio orientador, para el fallador, no obligatorio. Esta posición permaneció en esta alta corporación, por mucho tiempo, pese al avance que estaba abanderando la Corte Constitucional de forma paralela. Este contexto legal y jurisprudencial cambia, radicalmente, con la expedición de la Ley 1437 de 2011.

3.2.2. Obligatoriedad del precedente

La historia del Consejo de Estado en materia de precedente judicial se puede dividir en dos momentos, siendo la línea divisoria en este caso la Ley 1437 de 2011. Las decisiones dictadas en desarrollo del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, muestran como esta Corporación empezó a realizar un acoplamiento tímido en sus inicios, y después difícil y contradictorio ante una novedosa realidad legal.

En la sentencia del 6 de septiembre de 2012 de la Sección Primera³⁷, dictada dentro del trámite de una acción de tutela, se consideró que el precedente constitucional elaborado en las decisiones de control abstracto de constitucionalidad y en aquellas donde se interpretan los derechos fundamentales, tiene carácter de cosa juzgada constitucional, motivo por el cual dichas decisiones hacen parte inescindible de la Constitución pues definen su sentido y alcance. Para estos casos, las razones de la decisión le dan contenido al precedente, el cual debe ser aplicado por el operador jurídico para posteriores casos análogos. Ya el Consejo de Estado en una etapa previa había reconocido el precedente vinculante de la Corte Constitucional en materia de interpretación de derechos fundamentales y en el control abstracto de constitucionalidad, haciendo cita en sus fallos de aquel. Aquí nuevamente declara la necesidad de aplicarlo y seguirlo como derrotero de las decisiones de naturaleza constitucional, pues lo considera aplicación directa de la Constitución. En el Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 11 de

³⁷ Sección Primera. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJASLASSO. Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01339-00(AC).

septiembre de 2012³⁸, expedido por la necesidad de unificar criterios en torno al ejercicio de la potestad de selección de sentencias de acciones populares o de acciones de grupo para su revisión eventual, se indica en relación a la obligatoriedad del precedente judicial lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico colombiano no opera un “sistema libre de jurisprudencia”, en el cual el juez pueda, con apoyo en el principio de independencia y autonomía judicial, separarse libre e inopinadamente del sentido y de los argumentos que respaldan las decisiones jurisdiccionales adoptadas con anterioridad frente a casos análogos, pero tampoco se trata de un sistema de obligatoriedad absoluta del precedente, lo cual tornaría a éste inmutable y petrificaría la doctrina jurisprudencial una vez hubiere sido planteada. En Colombia, en cambio, opera un sistema que bien podría denominarse de “vinculación relativa” al precedente, en el cual los jueces tienen, en principio, el deber de atenerse al sentido y a los fundamentos de sus decisiones anteriores—en el caso del precedente horizontal—o al de las decisiones previamente adoptadas por sus superiores funcionales—en el caso del precedente vertical—, pero sin que ello constituya óbice para que, en virtud del aludido principio de autonomía judicial, puedan apartarse de la línea jurisprudencial existente, siempre y cuando expongan motivos suficientes y razonables para ello” (p. 18).

Frente a este criterio, si bien el precedente judicial no opera como camisa de fuerza, sí lleva de forma implícita la necesidad de observarlo para constituir las decisiones futuras siempre y cuando su fundamentación fáctica sea análoga. Los precedentes judiciales gozan en Colombia de vinculación relativa, por lo que los jueces deben observar las decisiones anteriores. Sin embargo, cuando pretendan abandonar estas reglas, están en la obligación de exponer de manera suficiente las razones de su apartamiento.

Con posterioridad, al resolver una solicitud de extensión de jurisprudencia, en decisión del 4 de abril de 2013 de la Sección Tercera – Subsección C³⁹, esta corporación expresó lo siguiente:

³⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Auto de fecha 11 de septiembre de 2012. Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP).

³⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Auto de fecha 11 de septiembre de 2012. Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP).

“El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- ley 1437 de 2011-, si bien, conservó gran parte las instituciones del decreto 01 de 1984 y el organigrama dual en materia administrativa y contenciosa, fue innovador en lo que respecta a la figura de la jurisprudencia como fuente de derecho, en otras palabras, rompió un paradigma en esta jurisdicción, al incluir en su compendio normativo disposiciones que propugnan por la aplicación de la jurisprudencia a determinadas situaciones y bajo determinados presupuestos, cosa que obliga no solo a los que administran justicia, sino a las autoridades administrativas en los asuntos de su competencia. (...) ese cuestionamiento tiene su génesis en el principio de igualdad, el que se ha hecho operativo a través de un derecho, y a su vez, se ha subdividido en dos garantías a saber: igualdad ante la ley e igualdad de trato por parte de las autoridades. Esta última, impone un deber a todo el aparato estatal, que consiste en hacer material ese igual trato propugnado, y ello debe ser observado por todas las instituciones públicas en cumplimiento de sus deberes, y el órgano jurisdiccional no escapa de ello. Por lo tanto, en el ejercicio de la administración de justicia, debe observarse con sigilo la realización de este principio, y ello se materializa a la hora de proferir decisiones en conflictos jurídicos puestos a su consideración, en los que se tendrá a la Jurisprudencia, como eje clave para la resolución de esos asuntos, pues en la medida en que se presente una misma situación de hecho y de derecho, se acudirá a ella para darle solución en derecho y en justicia a los conflictos. Y es que lo anterior obedece a lo complejo en que se han convertido los conflictos sociales, lo que constituye un asunto que trasciende a la capacidad normativa del derecho como sistema, en otras palabras, la sociedad misma y su devenir han trascendido el marco de aplicación de las fuentes tradicionales, lo que ha traído consigo una revalorización de la jurisprudencia, al ser ella la única vía de resolución de conflictos, con o sin derecho que aplicar” (p. 1).

Este pronunciamiento por parte del alto Tribunal Contencioso Administrativo es de gran trascendencia, pues para una institución que por mucho tiempo se mantuvo fiel al influjo europeo del tradicionalismo de fuentes, amparado además en la lectura textual del artículo 230 de la Constitución Política, incluir en la ley que regularía su procedimiento instituciones nuevas y de avanzada en materia de obligatoriedad de la decisión judicial, es, como la misma corporación lo declara, romper un paradigma en esta jurisdicción. No se olvide que el propio Consejo de Estado preparó y colaboró de forma muy activa en la elaboración del proyecto de ley que sería aprobado como la Ley 1437 de 2011, lo que significa que el cambio se gestó al interior de esta misma

corporación y se refleja claramente en las decisiones que en adelante empezaron a tomar. Así, lo que registra la jurisprudencia del Consejo de Estado, después de entrar en vigencia la Ley 1437 de 2011, es un proceso de adaptación consiente de las figuras recién introducidas, dándose a la tarea, esta corporación, de delimitar sus conceptos para construir líneas propias en temas como el precedente, las sentencias de unificación y en general la obligatoriedad de la decisión judicial, observándose que se pretende también crear una independencia conceptual con el desarrollo que sobre esta materia ha efectuado la Corte Constitucional.

No obstante lo anterior, el proceso de elaboración conceptual en el Consejo de Estado fue paulatino, pues continuaba en este periodo empleando posturas como el carácter auxiliar de las sentencias, además de fundamentar sus fallos, especialmente en acción de tutela, con posturas de la Corte Constitucional, haciendo eco a la necesidad de la reiteración jurisprudencial para la existencia del precedente. Se muestra así como las novedades que introdujo la Ley 1437 de 2011 entraron en pugna con el tradicionalismo positivista de esta corporación, provocando en un inicio que no todas las Secciones fueran receptivas a la asunción de la jurisprudencia como fuente de derecho. Entre las decisiones judiciales que son referentes en estos temas, se cita la sentencia de tutela del 6 de marzo de 2014 de la Sección Cuarta⁴⁰, donde el alto Tribunal Contencioso Administrativo dijo que el precedente judicial es el conjunto de sentencias que han decidido de la misma forma un conflicto jurídico y que sirven como parámetro para que se decidan otros conflictos semejantes. En esta providencia, el Consejo de Estado cita expresamente la postura de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente, los requisitos para su aplicación y los tipos de precedente (p. 12).

La sentencia del 6 de marzo de 2014 de la misma Sección⁴¹, dictada en acción de tutela, retomó las posturas tradicionales en relación con el carácter auxiliar de la jurisprudencia dictada por la Sala Plena de esta Corporación, empero aceptó que esta tiene fuerza vinculante para los funcionarios de menor jerarquía de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así mismo, en este

⁴⁰ Sección Cuarta. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDASBARCENAS. Sentencia de fecha 6 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02733-00(AC).

⁴¹ Sección Cuarta. Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Sentencia de fecha 6 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00076-03(AC).

fallo enfatiza su carácter de “órgano de cierre en ejercicio de las funciones que, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, le confieren la Constitución Política y la ley para fijar el alcance de las normas sustanciales, razón por la cual sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables” (p. 52-53). Igualmente consideró que siendo el juez natural de la materia contencioso administrativa, las discusiones jurídicas las define la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y son sus decisiones las que se deben aplicar por los demás falladores.

Posteriormente, al resolver una solicitud de extensión de jurisprudencia⁴², el Consejo de Estado en su Sección Segunda consideró que este mecanismo es aplicable no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial, sino también a todo precedente judicial adoptado por esta corporación, entendido como una sentencia en la cual se haya tomado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, sea que se haya desarrollado en una línea jurisprudencial o no, y siempre que se encuentre vigente y actualizada en tanto postura jurisprudencial del Consejo de Estado. Precisa en esta ocasión que ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la *ratio decidendi* de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha *ratio decidendi* se define como el fundamento jurídico-normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutive, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico (p. 14). Aunada a la anterior consideración, en sentencia de tutela de fecha 19 de febrero de 2015⁴³ dictada esta vez por la Sección Quinta, se rectificó el criterio acerca de que el precedente lo constituía un número plural de decisiones que fijen o reiteren una subregla de derecho, aclarando que dicha exigencia surgió a partir de la lectura de ciertas providencias de la Corte Constitucional que se refieren a un número plural de decisiones, pese a que en otras se refiere a un único fallo. Llama la atención el Consejo de Estado en que basta una única providencia para que se pueda hablar de precedente, pues este lo constituye la *ratio* de la decisión, entendida como aquella regla o subregla que permite definir o resolver al juez

⁴² Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Providencia de fecha 9 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01123-00(2647-13).

⁴³ Sección Quinta. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E). Sentencia de fecha 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02690-01(AC).

el asunto sometido a su discernimiento, es la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto, precisando que la regla vinculante es la creada por el órgano de cierre (p. 19-20). Así mismo, el 4 de agosto de 2014 la Sección Segunda⁴⁴ manifestó al resolver una solicitud de extensión de jurisprudencia que el espíritu mismo de la consagración legal de esta figura es el de garantizar el respeto al sistema de precedentes por el juez contencioso-administrativo y por las autoridades que cumplen función administrativa (p. 3-4). Finalmente, el Consejo de Estado aclaró frente a la facultad de creación de reglas jurisprudenciales, que esta solo la posee los órganos de cierre. Así lo expresó el alto Tribunal⁴⁵:

“Ha de entenderse que la capacidad para crear normas adscritas o subreglas, en razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial solo puede provenir, como se ha dicho, de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria... En otros términos, el precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre, y lo es para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están llamados a aplicarlo... es claro que en diversas providencias de la Corte Constitucional se ha manifestado que el juez de inferior jerarquía puede apartarse del precedente vertical, en aplicación de los principios de autonomía e independencia, siempre y cuando estos justifiquen de manera razonada el por qué no aplicarán la subregla que empleó el Alto Tribunal. En otros términos, se entendería que los principios de autonomía e independencia que guían el actuar judicial, tendrían su satisfacción en esa motivación clara y precisa de los fundamentos del juez para no aplicar el precedente vertical (...). Los jueces no solo están atados a lo que señale la ley, sino y, además, a las decisiones de sus superiores jerárquicos cuando ellos han fijado un subregla o norma de adscripción -precedente-, porque cuando el órgano de cierre aplica el derecho, también genera reglas que pasan a hacer parte del orden jurídico, es decir, son normas en sentido material que por tanto obligan (...). Los juzgados y tribunales tienen el deber de aplicar la regla creada por el órgano de cierre; pero sus fallos, al carecer del carácter vinculante que antes fue explicitado, no obligan a sus pares o a quienes se encuentran en un nivel jerárquico inferior. En estos casos, es importante advertir que estos no

⁴⁴ Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E). Providencia de fecha 4 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00318-00(0964-14).

⁴⁵ Sección Quinta. Consejera ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE. Sentencia de fecha 11 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03358-00(AC).

podrán crear reglas de carácter vinculante, no solo porque su competencia está circunscrita estrictamente al territorio en donde tienen jurisdicción, sino porque la función de unificación solo compete al órgano de cierre. En consecuencia, no se puede hablar de precedente horizontal frente a jueces y tribunales, pues estos no tienen la facultad de crear una regla vinculante” (p. 18-19).

A lo anterior hay que agregar que la jurisprudencia elaborada por las diferentes Salas o Secciones del Consejo de Estado solo constituye precedente cuando se trata de decisiones emitidas por la Sala Plena de cada Sección o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ya que únicamente son éstos los respectivos organismos de cierre. Por lo tanto, las decisiones tomadas por una Sección no se pueden tener como precedente vinculante frente a otra Sección, pues no existe en este caso un criterio de obligatoriedad ni de vinculatoriedad, al ser estos precedentes horizontales en la alta Corporación.

Ahora bien, en una decisión mediante la cual ratificó su intención de apartarse de los conceptos de la Corte Constitucional y declarar su independencia y autoridad en los temas que están asignados por la ley a su conocimiento, el Consejo de Estado negó la extensión de una sentencia de tutela dictada por el Tribunal Constitucional, expresando que las decisiones de este alto tribunal no son de aquellas a las que se refiere el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011. Esto manifestó esta corporación⁴⁶:

“Pretende también el solicitante la extensión de los efectos de las sentencias de tutela dictadas por la Corte Constitucional enunciadas con anterioridad... Al respecto, conviene mencionar que las sentencias de la Corte Constitucional no constituyen sentencias de unificación para los efectos del mecanismo de extensión jurisprudencial, al tenor de lo señalado en el artículo 270 transcrito... En consecuencia, dichas providencias no son de aquellas a las que se refiere el citado artículo 270 y no podría ser de otra manera, por cuanto la materia contencioso administrativa en su última instancia, está reservada al Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo por disposición de la propia Constitución Política, por tanto sus pronunciamientos obligan, constituyen precedente y en tal virtud, sí cumplen con las

⁴⁶ Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Sentencia de fecha 14 de octubre de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00105-00(0211-14).

condiciones establecidas en los artículos 102 y 270, deben ser objeto de extensión, previo pronunciamiento de la administración sobre ese particular” (p. 5).

De la evolución jurisprudencial que acaba de ser descrita se colige que el Consejo de Estado antes de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, ya había dado pasos frente a su facultad de unificación jurisprudencial, pero sólo con el ánimo de darle orden y estabilidad a sus decisiones teniendo en cuenta su organización interna por Secciones que provocaba que se expidieran fallos en las distintas salas especializadas que podían resultar contradictorios entre sí. La jurisprudencia de esta Corporación, incluso después de 1991, continuaba declarando el carácter de criterio auxiliar de sus decisiones, siendo la ley –en sentido formal-, por mucho tiempo considerada como la única fuente de derecho, acorde con la tradición legalista imperante. Sin embargo, el adelanto realizado por la Corte Constitucional hacia el valor de obligatoriedad de las decisiones judiciales influenció esta corporación, por lo que empezó por citar las decisiones del Tribunal Constitucional como precedente para sus fallos -especialmente en acciones constitucionales-, ya que al desatar las acciones ordinarias de su competencia mantenía su línea decisional de darle valor auxiliar a la jurisprudencia. Pero el panorama judicial de esta Corporación se vio sustituido por uno de avanzada y más acorde a la evolución que la Corte Constitucional gestaba en el país, con la expedición de la Ley 1437 de 2011. El cambio aún está en construcción, pues dicha ley empezó a regir en el año 2012, contando hasta la fecha con menos de 4 años de vigencia. La recopilación de fallos mostrada enseña un proceso que en sus inicios se resistía a los cambios, pero que con el paso del tiempo se ha afianza en la labor de creación judicial, tratando de forjarse por sí mismo, en lo que pareciera un intento por independizarse de los precedentes elaborados por la Corte Constitucional, incluso de la misma doctrina del precedente, definiendo en muchos casos sus propios conceptos acerca de la obligatoriedad de sus decisiones judiciales y evitando la intromisión de dicha corte en los asuntos de su competencia.

3.3. Crítica de la teoría del precedente en el Consejo de Estado

Examinar cuál ha sido el tratamiento que el Consejo de Estado le ha dado a la cuestión de la obligatoriedad del precedente judicial no solamente requiere un análisis del desarrollo conceptual de este tema al interior de esta corporación, sino además observar las dificultades

en su adaptación. Es un acierto, como se vio, que el Consejo de Estado asumiera un cambio estructural en materia de fuentes del derecho, al que ya se había visto obligado a pensar, incluso antes de la Ley 1437 de 2011, pues la Corte Constitucional tenía múltiples desarrollos en temas como la línea jurisprudencial, la doctrina constitucional, la doctrina legal, la doctrina probable, la disciplina jurisprudencial, el precedente, todos apuntando a instalar a la jurisprudencia como fuente de derecho, habiendo hecho extensiva la invitación a la jurisdicción ordinaria para participar de esta evolución (Sentencia C-836 de 2001). Aun así, como en todo proceso de adaptación, existen reproches provenientes de diversos sectores. En este subcapítulo se mostrarán algunos casos de contradicción entre el precedente contencioso administrativo y el precedente constitucional; así mismo, se analizarán ciertas situaciones de la práctica que dificultan la pretensión de estabilidad y coherencia del precedente del Consejo de Estado. El objetivo es presentar ciertas posturas críticas y a partir de ellas hacer propuestas acordes con la realidad y actualidad de esta institución jurídica.

Es frecuente ver como el tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, en sus decisiones, adopta o se aparta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En el acápite anterior, se mostró la manera en que el Consejo de Estado cita como precedente ciertas decisiones de la Corte Constitucional, pero preponderantemente en materia de interpretación y alcance de normas constitucionales, cuando se centra en el estudio de las acciones de esta índole que le competen; en cambio, en asuntos contencioso-administrativos ha reclamado en muchas ocasiones su independencia y ha impedido la intromisión de esta corporación. Es claro que más que un conflicto entre tribunales de cierre, lo que se denota en el trasfondo es la necesidad de definir competencias y, en el extremo de los casos, definir jerarquías.

La Corte Constitucional, mediante las sentencias C-816, C-539 y C-634, todas del año 2011, declaró la exequibilidad condicionada de las normas de la Ley 1437 de 2011 y 1395 de 2010 que disponen acerca de la obligatoriedad de las decisiones judiciales emitidas por el Consejo de Estado, en el sentido de agregar que se deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Estas sentencias dictadas en el marco del control abstracto de constitucionalidad, establecen un grado superior de vinculatoriedad del precedente constitucional

frente al precedente del Consejo de Estado, el cual se justifica en la jerarquización del sistema de fuentes, que tiene en su cúspide a la Constitución Política, la que entregó la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional y la consagró como la intérprete autorizada de la misma (artículo 241). Por ende, al ser sus decisiones una extensión del mismo texto constitucional guardan la misma jerarquía de éste. Para Arias García, “buena parte del éxito en la aplicabilidad de la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado consagrada en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011 dependerá de cómo estas se ajusten a la dinámica constitucional que ha forjado la Corte Constitucional en 20 años de historia” (2012, p. 10). La anterior consideración doctrinal está acorde con el querer del alto Tribunal Constitucional y tiene un grado de aceptación mayor cuando se trata de la interpretación autorizada en materia constitucional, pues muchas decisiones de esta índole se deciden conforme el derrotero de la Corte Constitucional. Sin embargo, cuando el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es sobre temas de competencia del Consejo de Estado como tribunal especializado en lo contencioso-administrativo, se han generado varios enfrentamientos por la prevalencia de una u otra interpretación. Para Bernal Pulido, la “fuerza vinculante del precedente parece consolidarse cada día en la práctica jurídica colombiana. No obstante, aún hay por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo. El institucional es la carencia de una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine con rigor los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de una y de otra. El fáctico es la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia, que permitan su divulgación, y de una dogmática que la analice, la construya en forma de sistema y la critique” (Bernal, 2008, p. 94). Precisamente, en el aspecto de la competencia se han generado las mayores discordias entre estas Cortes, de las cuales se es testigo a través de las mismas líneas de sus fallos que en ocasiones parecen contestatarios y no procuran el consenso.

Para ejemplificar el aspecto antes mencionado, se trae a colación dos casos paradigmáticos, en los cuales el Consejo de Estado ha compartido escenario con la Corte Constitucional. En ambas oportunidades, el tribunal de lo Contencioso Administrativo ha tenido que salir al paso y hacer mención expresa de las consideraciones de la Corte Constitucional, al observar como esta corporación claramente tomaba posturas opuestas a las decantadas por este como órgano como tribunal de instancia o en calidad de unificador de jurisprudencia.

Benitez Rojas analiza el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro del servicio de los empleados público, caso polémico en el que estas dos altas cortes han tenido por varios años posturas contrapuestas. Al analizar varias sentencias del Consejo de Estado que decidieron temas relacionados, concluye este autor que se niega, como regla general, la presencia del derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que la postura casi constante de este alto tribunal es que las normas que regulan el retiro de miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional, el DAS y el INPEC no exigen que para el uso de esa facultad discrecional se analice la conducta del actor, ya que lo que persigue el ejercicio de esta potestad no es la penalización de las faltas, sino el mejoramiento del servicio. La lectura dominante de la Corte Constitucional, en este caso, ha sido diametralmente opuesta a la del Consejo de Estado, pues la Corte soluciona los conflictos “en clave constitucional y no el plano meramente legal”, encontrando en la mayoría de los casos que hay violación al debido proceso y ordenando el reintegro del accionante. Este autor considera que la tesis adecuada es la de la Corte Constitucional, en primer lugar bajo el argumento positivista según el cual el artículo 241 constitucional dispone que esta corporación es el intérprete máximo de los derechos fundamentales y uno de ellos es el debido proceso; en segundo lugar, porque en la Sentencia C-335 de 2008 se consideró que el Consejo de Estado está en el deber de seguir la jurisprudencia que la Corte Constitucional emita sobre la interpretación y el alcance de un derecho fundamental o, de lo contrario, eventualmente podría incurrir en el delito de prevaricato; en tercer lugar, el autor plantea un argumento fáctico consistente en afirmar que el Consejo de Estado ha fallado al momento de consolidar su posición en este caso, trasgrediendo el principio de igualdad, pues arguye que dentro de la Sección Segunda hay disímiles criterios para fallar casos análogos, únicamente bajo el argumento de que el ponente de esta nueva sentencia no estuvo presente en las deliberaciones de la anterior. Además, Benitez Rojas pone de presente que dentro de esta misma Sección, la Subsección A tiene fallos diametralmente opuestos a los de la Subsección B, al tiempo que algunos criterios que son establecidos en ciertas providencias (por ejemplo, recurrir a la hoja de vida del afectado o determinar si el accionante está realizando curso de ascenso) son abandonados o menguados en sentencias posteriores sin explicación. Finalmente, destaca que existe una incoherencia al momento de tomar las decisiones, pues estas son diferentes si la misma cuestión se estudia en procesos ordinarios (de nulidad y restablecimiento del derecho), o en acciones constitucionales

(tutela) (2010, p. 115-117). Para citar solo un ejemplo de lo expuesto, se observa la Sentencia del 5 de febrero de 2015⁴⁷ de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que al desatar una acción de tutela por vía de hecho por defecto sustantivo, al desconocerse en este caso el precedente de la Corte Constitucional, se dijo:

“Como se ve, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión - Subsección Laboral, no desconoció el precedente de la Corte Constitucional, relacionado con la motivación de los actos de retiro de los miembros de la fuerza pública. Por el contrario, advirtió que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional tienen posiciones encontradas sobre ese asunto. Que, en efecto, para el Consejo de Estado la motivación del acto de retiro es implícita, en cuanto se presume que se expide por razones del servicio, mientras para la Corte Constitucional la motivación debe ser expresa. Sin embargo, el tribunal acogió la posición del Consejo de Estado, por tratarse del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo... La Sala comparte esa conclusión, pues cierto es que la decisión que aquí se cuestiona se profirió por una autoridad judicial que pertenece a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por lo tanto, estaba obligada a respetar el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción, esto es, del Consejo de Estado, en especial, de la Sección Segunda, que es la especializada en asuntos relacionados con el retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, tal como se concluyó en la sentencia acusada... Además, se recuerda al actor que en reiterada jurisprudencia de esta corporación ha señalado que las sentencias de tutela no son vinculantes para los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto, tienen *efectos inter partes*, a diferencia de las sentencias de constitucionalidad” (p. 18-19).

Por su parte, el precedente del Consejo de Estado ha sufrido en varias oportunidades la arremetida de la Corte Constitucional, que al tener una óptica de los asuntos desde el lente constitucional, el cual parece no tener fronteras claras o limitadas, toma posturas divergentes y pone en entredicho la justicia de las decisiones contencioso-administrativas. Ahora bien, hay un fenómeno social en el cual la Corte Constitucional lleva la delantera frente a las otras altas Cortes y es que goza de mayor aceptación popular, pues sus decisiones son más publicitadas y se toman, en gran medida, a través de un mecanismo al cual todos acceden fácilmente y sin requerir

⁴⁷ Sección Cuarta. Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Sentencia de fecha 5 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03421-00.

costos, que es la acción de tutela. Estas circunstancias, además de las que se suman en contra del Consejo de Estado, como las señaladas por el autor atrás citado, han llevado a que la doctrina de la Corte Constitucional sea catalogada de coherente y estable, provocando por tanto la rebeldía expresa del alto tribunal contencioso administrativo.

Un caso más reciente y polémico, en la medida en que no solo se trata del enfrentamiento conceptual entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sino además la divergencia de criterios entre las Secciones de esta última corporación, es el asunto de los factores salariales que se deben incluir para liquidar las pensiones de jubilación de los empleados beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El Consejo de Estado, en el año 2010 profirió sentencia de unificación de la Sección Segunda⁴⁸ estableciendo la regla jurídica que la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, no enlista en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que lo hace de forma meramente enunciativa permitiendo la inclusión de todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. A partir de esta sentencia, el Consejo de estado creó una línea estable en relación a este tema. Ahora bien, la estabilidad lograda por el Contencioso Administrativo, se empezó a ver alterada a raíz de varias decisiones emitidas por la Corte Constitucional en vía de tutela y del control abstracto de constitucionalidad, y finalmente mediante la Sentencia SU-230 de 2015, en donde la Corte hizo extensivo el cambio jurisprudencial suscitado en la Sentencia C-258 de 2013 a todos los regímenes pensionales especiales, el cual consistía en que el régimen de transición consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos relacionados con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación (IBL); en otras palabras, que el IBL no es un elemento del régimen de transición. Este pronunciamiento diametralmente opuesto al del Consejo de Estado, creó inestabilidad en el sistema jurídico nacional, pues lo que era jurisprudencia sentada e irrefutable incluso aplicable por vía de extensión de jurisprudencia, empezó hacer cuestionada, inaplicada y discutida en sede judicial. La presión por aclarar la primacía de los precedentes en este caso provocó el pronunciamiento del Consejo de Estado mediante sentencia

⁴⁸ Sección Segunda. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia de fecha 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

de Sala Plena de la Sección Segunda, por importancia jurídica y con criterio de unificación, donde por vía de acción de nulidad y restablecimiento del derecho ratificó su postura unificada desde el año 2010. En este asunto, sin desconocer de forma franca el precedente de la Corte Constitucional, hace una interpretación algo tangencial para decir que el mismo no cumple con los supuestos facticos y jurídicos de los casos analizados en regímenes cobijados por la Ley 33 y 62 de 1985, pues lo que se analizó allí fueron las pensiones de la Ley 4 de 1992. Esto dijo el alto Tribunal Contencioso Administrativo⁴⁹:

“Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso” (p. 29-30).

“La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema” (p. 31).

Defiende de este modo el Consejo de Estado su postura, en uno de los temas que quizás ha podido mantener de forma más coherente, pues en su sentir la Corte Constitucional no analizó y rechazó de forma directa su interpretación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁴⁹ Sección Segunda. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia de fecha 25 de febrero de 2016. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13).

No obstante, el mismo día en que la Sección Segunda en Sala Plena defendía su posición unificada, la Sección Quinta de esta misma Corporación en el trámite de una acción de tutela, expresó⁵⁰:

“El juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto genera lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma (...). Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno (...). Interpretación auténtica que los jueces, sin distingo de jerarquía, no pueden desconocer, bajo el argumento de la primacía de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional (...). En otros términos, el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación (...). La Sección debe indicar que cambia así su postura sobre la materia y entiende que frente a criterios o posturas divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación, han de prevalecer los del Tribunal Constitucional, contenidos únicamente en sentencias de constitucionalidad y de unificación en tutela, siempre que la *ratio decidendi* se aplique al caso concreto y, por tanto, su desconocimiento configura el defecto de violación del precedente (...). La regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100

⁵⁰ Sección Quinta. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Sentencia de fecha 25 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00103-00(AC).

de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio. Por su parte, el actor se encuentra inmerso en el régimen de transición pensional, aspecto que no fue objeto de debate, y que como consecuencia exige que el cálculo de su pensión se realice con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 (...). El Tribunal Administrativo de Antioquia concluyó que en el ingreso base de liquidación deben incluirse todos los conceptos de remuneración que puedan calificarse como factores salariales de ley, devengados por el actor en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado. En ese orden, al calcular el IBL con base en el promedio del último año de servicio, se desconoció el precedente aplicable al caso, de conformidad con la regla establecida en la providencia de constitucionalidad referida, y en consecuencia se configuró el defecto sustantivo alegado (...). Como la Sala lo ha planteado, concurren en el sub examine los presupuestos exigidos para conceder el amparo constitucional, toda vez que la providencia enjuiciada desconoce el precedente de la Corte Constitucional, por lo que se accederá a las pretensiones de la tutela, de acuerdo con los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia” (p. 17-18).

El tema es difícil, no solo porque la Corte Constitucional estableció una doctrina totalmente opuesta a la del Consejo de Estado, contradicción que pretendió solucionar esta última corporación mediante la ratificación de su sentencia unificada del 4 de agosto de 2010, sino porque el trasfondo abre una discusión más profunda y compleja acerca de la jerarquía del precedente. Franco Mongua manifiesta que estamos llegando a un “gobierno de los jueces: que no será de todas las altas cortes, sino solo de la Corte Constitucional, ya que plasmó su prevalencia presente y futura en materia de precedentes. Terminando por concentrar un poder legislativo y judicial, es decir, dará las reglas de juego y será arbitro” (2012, párr. 10). La solución a este tipo de controversias la dio la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-816 de 2011, donde señaló que frente a este tipo de situaciones debe prevalecer el precedente de la misma Corte, con lo cual se asegura la armonía del sistema jurídico colombiano y se previene la antinomia. Pese a lo anterior, la divergencia de precedentes entre las altas Cortes es un fenómeno actual y, como se vio, se resiste a aplicar la salida que plateó el Tribunal Constitucional.

Zambrano Cetina considera que las dificultades están en las decisiones que toman las cabezas de las jurisdicciones, pues se entendía que tanto la Corte Suprema de Justicia como el

Consejo de Estado eran los que daban la jurisprudencia sentada que era la última palabra en el campo de competencia de cada uno. Con todo, lo que pasó es que entró un tercer actor muy importante que asumió el rol de analizar que esa jurisprudencia sentada no golpeará, en cada caso, el elemento material de la constitución, pudiendo incluso ordenar la reorientación de esa decisión. “De manera que el debate que se dio en Alemania hace tiempo ya lo solucionaron, le dieron al Tribunal Constitucional la primacía, y punto, que ya no se discute, pero que en Colombia es un debate que continúa abierto” (2012, p. 39).

Para Rojas Betancourth, “mientras exista en Colombia la tutela contra sentencia en donde la Corte Constitucional pueda decirle por ejemplo a la Corte Suprema de Judicial o al Consejo de Estado, que no interpretaron bien la norma y en consecuencia no aprobar ese resultado específico que ellos dan, se está frente a un problema de jerarquías de las jurisprudencias” (2012, p. 65). Continúa diciendo este mismo Consejero, a manera de conclusión que “...por ahora el mecanismo institucional que regula la unificación en su entender es la tutela contra sentencias y siendo así pensar que habrá cero tutelas contra sentencias, sería cierto, solo si se toma en serio la condicionalidad de las sentencias de la Corte Constitucional según la cual la unificación no solamente es de jurisprudencia de lo contencioso sino la Constitucional, porque de lo contrario se seguirá en lo mismo” (2012, p. 68).

Así las cosas, el precedente del Consejo de Estado, que si bien ha logrado ganar estabilidad gracias a las figuras procesales que se crearon para su aplicación unánime y obligatoria, se ha visto desequilibrado cuando la Corte Constitucional asume el análisis de casos similares, y sin tener necesidad de rebatir expresamente la postura del alto tribunal de lo Contencioso Administrativo, asume soluciones divergentes que crean la idea inmediata de un cambio de postura, sin que para el ciudadano interese que se trate de corporaciones diferentes, pues éste percibe a la Rama Judicial como una sola, lo cual claramente no es entendido por las cortes de cierre que reclaman para sí independencia y autonomía.

Entonces, el problema continuará, en la medida en que no se acepte que la Corte Constitucional juega un papel especial y diferente al de las demás cortes, pues la misma Constitución la ha autorizado para salvaguardar los derechos en ella contenidos, potestad que

resulta ser un pretexto –en el buen sentido de la palabra- para que en todos los litigios, sin importar su naturaleza, ésta pueda pronunciarse bien sea rechazando, aceptando o condicionando las posturas de los demás tribunales de cierre cuando considere que dichos derechos están comprometidos. El hecho de que la Corte Constitucional pueda fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales, la lleva a crear consideraciones muy amplias que incluso desbordan el texto mismo –subreglas constitucionales-, lo que redundaría en una competencia casi que ilimitada cuando se trata de examinar la trasgresión de estas disposiciones. Por lo anterior, como se infiere del análisis doctrinal efectuado, el problema de contradicción entre las altas cortes en materia de precedente se solucionaría permitiendo que sea la Corte Constitucional la que tenga la última palabra cuando diversos tribunales coinciden en el análisis de los temas. El Consejo de Estado, acepta la prevalencia del precedente Constitucional en unos casos y en otros no. En la sentencia en la cual analizó el tema del IBL, en materia pensional, la sección quinta de esta corporación, acogió como obligatoria la sentencia de unificación de tutela de la Corte Constitucional⁵¹. Sin embargo, parece que para el alto Tribunal Contencioso Administrativo, dicha obligatoriedad no ha sobrepasado las barreas de las acciones constitucionales que decide, pues en materia de medios de control ordinarios tomó decisiones, diametralmente, distintas a la comentada⁵².

Otro aspecto que resulta crítico en la teoría del precedente contencioso-administrativo es la inestabilidad de sus posiciones y la falta de coherencia en su línea jurisprudencial. Para Bernal Pulido, los problemas prácticos que suscita la tesis optimista, aquella que cree en el valor vinculante del precedente, se refieren a ciertas características de nuestra realidad y de nuestra institucionalidad, que harían inviable la aceptación y la operatividad de dicha tesis. Entre ellos, el que interesa estudiar en este acápite es la insuficiencia de la casación y del recurso de súplica ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como mecanismos para controlar la falta de sometimiento de los jueces a la jurisprudencia (2003, p. 25-26). Agrega a este aspecto Ospina Garzón que existen cuatro circunstancias que motivan el cambio jurisprudencial de manera

⁵¹ Sección Quinta. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Sentencia de fecha 25 de febrero de 2016. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00103-00(AC).

⁵² Sección Segunda. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia de fecha 25 de febrero de 2016. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13).

consciente o inconsciente y que provocan la veleidad⁵³. La primera, es la personalización de la jurisprudencia, pues debido a que las sentencias son identificadas por el nombre del magistrado ponente, estos pretenden cambiar la historia, es decir, sentar jurisprudencia propia. En segundo lugar, porque no existe en nuestro sistema, estudios de jurisprudencia dentro y fuera de la jurisdicción, que identifiquen claramente las líneas jurisprudenciales. El desconocimiento de la evolución de la jurisprudencia, produce sentencias circulares que determinan cambios bruscos dependiendo del juez o magistrado que los propuso. En tercer lugar, argumenta que la inconsecuencia en el precedente es provocada también por la extensión de las decisiones, la poca claridad de sus motivos y su argumentación circular. Para finalizar, expone que los cambios de jurisprudencia son más explicables en un juez de fondo que en un juez unificador. Aduce que en nuestro sistema no existe un verdadero juez unificador de jurisprudencia, ya que el Consejo de Estado sigue siendo juez de única o segunda instancia, es decir un juez de fondo. Para este autor, es completamente lógico que en un órgano con tantas competencias y con tantas subdivisiones como lo es el Consejo de Estado no haya unidad de jurisprudencia. A manera de ejemplo acerca de la complejidad de la estructura de la alta corporación de lo Contencioso Administrativo afirma que “en este panorama difícilmente se puede afirmar que la decisión fue adoptada por el Consejo de Estado: en efecto, este órgano es tan grande y tan diverso que incluso la Corte Constitucional considera que cuando la decisión la ha adoptado una sección diferente no se trata del mismo juez, para efectos de determinar si violó la igualdad” (2014, p. 36-38).

Son varios los aspectos prácticos que la doctrina describe como problemas a la hora de buscar la coherencia en el precedente judicial del Consejo de Estado. La misma composición de este órgano ha generado diversas posiciones contrapuestas en su interior, máxime si se observa que la competencia para emitir sentencias de unificación recae también en las Secciones. Resulta ser una circunstancia que agrava este fenómeno que el Consejo de Estado diga que el precedente horizontal no es vinculante, pues ello elimina la obligación de observancia y sujeción entre Secciones, lo cual contribuye a la contradicción jurisprudencial. Igualmente, esta corporación ha tenido por costumbre destacar a los ponentes, generándose un actuar individual, ya que al ser estos por lo regular personas de gran trayectoria nacional, buscan crear fallos paradigmáticos, que

⁵³ Este término hace referencia, a que la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en algunos casos ha sido oscilante y vacilante, dando muestras de bandazos aparentemente incomprensibles (Ospina Garzón, 2014, p. 26).

terminan siendo muy densos, llenos de explicaciones y conceptos teóricos, como si se tratara de textos académicos y no de sentencias. Ahora bien, pese a los esfuerzos recientes realizados por el Consejo de Estado para mejorar su plataforma virtual, agilizar el motor de búsqueda y recopilar mediante su relatoría el mayor número de jurisprudencia, la cual se consigue actualizada, lo cierto es que aún persiste la desobediencia, incluso a las sentencias de unificación por parte de los mismos consejeros, lo cual claramente no se puede atribuir al desconocimiento de los precedentes. Como se apuntó, las herramientas tecnológicas permiten un acceso casi inmediato a las decisiones, pero todas las circunstancias vistas, aunadas al hecho de que el Consejo de Estado no es un órgano de unificación – casación-, sino de instancia con múltiples competencias, hacen que cada Sección, Subsección y ponente deba asumir el conocimiento de muchos temas con supuestos facticos y jurídicos iguales, los cuales terminan siendo decididos de diversas maneras, algunos en contraposición expresa a otros casos decididos o algunas veces sin decir siquiera que se apartan de posturas sentadas con anterioridad. Todos estos fenómenos caóticos no han permitido crear una verdadera cultura del precedente al interior del Consejo de Estado, situación que es palpable en los ejemplos citados en esta investigación.

Refuerza el anterior argumento lo expresado por Jaramillo, cuando afirma que:

“El escenario actual en la práctica, obviamente con excepciones, sigue siendo un sistema de jurisprudencia libre o meramente indicativa, lo que conlleva los siguientes efectos en el funcionamiento de nuestro sistema jurídico (...). Existen casos en los que las salas o secciones de las corporaciones sostienen posiciones diversas frente a un mismo punto, incluso a veces desconociendo la jurisprudencia de su Sala Plena. Lo anterior genera que existan varias jurisprudencias vigentes simultáneamente, ocasionando inseguridad jurídica, perplejidad en la comunidad jurídica y judicial, y graves contradicciones en el interior del sistema, conspirando, además, contra claros axiomas de carácter constitucional y legal. Por consiguiente, no sería posible exigir el cumplimiento de la jurisprudencia vigente a los ciudadanos y a las autoridades públicas, o tal vez ellos podrían elegir cuál cumplen, fragmentándose, de este modo, las obligaciones y deberes impuestos por el ordenamiento jurídico. De allí la relevancia de abogar por la adopción de mecanismos unificadores que eliminen las referidas asimetrías” (Jaramillo, 2012, p. 257-258).

Se evidencia, tras el análisis efectuado, la imperiosa necesidad de crear reglas aún más

claras en materia de precedente en el Contencioso Administrativo, para ofrecer una salida a los múltiples problemas que en la práctica se presentan. Pero dichas reglas, más que estar dirigidas a un esquema de obligatoriedad –el cual ya fue instituido por la Ley 1437 de 2011 y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional–, deben dirigirse a los actores comprometidos en la producción de dicho precedente. La institución del precedente no podrá ganar la seriedad y el grado de vinculatoriedad requerido para garantizar la seguridad jurídica y salvaguardar el principio de igualdad si se sigue desobedeciendo por parte de los falladores. Las reglas en la aplicación del mismo están dadas y se han venido elaborando día a día, pero la independencia y autonomía reclamada por el aparato judicial ha sido un factor mal interpretado y que ha impedido la creación de un sistema jurídico coherente en el Contencioso Administrativo. Aceptar, por ejemplo, el grado de superioridad del precedente constitucional en algunas materias, podría contribuir a que se disminuya el número de tutelas contra sentencia judicial propuestas por defecto sustantivo al desconocerse el precedente del tribunal constitucional. Igualmente, se requiere una delimitación clara de las competencias de cada órgano de cierre, lo cual evitaría el mediático choque de trenes. Esto es, aceptar el conocimiento especializado que cada órgano tiene dadas las competencias otorgada por la Constitución y la Ley, y permitir que sienta su posición sin cuestionarla, salvo situaciones muy excepcionales y que puedan constituir un actuar desviado por parte de la corporación. Sumado a esto, se debe crear la conciencia en los funcionarios judiciales, especialmente los pertenecientes a las altas corporaciones, de actuar como un único cuerpo, una máquina engranada para el logro de un mismo objetivo, el de producir jurisprudencia obligatoria que sirva de fuente del sistema jurídico nacional. Para esto, se debe contar con una relatoría atenta a comunicar los cambios y posiciones de cada sección, subsección o ponente. Igualmente, se deben olvidar las vanaglorias personales y los intereses subrepticios que minan la objetividad y los propósitos loables de la administración de justicia. El Consejo de Estado, debe ser una Corporación productora de reglas jurídicas constantes, invariables y sólidas, reglas que si bien pueden cambiar o actualizarse, deben ser el resultado de un proceso coherente y controlado acorde con la dinámica social que pretende regular.

Conclusiones

La creación de la Corte Constitucional, generó un cambio conceptual trascendental en nuestro derecho. Esta nueva corporación, avalada por la misma carta política que le otorgó la función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, e interprete autorizada de la misma, empezó todo un proceso de renovación de nuestras instituciones jurídicas de antaño, que no implicó el cambio de su estructura sino la forma en que eran interpretadas.

Con el objeto de romper el carácter auxiliar otorgado en la Constitución a la jurisprudencia, la Corte Constitucional le dio una interpretación al artículo 230, constitucional, en el sentido de ampliar el concepto de imperio de la ley, entendido anteriormente como ley en sentido formal, para entender en adelante que dicho termino hacía referencia a todo el ordenamiento jurídico. Por ende, el juez al estar vinculado al imperio de la ley, también estaría vinculado a la decisión judicial que hacía parte del ordenamiento jurídico.

Colombia evolucionó de un sistema de libre jurisprudencia, a un sistema de precedente. Esta evolución comenzó de forma consciente en la Corte Constitucional, la más joven de las Cortes Colombianas. En la actualidad es precisamente esta Corporación, la que posee una teoría del precedente más elaborada y estable. El Consejo de Estado, se incorporó al avance de la Corte Constitucional, empleando la figura del precedente judicial, pero con mayor resistencia en este proceso. La concepción romano germánica de fuentes de derecho, fue protagonista al interior del Consejo de Estado por un periodo prolongado, razón por la cual la jurisprudencia fue considerada como criterio auxiliar incluso cuando para la Corte Constitucional esta constituía fuente formal del derecho.

El cambio a nivel legal, fue gestado por el Consejo de Estado, quien participó en la elaboración del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 1437 de 2011. Esta normativa, tiene como eje principal, y a su vez mayor novedad, el carácter obligatorio de las decisiones de esta Corporación. El legislador en un trabajo mancomunado con el aparato judicial, contribuyo al

afianzamiento del precedente jurisprudencial, instituyendo en el procedimiento administrativo una verdadera disciplina de los jueces de menor jerarquía y de las autoridades administrativas frente a la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado. Con esto, se dio un avance no solo al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sino de la misma Rama Legislativa, que por muchos años trato de impedir el margen de discrecionalidad judicial, visto como una usurpación de su función legal y constitucional de crear normas jurídicas.

La Ley 1437 de 2011 respondió a la necesidad de salvaguardar el derecho a la igualdad de trato y el principio de la seguridad jurídica, mediante la creación de la sentencia de unificación jurisprudencial como regla jurídica de aplicación obligatoria por parte de los falladores y las autoridades administrativas. Con todo, esta ley, al introducir nuevas figuras procesales para otorgarle valor obligatorio a la jurisprudencia del Consejo de Estado, lejos de brindar la estabilidad pretendida por el legislador, ha generado que se reviva la polémica acerca de la labor judicial en la producción del derecho.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico reglas claras acerca de la prevalencia o jerarquía de los precedentes de las altas cortes en aquellas situaciones donde coinciden en el estudio de los temas y emiten consideraciones contrapuestas. La ausencia de claridad, en esta materia, ha provocado reacciones de rechazo entre las corporaciones de cierre y la interposición de acciones de tutela por parte de los ciudadanos pidiendo la aplicación de uno u otro precedente según sus intereses.

El precedente contencioso-administrativo presenta una dificultad en su producción, que lo hace inestable. Debido a la estructura funcional de esta corporación existen secciones y subsecciones que toman decisiones en temas análogos, algunas veces, contradictorias. Además, ciertas posturas adoptadas, en casos puntuales, varían según sean el resultado de acciones constitucionales o de medios de control ordinarios (caso IBL). Estas circunstancias debilitan la fuerza de su precedente y provoca en el fallador de menor jerarquía cambios constantes de criterio, lo cual redundo en un desconocimiento flagrante del principio de seguridad jurídica del ciudadano.

El Consejo de Estado a partir de la Ley 1437 de 2011, asumió un proceso consiente de producción de reglas judiciales, apoyado en figuras como el recurso de unificación y la extensión de jurisprudencia, herramientas procesales creadas para obligar al aplicador a observar las sentencias de unificación que profiere. Sin embargo, la dinámica interna y externa de esta corporación no le ha permitido crear reglas estables que garanticen seguridad jurídica. La labor de crear un precedente contencioso-administrativo, seguirá siendo difícil sino se definen líneas jurisprudenciales claras y unánimes, si los cambios de criterio jurisprudencial no son aceptados por toda la corporación, y si no se admite la fuerza vinculante del precedente constitucional. La interpretación del Consejo de Estado debe ofrecer respuestas a los problemas jurídicos de conocimiento del juez de menor jerarquía, a fin de que éste pueda adoptarla como regla jurídica aplicable al caso. Esto implica que dichas reglas jurídicas deban ser constantes, invariables y sólidas y que, únicamente, pueda cambiar o actualizarse después de un proceso coherente y controlado acorde a la dinámica social que pretende regular. La seguridad jurídica y el derecho a la igualdad de las partes implican la estabilidad en la decisión judicial, que si bien no puede entenderse como inamovilidad en razón a los constantes cambios sociales, si debe ser un proceso que asuma toda la corporación de forma unánime y coherente, para evitar decisiones concomitantes contrapuestas.

Referencias Bibliográficas

Acosta Sánchez, J. (Abril - Junio 1998). Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) No. 100: <http://www.cepc.es>.

Alonso García, E. (1984). La interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ámbito Jurídico (2011). La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley, recuperado el 4 de febrero de 2011 de http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110204-06_la_obligatoriedad_del_precedente_jurisprudencial_es_ley.asp.

Arenas Mendoza, H.A., Arrieta Álvarez, E.C., Beltrán Fuentes, N., Cruz Chacón, L.R., Charrys Benedetti, J.P., Galvis Castro, F.,...Pulido Barreto, M.A. (2014). Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia. Bogotá: Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Arias García, F. (enero julio 2012). Valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado: ¿Una alteración al sistema de fuentes de derecho en el proceso contencioso administrativo?. *Principia Iuris*, 17, 129-147.

Benítez Rojas, V. F. (2010). 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. *Díkaion*, vol. 19, 99-120. Recuperado <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72015500005>.

Bernal Pulido, C. (2003). La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico Colombiano. Precedente Revista Jurídica, 13-43. Recuperado de <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/1BERN ALPULIDO.pdf>.

Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. Revista de Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, 21, 81-94.

Bernal Pulido, C. (2009). El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cuevas Cuevas, E. J. (2013). La unificación de la jurisprudencia como recurso extraordinario. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/17euripides-de-jesus-cuevas.pdf>.

Chanín Lizcano, G. (2011). El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. En Consejo de Estado (Ed.), Seminario Internacional Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (pp. 373-384). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ezquigua Ganuzas, F. J. (1987). Métodos y criterios de Interpretación de la Constitución. Madrid: Editorial Oñati.

Favoreau, L. (2000). Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Franco Mongua, J. F. (2012). El precedente judicial obligatorio: ¿mecanismo de descongestión gobierno de los jueces?. Ámbito Jurídico. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-120613-04>.

Gadamer, H.G. (1984). *Verdad y método*. Salamanca: Editorial Sígueme.

García Máynez, E. (2010). *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa, México.

Gonzales Ramírez, A. (2015). *Introducción al Derecho*. (11 ed.) Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Hernández Becerra, A. (2011). La jurisprudencia en el nuevo código. En Consejo de Estado (Ed.), *Seminario Internacional Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (pp. 233-244). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Hoyos Duque, R. (2013). El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente de derecho?. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf>.

López, F. Borja. Escribano, J. (1984). *La formulación de Criterios de Interpretación de la Constitución en la Doctrina Alemana: Parámetros de Admisibilidad*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.

López Medina, D. E. (2001). *El Derecho de los Jueces* (4 ed.). Bogotá: Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho.

López Medina, D. E. (2004). *Teoría Impura del derecho* (1 ed.). Bogotá: Legis.

López Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional*. (2 ed.) Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

López Medina, D. E. (2009). *El Derecho de los Jueces* (8 ed.). Bogotá: Uniandes – Legis Editores.

López Medina, D. E. (2016). *Eslabones del Derecho: El deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá: Uniandes-Legis Editores.

Monroy Cabra, M. G. (2010). *Introducción al derecho*. (15 ed.) Bogotá: Editorial Temis.

Montaña Plata, A. (2005). *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Motta Navas, A.A., Suelst Cock, V. & Corrales Sánchez, M.E. (2012). *La importancia de la jurisprudencia en Colombia. Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares* (1 ed). Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH - Consejo Superior de la Judicatura.

Olano García, H. A. (2011). *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo*. *Estudios Constitucionales*. V. 2, pp. 395 - 428.

Ospina Garzón, A. F. (2009). *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ospina Garzón, A. F. (2014). *Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿Veleidad o independencia del Juez?*. En J. L. Benavides (Comp.). *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo* (pp. 21-58). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Parra Vargas, F. A. (2013). Artículo de reflexión crítica: El debido proceso y el precedente judicial en el procedimiento administrativo de conformidad con la Ley 1437 de 2011. Colección Borradores de Investigación, V. 66, p. 1-32. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10490/BI%2066%20Jurisprudencia%20web.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Pérez Luño, A. E. (1993). El desbordamiento de las fuentes del derecho. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
- Pérez Royo, J. (1998). Las Fuentes del Derecho (4 ed.) Madrid: Editorial Tecnos.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). El precedente judicial y sus reglas: Editorial Legis.
- Rodríguez R, L. (2013). Derecho Administrativo General y Colombiano (18 ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Rojas Betancourth, D. (2012). La construcción de la jurisprudencia en Colombia – Líneas jurisprudenciales y conceptos asociados. Foro sobre la construcción de la jurisprudencia en Colombia, 49-72.
- Ruiz Manteca, R. (1994). Introducción al Derecho y Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Trotta.
- Santaella López, M. (1955). Montesquieu: el legislador y el arte de legislar. España: Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- Santaella Quintero, H. (2014). La sujeción de la administración a los precedentes judiciales. En J. L. Benavides (Comp.). *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo* (pp. 141-178). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

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

Sarmiento Erazo, J. P. (2011). El Recuso Extraordinario de Unificación Jurisprudencial: ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso administrativo?. *Vniversitas*, V. 123, p. 247-282. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3729327>.

Sierra Porto, Humberto A. (1998). Conceptos y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana. Bogotá: Universidad Externado.

Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo Jaramillo, C. I. (2012). El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia. Colección perspectivas del Derecho, (3).

Younes Jerez, S. (2005). Estado Social de Derecho. Estructura, Crítica y Prospectiva. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda.

Zambrano Cetina, W. (2012). La construcción de la jurisprudencia en Alemania. Los conceptos de la jurisprudencia sentada y establecida y su modelo de construcción. Foro sobre la construcción de la jurisprudencia en Colombia, 17-46.

Gaceta del Congreso de la República:

Gaceta del Congreso 683 de 2010. Recuperado el 23 de septiembre de 2010 de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=683&v_anog=2010.

Gaceta del Congreso 264 de 2010. Recuperado el 27 de mayo de 2010 de

http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=264&v_anog=2010.

Gaceta del Congreso 1173 de 2009. Recuperado el 17 de noviembre de 2009 de

http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=1173&v_anog=2009.

Jurisprudencia citada de la Corte Constitucional:

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993. M. P. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-222 de 1996 M. P., Fabio Morón Díaz

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008, M.P. María Victoria Calle Correa

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 566 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 569 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-1122 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-175 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1996 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-168 de 1999. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 621 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Jurisprudencia citada del Consejo de Estado:

Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia (19 de febrero de 2015), Radicación número: 1101-03-15-000-2013-02690-01(AC). C. P. Alberto Yepes Barreiro.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia (9 de abril de 2014), Radicación número: 110010326000201300019-00. C. P. Enrique Gil Botero.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia (3 de febrero de 2009), Radicación número: 110010315000200901268-00 (AC). C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia (11 de junio de 2009), Radicación número: 25000232500020020975101 (836-06). C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, Auto (22 de julio de 2010), Radicación número: 25000- 23- 25- 000-2001-04597-01(0616-09). C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia (26 de enero de 2012), Radicación

número: 11001-03-15-000-2011-01695-00(AC). C. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia (7 de mayo de 2012), Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01757-01(AC). C. P. William Giraldo Giraldo.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia (6 de septiembre de 2012), Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01339-00(AC). C. P. María Claudia Rojas Lasso.

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto (11 de septiembre de 2012), Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia (4 de abril de 2013), Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00019-00(46213). C. P. Enrique Gil Botero.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia (6 de marzo de 2014), Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02733-00(AC). C. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia (6 de marzo de 2014), Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00076-03(AC). C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia (9 de abril de 2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01123-00(2647-13). C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia (19 de febrero de 2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02690-01(AC). C. P. Alberto Yepes Barreiro (E).

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia (4 de agosto de 2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00318-00(0964-14). C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E).

Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia (11 de febrero de 2016), Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03358-00(AC). C. P. Rocio Araujo Oñate.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia (14 de octubre de 2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00105-00(0211-14). C. P. Alfonso Vargas Rincón.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia (5 de febrero de 2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03421-00. C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia (4 de agosto de 2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia (25 de febrero de 2016), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13). C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia (25 de febrero de 2016), Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00103-00(AC). C. P. Alberto Yepes Barreiro.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto (4 de abril de 2013), Radicación número: 1101-03-25-000-2013-01123-00(2647-13). C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, Sentencia (26 de marzo de

El precedente en el Consejo de Estado

2015), Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto (12 de abril de 2014), Radicación número: 110010326000201300019-00. C. P. Enrique Gil Botero.