

APUNTES SOBRE EL PRECEDENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Luis Javier Moreno Ortiz

RESUMEN

En este documento se pretende analizar el consenso constitucional, que en materia de fuentes parece dejar en claro el artículo 230 de la Constitución Política, a partir de tres escenarios teóricos: el histórico, el lógico y el pragmático. En el primer escenario se estudiará el tema de las fuentes del derecho dentro de nuestra tradición jurídica republicana. En el segundo escenario se dará cuenta de las dificultades estructurales que tienen la interpretación y la aplicación de la norma constitucional que las regula. En el tercero se verificará la experiencia jurídica actual, para saber en realidad cuál es el sistema de fuentes que opera en la práctica judicial.

PALABRAS CLAVE

Precedente judicial, Doctrina constitucional, Doctrina probable, Precedente contencioso administrativo, Sistema de fuentes.

SUMARIO: *Introducción. 1. Análisis histórico. § 1. El pasado en el presente. § 2 La tradición de las recopilaciones. § 3. De las Siete Partidas a Napoleón. § 4. Codificadores suramericanos. § 5. El código en la Confederación. § 6. Ideología de la codificación. § 7. El código en la República Unitaria. § 8. El código civil y la hermenéutica jurídica. § 9. El sistema de fuentes de 1887. § 10. El problema de las doctrinas. § 11. La doctrina probable. § 12. La supremacía de la Constitución. § 13. La jurisdicción de lo contencioso administrativo. § 14. El ejecutivo como legislador. 2. Análisis lógico y análisis pragmático. § 15. El polisémico vocablo ley. § 16. El precedente. § 17. De las doctrinas al precedente. § 18. Efecto vinculante del precedente. § 19. Reconocimiento legal del precedente. § 20. Revisión constitucional del anterior reconocimiento. § 21. Problema jurídico y decisum de la Sentencia C-539 de 2011. § 22. Fundamentos jurídicos de la Sentencia C-539 de 2011. § 23. Problema jurídico y decisum de la Sentencia C-634 de 2011. § 24. Fundamentos jurídicos de la Sentencia C-634 de 2011. § 25. Ratio decidendi de las anteriores sentencias. 3. Conclusiones. § 26. A partir del análisis histórico. § 27. A partir del análisis lógico. § 28. A partir del análisis pragmático. Epílogo.*

INTRODUCCIÓN

La Historia devuelve a los hombres su falsa confianza.

Elías Canetti.

Hace ya casi veinte años, al dictarse la Constitución Política de 1991, parecía haber un consenso en torno al tema de las fuentes del derecho. Ese consenso se plasmaba en el artículo 230 de la Carta, según el cual los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, pues la equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina, apenas son criterios auxiliares de su actividad. Este consenso, si se juzga a partir de los elementos de juicio que se tienen al día de hoy, parece ser muy precario, pues en nuestra tradición jurídica, anterior y posterior al año de 1991, la obra de los jueces no ha sido propiamente una fuente auxiliar de derecho.

1. ANÁLISIS HISTÓRICO

*El ser humano ha recogido la sabiduría
de todos sus ancestros, y ¡mirad cuán estúpido es!*

Elías Canetti.

Las instituciones jurídicas, en tanto instituciones, surgen y se desarrollan dentro de un contexto concreto. De este contexto da cuenta la historia. El pretender estudiar una institución por fuera de su contexto, como si se tratara de algo universal e intemporal, no pasa de ser un intento forzado, en el cual pese al esfuerzo, la institución queda mutilada. De ahí que el análisis histórico sea imprescindible.

§ 1.

El siglo XIX, en los albores de la República, comienza en medio de la confusión jurídica, pues las instituciones del derecho colonial, pese a todo, se mantienen merced al peso de su prestigio, a la fuerza de la tradición y a la continuidad histórica de la inercia de tres siglos. Si bien se comienza a hablar de Constituciones en varias provincias, y se intenta crear un nuevo orden, mucho de lo que se hace refleja en sus entrañas la huella de un pasado, acaso no tan

desdeñable. Un buen ejemplo de ello es la Constitución Monárquica de Cundinamarca de 1811¹.

§ 2.

En medio de la independencia, cuando lo urgente es ganar la guerra, el tema de las fuentes del derecho pasa a segundo plano. Sólo será a partir de 1821, con una nueva Constitución, esta vez de Colombia, y una aparente tranquilidad, al menos en buena parte del territorio, cuando el tema jurídico recupere su importancia. Las fuentes coloniales, que se distinguen de las fuentes peninsulares, en un *corpus* independiente, denominado derecho indiano, conviven durante algún tiempo con las fuentes republicanas, entre las cuales aparecen las leyes y los decretos. En la transición, tanto las fuentes jurídicas indianas como la forma hispana de comprender el derecho permanecen vigentes. Así puede verse en el más ambicioso esfuerzo jurídico de la primera mitad del siglo XIX: la *Recopilación de Leyes de la Nueva Granada*, que aparece en el año de 1845, gracias a los trabajos del estadista Lino de Pombo y del jurista José Antonio de Plaza².

§ 3.

El derecho, así se encuentre contenido en varias leyes, se recopila. Esta recopilación es la fuente de derecho por excelencia, pues tiene a su favor una trayectoria de continuidad que la vincula a las Siete Partidas, cuya presencia sigue siendo visible tanto en lo formal como en lo material. Sólo a partir de la segunda mitad del siglo XIX ocurre un cambio notable en nuestra tradición jurídica, generado por la influencia francesa, visible en el culto a la ley y en el ambicioso

¹ Sobre esta Constitución merece la pena consultarse La Constitución Monárquica de Cundinamarca de Hernán Alejandro Olano García, Bogotá D.C., Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006.

² La parte que corresponde a lo que más tarde será la sujeta materia de los Códigos, aparece en el Tratado Primero, Parte 2, sobre Régimen político y municipal de las provincias, cantones y distritos parroquiales; en el Tratado Segundo, Partes 1, 2, 3 y 4, relativas a la ley orgánica de los tribunales y juzgados, a la ley orgánica del procedimiento civil, a la ley sobre procedimiento a seguir en los juicios en el Senado, y a al Código Penal. En otros tratados y partes aparecen normas que luego serán organizadas en el Código Civil.

proyecto de la codificación³. Los códigos de Napoleón se yerguen como el paradigma en estos territorios. Como un paradigma que supera los confines de una ley concreta y aspira, con la desmesura de la ilustración, a crear un sistema capaz de atrapar de una vez y para siempre todo el derecho. Como un paradigma que desdeña la tarea judicial y desconfía de los jueces. Como un paradigma que se afianza en lo positivo y, en su correlato, la exégesis.

§ 4.

Tres grandes juristas serán los adalides de los nuevos tiempos en la América del Sur: Andrés Bello en Chile, Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina y Augusto Teixeira de Freitas en Brasil. Luego de muchos trabajos, Bello se gradúa de jurista al presentar en 1855 el proyecto de Código Civil al presidente de Chile, Don Manuel Montt, quien lo remite al Congreso para su aprobación, lo cual se logra el 14 de diciembre de 1855. El código entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 1857, conservándose vigente hasta hoy, con algunas modificaciones. Vélez Sarsfield será un codificador aún más prolífico, pues redactará en compañía de Eduardo Acevedo el Código de Comercio en 1860 y, solitario, el Código Civil en 1869. De Freitas tendrá una suerte dispar, pues su innegable talento jurídico, visible en los trabajos de su reconocida *Recopilación de la Legislación Portuguesa*, iniciada en 1855, y concretada en su *Consolidación de las Leyes Civiles*, que le valdrá recibir del Imperio la tarea de redactar un anteproyecto de Código Civil en 1859, no alcanzará a ser sino un esbozo inconcluso ¡pero qué esbozo!, que llegará hasta el artículo 4908, y que se publicará en varias entregas entre 1860 y 1865.

§ 5.

Por los días en los que Bello culmina su código para Chile, la Nueva Granada se descuaderna, primero en Provincias y luego en Estados,

³ Sobre este asunto se puede consultar con provecho el artículo Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano, escrito por Miguel Malagón Pinzón y Julio Gaitán Bohórquez, que aparece en el número 115 de la Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2008.

antes de pasar a convertirse en una precaria Confederación en su tránsito hacia una Federación. En esos tiempos convulsionados, el Estado de Santander es el primero en adoptar, con ligeras variaciones, el Código Civil chileno, por medio de una Ley dictada el 12 de octubre de 1858 y sancionada el 18 del mismo mes y año⁴.

§ 6.

A la saga del Código Civil viene la ideología que lo soporta y justifica, valga decir, el culto desmedido por la ley, en el cual se presume que el legislador es sabio; la preponderancia del legislador sobre el gobierno y sobre la judicatura, pues el primero se limita a ejecutar la ley y la segunda no hace otra cosa que aplicarla; la desconfianza en los jueces, pues siempre existe el riesgo de que deformen y perviertan la ley, con el pretexto de interpretarla; la reverencia al derecho positivo y la necesidad de la coerción, pues el derecho que se pone, si no se acepta por los interesados, a la postre se impone por la fuerza; y la necesidad de fijar reglas precisas para la interpretación, de tal suerte que se minimice el riesgo de traicionar el espíritu de la ley⁵.

§ 7.

Luego de casi tres décadas de codificación, el péndulo de la historia volverá a oscilar, para establecer un nuevo orden. En este orden sucumbe la Federación y, con ella, las pretensiones de autonomía y de independencia de los Estados, y se reconstruye el proyecto político de una República Unitaria, en la cual el tema de las fuentes del derecho, y en especial de la ley, aparece como uno de los elementos de cohesión política y social. En estos tiempos el

⁴ Sobre la codificación y la historia de nuestros códigos se puede consultar el artículo El Código Civil de Bello en Colombia de Fernando Hinestrosa Forero, que aparece en el número 10 de la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2006.

⁵ Sobre la exégesis jurídica, se puede consultar el libro *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al Maestro Darío Echandía*, Bogotá D.C., Ediciones Rosaristas, 1997, y en particular los capítulos I y VIII, Darío Echandía: *Hermenéutica y pensamiento jurídico* y *El realismo jurídico*, escritos por Carlos Ariel Sánchez Torres y Mauricio Plazas Vega, respectivamente.

prestigio de los códigos y de la codificación es tal, que se dispone que la propia Constitución de 1886, para ser aplicable en cuanto reconoce derechos, libertades y garantías, lo que hace en su Título Tercero, debe incorporarse como Título Preliminar al Código Civil.

§ 8.

La preocupación por unificar la ley, lleva a tener un solo Código Civil para la República, lo cual se hace por medio de la Ley 57 de 1887. En esta ley se adopta como Código Civil colombiano el Código Civil de la Nación sancionado el 26 de mayo de 1873. La Ley 57 de 1887 junto a la Ley 153 de este mismo año, son dos de los pilares fundamentales del nuevo orden. Esta última, en su Parte Primera, contiene las “Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes”, valga decir. Estas reglas sobre validez y aplicación de reglas van más allá de la propia ley, pues al regular el fenómeno de la validez se entrometen en un asunto propio de la Constitución Política, y al regular el fenómeno de la aplicación de la ley, además de reiterar los límites de la tarea de los jueces, se genera pautas obligatorias tanto para la aplicación como para la hermenéutica de las leyes.

§ 9.

Las reglas previstas en los artículos 4°, 5°, 6°, 7° y 10 de la Ley 153 de 1887 son especialmente relevantes para el tema de las fuentes del derecho. En el artículo 4° se advierte que tanto los principios de derecho natural como las reglas de jurisprudencia, sirven para ilustrar la Constitución en casos dudosos, y que la doctrina constitucional es norma para interpretar las leyes. En el artículo 5° se dispone que la equidad natural, la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica sirven para tres propósitos: fijar el pensamiento del legislador, aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes. En el artículo 6° se establece una presunción de derecho de constitucionalidad de la ley, en virtud de la cual ésta debe aplicarse aunque parezca contraria a la Constitución, y sólo si se trata de una disposición legal oscura o deficiente se debe aplicar en el sentido más conforme a la Constitución. En el artículo 7° se

reconoce que el Título III de la Constitución tiene también fuerza legal y, dentro de las leyes, la prioridad que le corresponde como parte del Código Civil. En el artículo 10 se prevé que, en los casos dudosos los jueces deben aplicar la doctrina legal más probable, siendo ésta la que resulta de tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho.

§ 10.

Dentro del contexto anterior, parecería que el papel de los principios generales de derecho, de la equidad natural, de las reglas de jurisprudencia, de la crítica y de la hermenéutica, es sólo auxiliar, pues en la medida en que se trate de una ley clara y congruente, estos elementos de juicio son irrelevantes. Respecto de las dos doctrinas: la constitucional y la legal más probable, no hay suficiente claridad y armonía en las reglas antedichas. De una parte, se dice en el artículo 4° que la doctrina constitucional es norma para interpretar las leyes, lo que parece confirmarse en el artículo 5° al decir que ésta sirve para fijar el pensamiento del legislador y para aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes. Empero, en el artículo 6° se establece que toda ley se presume de derecho constitucional, y que sólo si es oscura o deficiente debe interpretarse conforme a la Constitución, y en el artículo 7° se incorpora una parte de la Constitución al Código Civil para reconocerle fuerza de ley y la prioridad propia de este código. No se sabe con certeza cuál es el papel, ni la jerarquía, de la doctrina constitucional en nuestro sistema de fuentes, como no está claro el papel y la jerarquía de la propia Constitución en el mismo. De otra parte, se dice en el artículo 4° que las reglas de jurisprudencia sirven para ilustrar la Constitución, que no la ley, en casos dudosos, pero se omite definir qué son las reglas de jurisprudencia: ¿normas técnicas?, ¿precedentes?, ¿*dictum*? Estas reglas de jurisprudencia tienen un alcance limitado: la inteligencia de la Constitución en casos dudosos, si se trata de la inteligencia de la ley en casos dudosos, no se aplican dichas reglas sino la doctrina legal más probable. De los tres términos empleados: doctrina constitucional, reglas de jurisprudencia y doctrina legal más probable, el único que tiene un sentido razonablemente preciso es el último.

§ 11.

El artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que modifica el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, varía el sentido y el alcance de la doctrina legal más probable, al disponer que: “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. Se elimina: la expresión “más” y la condición “en casos dudosos”. Parecería que la doctrina es obligatoria para los jueces en todos los casos. Sin embargo, a renglón seguido se dice que los jueces podrán aplicarla, lo que deja abierta la puerta para que éstos decidan, de manera razonable y fundada, no hacerlo. La doctrina probable, así entendida, se parece mucho a un sistema de precedentes. De la doctrina constitucional y de la doctrina probable en este contexto se ocupa Diego López Medina, con prolijidad, en su estudio *El papel de los jueces y de la jurisprudencia en la Constitución de 1886: apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración*⁶.

§ 12.

El Acto Legislativo 03 de 1910, al reconocer el principio de la supremacía de la Constitución, que es una condición necesaria para poder hablar de control de constitucionalidad de la ley, deroga el artículo 6° de la Ley 153 de 1887, y modifica el criterio de validez de la ley. Este acto legislativo crea la acción pública de inconstitucionalidad y reconoce la excepción de inconstitucionalidad. En ambos casos la ley es sometida a juicio y es un juez el responsable de establecer su validez. La decisión judicial tomada en tal juicio tiene importancia en el sistema de fuentes del derecho, pues puede afectar tanto la validez como la integridad o el sentido de la ley, y lo puede hacer con efectos *erga omnes*. Ante esta circunstancia innegable, se habla

⁶ Ver *El papel de los jueces y de la jurisprudencia en la Constitución de 1886: apuntes históricos sobre la Corte de Casación de la Regeneración* de Diego López Medina, publicado en *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana y Legis, 2006.

del juez constitucional como legislador, y de sus decisiones como fuente de derecho⁷.

§ 13.

La Constitución de 1886, en su artículo 164, prevé la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cabeza del Consejo de Estado. Las Leyes 163 de 1896 y 27 de 1904, se ocupan de materias propias de la competencia de esta jurisdicción, como lo son la reparación de daños patrimoniales causados por la guerra y la nulidad por inconstitucionalidad o por ilegalidad de las ordenanzas, respectivamente. La incipiente jurisdicción sufre un revés en el Acto Reformatorio 10 del 27 de abril de 1905, por medio del cual se suprime el Consejo de Estado. Por medio del artículo 42 del Acto Legislativo 03 de 1910 se restablece tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo como el Consejo de Estado. Esta jurisdicción será regulada por la Ley 130 de 1913⁸.

§ 14.

En los años siguientes el Congreso se verá desplazado por el poder del Presidente, de tal suerte que los asuntos antaño regulados por la ley, lo serán hogaño por decretos, en su amplia tipología: decretos legislativos, decretos leyes, reglamentos autónomos, decretos dictados en materias propias de leyes marco, etc. Los decretos, que se reputan leyes en sentido material, ocupan el lugar de éstas. Si bien hay algunas novedades en la tarea de los jueces, éstas se concentran en el ejercicio de su poder de control de constitucionalidad de leyes y decretos, y en el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos⁹.

⁷ Sobre el rol de la Corte Constitucional como legislador, tanto negativo como positivo, puede consultarse los estudios La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1997 y La Corte Constitucional: un papel institucional por definir, Bogotá D.C., Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, escritos por Sandra Morelli Rico.

⁸ Sobre esta historia se puede revisar el libro El Consejo de Estado, estudio sobre su organización en Colombia de Pedro A. Gómez Naranjo, Bogotá, Imprenta Nacional, 1934.

⁹ Sobre el particular se puede consultar Control constitucional: análisis de un siglo

2. ANÁLISIS LÓGICO Y ANÁLISIS PRAGMÁTICO

La demostración es la desgracia hereditaria del pensamiento.

Eliás Canetti.

La Constitución de 1991 mantiene la confusión existente en nuestra tradición jurídica, pues en su artículo 230 define que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares, pero no define con claridad qué se entiende por ley, ni se ocupa de las dos complejas nociones de doctrina anteriores: la constitucional y la probable. La primera omisión debe examinarse en un escenario lógico y la segunda en un escenario pragmático¹⁰. En ambos escenarios es importante tener en cuenta el cambio estructural que implica la existencia de un control concreto de constitucionalidad, previsto para la protección de los derechos fundamentales¹¹.

§ 15.

La noción de ley es un término equívoco. Los eufemismos de orden jurídico o de ordenamiento jurídico, no son más claros. En ellos cabe casi de todo: leyes, decretos, la Constitución, los principios, las resoluciones, etc. Este problema se plantea de la manera más aguda y radical posible: al demandar la exequibilidad de la palabra ley, contenida en el Código Penal, en el artículo que tipifica el delito de prevaricato. Esta demanda brinda a la Corte Constitucional la oportunidad de precisar el sentido de la palabra ley, como lo hace en la Sentencia C-335 de 2008, para reconocer que dentro de la ley están los precedentes. De esta sentencia se vale la Sala de Casación

de jurisprudencia de Óscar Dueñas Ruiz, Bogotá D.C., Ediciones Librería del Profesional, 1997.

¹⁰ Una aproximación integral a esta materia se encuentra en el libro *El derecho de los jueces* de Diego López Medina, Bogotá D.C., Legis, 2000.

¹¹ Sobre las consecuencias de dicho control en materia de fuentes del derecho y, en especial, de la teoría del precedente, se puede ver el capítulo *Los sistemas jurídicos al servicio de los derechos fundamentales* de Óscar Dueñas Ruiz, que aparece en el libro *Teoría constitucional. Liberamicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2006.

Penal de la Corte Suprema de Justicia, para proferir la Sentencia del 9 de febrero de 2009, en el proceso 30751, por medio de la cual condena por prevaricato al ex Juez Noveno Penal Municipal de Cartagena, por no haber reconocido y aplicado en un caso de tutela el precedente relevante¹².

§ 16.

El precedente, a la luz de los anteriores referentes, es también ley y, en esa medida resulta obligatorio, salvo que el juez, luego de reconocerlo, aduzca una serie de argumentos en virtud de los cuales decida separarse de él. El discurso sobre el precedente no se centra sólo en el precedente constitucional, pues merced a la variedad de jurisdicciones nacionales e internacionales, en razón de la globalización del derecho, también puede predicarse en otros ámbitos, como son el ordinario, el contencioso administrativo, el de los derechos humanos, etc.

§ 17.

La doctrina constitucional y la doctrina probable son nociones complejas, cuyo sentido ha tenido algunos cambios a partir de la Constitución de 1991. Sobre estas materias se pueden destacar, entre otras, las Sentencias C-085 de 1995, C-836 de 2001¹³ y C-820 de 2006 de la Corte Constitucional. El tránsito de doctrina constitucional y de doctrina probable a precedente, visible en la trayectoria jurisprudencial seguida por la Corte Constitucional y replicada por los demás altos tribunales, aparece sintetizado en los Conceptos 5084¹⁴ y 5143¹⁵, rendidos por el Ministerio Público ante

¹² Tanto las sentencias como el análisis que hice de las mismas se puede consultar en el número 1 de los Cuadernos de Derecho Público, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 2009.

¹³ Esta sentencia es quizá la más importante en materia de la teoría del precedente. De ella me ocupó in extenso en el artículo ¿Hacia un sistema de precedentes?, que aparece en el número 320 de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá D.C., 2002.

¹⁴ Ver <http://www.procuraduria.gov.co/portal/Conceptos-del-Procurador-ante-la-Corte-Constitucional---2011.page>

¹⁵ Ver <http://www.procuraduria.gov.co/portal/Conceptos-del-Procurador-ante-la->

la Corte Constitucional en los procesos de los cuales se da cuenta en los Expedientes D-8351 y D-8413. En estos conceptos se destacan las sentencias principales dentro de esta trayectoria, a saber: C-113 de 1993, C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, C-037 de 2000, C-836 de 2001, T-292 de 2006 y C-335 de 2008.

§ 18.

Los anteriores referentes jurisprudenciales, en algunos de los cuales el tema de los precedentes constituye, valga la redundancia, un desarrollo directo del precedente, merced a principios como los de igualdad de trato, buena fe, entendida como confianza legítima, y de la unificación de la jurisprudencia, revelan que en la práctica los jueces reconocen en el precedente una fuente del derecho tan vinculante como la ley, aun en materia de lo contencioso administrativo.

§ 19.

La propia ley reconoce la anterior circunstancia. Dos normas recientes, la Ley 1395 de 2010¹⁶ y la Ley 1437 de 2011¹⁷, reconocen explícitamente el valor como fuente del derecho del precedente. Para constatarlo basta leer lo dispuesto en el artículo 114 de la primera y en los artículos 10 y 102 de la segunda. En ellas aparece con un contorno propio el precedente en materia contencioso administrativa, como una figura diferente y diferenciable del precedente constitucional.

§ 20.

La Corte Constitucional estudió los expedientes a los que se alude en la § 17, relativos a demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 114 de la Ley 1395 de 2010 y 10 de la Ley 1437 de 2011, en las Sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011, respectivamente. Al momento de escribir este artículo no se conoce el texto completo

Corte-Constitucional---2011.page

¹⁶ Ver http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1395_2010_pr002.html#114

¹⁷ Ver http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1437_2011_pr002.html#102

de dichas sentencias, sino apenas su correspondiente comunicado de prensa. De la primera se da cuenta en el Comunicado 28 de la Sala Plena de la Corte, del 6 de julio de 2011¹⁸. De la segunda se da noticia en el Comunicado 34 de la Sala Plena de la Corte, del 24 de agosto de 2011¹⁹. Por tanto, para proceder al análisis de las sentencias en comento se tomará como referencia lo dicho por la Corte en los comunicados que acaban de señalarse.

§ 21.

En la Sentencia C-539 de 2011, la Corte plantea el siguiente problema jurídico: “(...) determinar si al regular la aplicación del precedente judicial en materia administrativa delimitando las entidades y materias a las cuales se debe aplicar, así como la existencia de cinco o más pronunciamientos para que se considere como precedente judicial, el legislador desconoció los artículos 2º, 4º, 13, 83, 209, 230 y 241 de la Constitución Política”. En segundo punto del *decisum* de la Sentencia C-539 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte resuelve este problema jurídico al declarar exequible la expresión: “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa”, contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, bajo el entendido de que: “los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional”.

§ 22.

La Corte comienza su análisis señalando que la Ley 1395 de 2010 se enmarca dentro de un conjunto de medidas, cuyo propósito es contribuir a descongestionar la administración de justicia y, por ende, evitar las graves consecuencias axiológicas y patrimoniales que se siguen de la congestión. Enseguida caracteriza con precisión la institución del precedente judicial, que la ley ordena acatar y aplicar en ciertas materias, a partir de la similitud o analogía de los casos.

¹⁸ Ver <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2028%20comunicado%2006%20de%20julio%20de%202011.php>

¹⁹ Ver <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2034%20comunicado%2024%20de%20agosto%20de%202011.php>

En este contexto, expone en lo pertinente, a modo de fundamentos jurídicos:

Para la Corte, la disposición demandada resulta acorde con el mandato superior de sujeción de las autoridades públicas a la Constitución y a la ley (arts. 6º, 121 y 123 C.P.), en desarrollo del Estado Social de Derecho (arts. 1º, 2º de la C.P.), la jerarquía superior de la Constitución (art. 4º C.P.), el debido proceso y el principio de legalidad, el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), la buena fe de las autoridades públicas (art. 83 C.P.), los principios de la función administrativa (art. 209), la fuerza vinculante del precedente judicial (art. 230 C.P.) y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad (arts. 241 y 243 C.P.). De igual modo, la Corporación reiteró que el entendimiento del imperio de la ley a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales debe comprenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. Según esto, todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas legales a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley. Al mismo tiempo, el respeto por el precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en: (i) el respeto al debido proceso y del principio de legalidad; (ii) el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las Cortes cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben motivarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6º y 90 C.P.); (v) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley. De manera particular, reafirmó que de conformidad con el artículo 243 de la Carta Política los fallos de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Por último, el desconocimiento del precedente judicial de las altas cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales y por tanto, una

violación directa de la Constitución o de la ley, que puede dar lugar a responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria de las autoridades administrativas. A juicio de la Corte, la enumeración de materias a las que se impone el acatamiento del precedente judicial no es taxativa, por lo que en la medida que el legislador lo considere podrá ir extendiendo el mismo a otras cuestiones, conforme a la teoría del derecho viviente. En este orden, la Corte concluyó que la expresión acusada del inciso primero del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 se ajusta a la normatividad constitucional.

En cuanto a la expresión "que en materia ordinaria o contenciosa administrativa" contenida en el inciso segundo del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, la Corporación encontró que si bien es una alternativa válida dentro del margen de configuración del legislador, comenzar por imponerle a las autoridades administrativas que tengan en cuenta el precedente judicial en dichos ámbitos, también lo es que las materias a que alude la norma igualmente pueden ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, evento en el cual su interpretación debe ser vinculante para las autoridades administrativas. Por tanto, el legislador incurrió en este caso en una omisión legislativa al no tener en cuenta la obligatoriedad y los efectos erga omnes de los fallos de constitucionalidad de esta Corte, consagrada en los artículos 241 y 243 de la Constitución, como tampoco las reglas que se imponen en las sentencias de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales, temas en los cuales la Corte Constitucional es órgano de cierre. Por esta razón, la expresión normativa señalada, fue declarada exequible de manera condicionada, en el sentido de que se entienda que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.

§ 23.

En la Sentencia C-634 de 2011, la Corte no da noticia del problema jurídico planteado. En el *decisum* de la Sentencia C-539 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte declara exequible el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, bajo el entendido de que: "las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias

de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”. Los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez y Humberto Sierra Porto “se reservaron la presentación de una eventual aclaración de voto respecto de algunas de las consideraciones expuestas como fundamento de la decisión”.

§ 24.

La Corte comienza su análisis precisando el alcance del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; se refiere al deber de aplicar de manera uniforme las normas jurídicas y la jurisprudencia a situaciones que tengan semejantes supuestos fácticos y jurídicos. En este contexto, expone en lo pertinente, a modo de fundamentos jurídicos:

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

y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (art. 13 C.P.).

En el caso concreto del aparte acusado del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, respecto del cual se integró la unidad normativa, la Corte encontró de manera análoga al asunto estudiado en la sentencia C-539/11, que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al dejar de señalar que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el Consejo de Estado, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, merced a la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 4º C.P.) y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 de la Carta Política. Entender lo contrario significaría desconocer el artículo 241 superior; precepto que confía a esta Corporación la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. No se advierte una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado. Por lo tanto se está frente a una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta. En consecuencia, le correspondió a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integrara al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso, referente a las decisiones de la Corte Constitucional, de manera que también vinculen a las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias.

§ 25.

La *ratio decidendi* de las anteriores sentencias es compleja, pues está integrada por cinco principios constitucionales. La enumeración que se hace en los fundamentos jurídicos de la Sentencia C-539 de 2011, y que se reitera en los fundamentos jurídicos de la Sentencia C-634 de 2011, despeja cualquier duda al respecto. El precedente judicial

es fuente de derecho vinculante, tanto en el ámbito administrativo como en el contencioso administrativo, por las siguientes razones: (i) por respeto al debido proceso y al principio de legalidad en materia administrativa; (ii) por la fuerza vinculante de las decisiones judiciales de las altas cortes, en las cuales se fija el contenido y el alcance normativo de la Constitución y de la ley; (iii) porque las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias, sino fundarse de manera objetiva y razonable; (iv) porque desconocer el precedente judicial y, por ende, el principio de legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos; (v) porque tanto en las actuaciones como en las decisiones administrativas se debe respetar la igualdad de todos ante la ley. No obstante, al no incluir en las normas al precedente de la Corte Constitucional, se incurre en una omisión legislativa relativa, que compromete el (vi) principio de supremacía constitucional, por lo cual en ambas sentencias se declaran exequibles las normas demandadas, bajo una condición, a modo de adición, por medio de la cual se integra al ordenamiento jurídico lo que la ley omite.

3. CONCLUSIONES

El sabio sigue siendo un niño durante toda su vida, y únicamente las respuestas vuelven áridos el suelo y el aliento.

Elías Canetti.

Los tres análisis realizados, pese a su brevedad, que obliga a calificarlos como meros apuntes, revelan el contexto, la actualidad y el posible desarrollo de la institución del precedente judicial como fuente de derecho vinculante. Enseguida aparece lo que revelan dichos análisis.

§ 26.

Pese a las prevenciones de los codificadores respecto de la tarea de los jueces, visible en los límites establecidos en materia de hermenéutica, el análisis histórico revela que la judicatura ha influido de manera constante, y en no pocos casos fecunda, por medio de su interpretación de los hechos, del derecho y de las pruebas, en

la construcción de esa magna obra común que es nuestra tradición jurídica. Los dos instrumentos más destacados de esa influencia son la doctrina constitucional y la doctrina probable.

§ 27.

Pese a la aparente claridad de la ley, que se predica incluso del sentido de esta palabra, bajo este vocablo, y bajo su amplificación: ordenamiento jurídico, aparece también el precedente judicial. El análisis lógico revela que la ley es un objeto complejo, que siempre va unido a su correspondiente interpretación judicial. También revela que los jueces, al reconocer principios jurídicos y ponderarlos, establecen precedentes judiciales vinculantes, que no pueden ser ignorados o desdeñados de manera caprichosa. Así se constata en las secciones 16 a 18.

§ 28.

Pese al empeño de muchos, que sostienen, empecinados, una interpretación restrictiva del artículo 230 de la Constitución, el análisis pragmático muestra que se trata de una causa perdida, pues tanto la jurisprudencia constitucional²⁰ como la ley, reconocen sin titubeos que el precedente judicial es fuente principal de derecho y que, en tanto tal, tiene carácter vinculante. Así se constata en las secciones 16 a 25.

EPÍLOGO

*Hay que callarse antes de haberlo dicho todo.
Algunos lo han dicho todo antes de haber empezado.*

Elías Canetti.

La existencia del precedente judicial es hoy un hecho. En tanto hecho no es posible negarlo, sino que es menester asumirlo. No hacerlo es dar la espalda a la historia, despreciar la lógica y

²⁰ Vale la pena destacar que en la § 16 se muestra también un ejemplo de la jurisprudencia ordinaria penal, al aludir a una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

obstinarse en combatir con la realidad, lo cual no pasa de ser un empeño romántico. Ante los hechos, valga decir, la realidad, así no nos agrade, no cabe la alternativa del desdén o de la ignorancia. Por ello, es urgente asumir sin titubeos la realidad de la institución del precedente judicial en nuestra tradición jurídica, y empeñarnos sin dilaciones en la tarea de comprenderla, así sea para criticarla.