

Valor persuasivo del precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia

Por: LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ¹

Resumen

La jurisdicción contencioso administrativa se ha edificado predominantemente sobre la base de la autoridad persuasiva y razonable del precedente judicial, sin que haya sido necesario imponérselo a los jueces como obligatorio para su acatamiento. Es suficiente que sea vinculante, sin ser coercitivo.

Nuestro sistema jurídico colombiano, con la excepción del derecho administrativo, ha tenido un predominante, y en ocasiones casi absoluto sello normativo positivista, el cual ha privilegiado a la ley, junto con la Constitución, como fuentes formales del derecho.

El Código Civil francés napoleónico de 1804, primera codificación del derecho en los inicios de la modernidad política, no le otorgó a la jurisprudencia un papel protagónico como fuente jurídica; como tampoco lo hizo el Código Civil Chileno, ni el adoptado por la Unión de Estados Federados en 1873. Este último proclamado para la República Unitaria por la Ley 57 de 1887.

El Código Civil, expedido para toda la Nación colombiana, prohibió que las decisiones judiciales pudieran tener alcances abstractos, que de alguna manera sirvieran para reglamentar o regular en forma general sobre situaciones en controversia o susceptibles de conflicto.

Así se desprende del artículo 17 de ese estatuto que preceptuó:

¹ Magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico.

“Efectos de la sentencias judiciales. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.”

Inmediatamente después, la Ley 153 de 1887, al establecer las reglas sobre la validez y aplicación de las leyes, se refirió a la jurisprudencia en dos casos: el de la doctrina constitucional y el de la doctrina legal probable.

El primero, al decir, en su orden, en los artículos 4º y 5º que *“(...) las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina Constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.”* Y que *“(...) la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.”*

En este primer caso, le otorgó a la jurisprudencia valor ilustrativo sobre la Constitución, cuando quiera que se presentaran asuntos dudosos. El resultado hermenéutico constituiría la doctrina constitucional, instrumento jurídico con carácter de norma, para interpretar las leyes.

En el segundo, al permitir en el artículo 10 que los jueces, en casos dudosos, aplicaran la *“doctrina legal probable”*, constituida por: *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho (...).”*

Es de anotar que, posteriormente, el artículo 4º de la Ley 169 de 1889 modificó el mencionado artículo 10 de la Ley 153 de 1887, en el sentido de calificar esa figura simplemente como de *“doctrina probable”*, con lo cual abandonó el término *“legal”*; quizá para denotar que no se trataba de la interpretación del propio legislador sino la de los jueces. Además, adicionó la disposición en el sentido de que *“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.”* Es decir, al

lado de la analogía legal (art. 8° de la Ley 153 de 1887), se estableció la analogía jurisprudencial.

En síntesis, las citadas leyes asignaron a la jurisprudencia un valor interpretativo en dos planos: el superior normativo, con la doctrina constitucional, y el legal, con la doctrina probable.

Desde aquí hay que distinguir con claridad, y sin confusión alguna, dos tipos de jurisprudencia: la relativa a las decisiones judiciales que interpretan la Constitución, inicialmente en asuntos dudosos, ambiguos o ante vacíos, y en aquéllos alusivos a las decisiones judiciales que interpretan la ley en todo o en parte. En ellos se originan, respectivamente, en el plano normativo positivista, las doctrinas judiciales de órdenes constitucional y legal. Las primeras, construidas por la jurisdicción constitucional y las segundas, por las demás jurisdicciones.

Es importante precisar que el valor de la jurisprudencia en materia civil no siempre estuvo supeditado a que necesariamente existieran tres decisiones uniformes de la Corte Suprema como Tribunal de Casación; entre otras razones porque no siempre existía ese número de casos atendidos por esa corporación judicial sobre un mismo asunto de derecho.

Con doctrina probable o sin ella, la Corte Suprema fue fijando criterios autorizados que en unas ocasiones llenaban vacíos del legislador, en otras complementaban su voluntad, y, en no pocas veces la corregían.

El jurista Marco Gerardo Monroy Cabra², siguiendo al profesor Arturo Valencia Zea enuncia las siguientes sentencias, como algunas de las principales doctrinas y

² Monroy Cabra, Marco Gerardo. Fuentes del Derecho. Capítulo de la Obra Introducción al Derecho. 7ª edición. Editorial Temis. Bogotá 1986, páginas 100-160. Tomado del libro "Hermenéutica del Derecho" editado por el Ministerio de Justicia. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Editorial Señal Editora. Bogotá, noviembre de 1988. Páginas 119-121.

construcciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, en un considerable período de su existencia:

- Doctrina del abuso del derecho: Sentencias del 6 de septiembre de 1935, 5 de agosto de 1937, 21 de febrero de 1938 y 2 de junio de 1958.
- Doctrina sobre el enriquecimiento sin causa: Sentencias del 30 de octubre de 1935, 5 de agosto de 1937, 21 de febrero de 1938, entre otras.
- Doctrina sobre la Imprevisión en los contratos: Sentencia de 29 de octubre de 1936.
- Concepción sobre la teoría de la apariencia de derechos y sobre el principio de la buena fe, especialmente la buena fe exenta de culpa (*error communis factijus*): Sentencias del 20 de mayo de 1936 y del 23 de junio de 1958.
- Doctrina sobre el fraude a la ley: Sentencia del 24 de marzo de 1939.
- Construcción jurisprudencial sobre la posesión, las servidumbres en general, especialmente la servidumbre legal de tránsito a la vía pública, sobre el régimen de aguas y otros puntos relacionados con materias del libro 2º del Código Civil: Sentencias del 11 de junio de 1935 y 2 de septiembre de 1936.
- Construcción jurisprudencial sobre el error de derecho: Sentencias del 29 de septiembre de 1935 y 12 de noviembre de 1936, entre otras.
- Nueva doctrina sobre la simulación en los negocios jurídicos: Sentencias del 27 de julio de 1935 y del 25 de septiembre de 1973.
- Nueva construcción jurisprudencial sobre la responsabilidad civil, especialmente relativa a los daños causados en explotaciones peligrosas: Sentencias de 14 de marzo de 1938 y 28 de febrero de 1958.
- Interpretación jurisprudencial de la Ley 28 de 1932: Sentencia del 20 de octubre de 1937, entre otras.

En lo que atañe a la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana, es de advertir que si bien se contó con normas positivas de procedimiento, tales como las Leyes 130 de 1910, 4ª de 1913 y 167 de 1941, al igual que el Decreto Extraordinario 01 de 1984 (C.C.A.), junto con las disposiciones que lo han

modificado o adicionado (Decreto 2304 de 1989, Leyes 270 de 1996, 446 de 1998, 954 de 2005 y 1285 de 2009, entre otras disposiciones de orden legal), los institutos jurídicos propios del derecho administrativo fueron, unas veces, resultado de la adopción de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia; en ocasiones vertiéndose en leyes, como en los siguientes casos: La teoría de la cuestionabilidad judicial de los actos políticos o de gobierno; la falsa motivación y la desviación de poder, como causales de nulidad de los actos administrativos, entre otros.

En otros casos, el propio Consejo de Estado colombiano, de manera directa, a través de criterios plasmados en sus providencias, ha creado figuras jurídicas que constituyen gran parte de la estructura sobre la cual se asienta la jurisdicción contencioso administrativa.

Uno de esos criterios jurisprudenciales es la teoría de los móviles y de las finalidades, la cual ha sido incorporada como norma positiva en los medios de control del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), específicamente en los Artículos 137 y 138.

Nótese cómo en el caso específico de la jurisdicción contencioso administrativa, las bases del derecho objeto de ella fueron edificadas por la adopción, a través de leyes, de la jurisprudencia francesa o por la construcción de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. En este último caso, sin que predominantemente tuviera carácter obligatorio sino persuasivo; pero no por esto último menos atendible ni que constituyera menor referente para las decisiones posteriores.

Puede afirmarse, con orgullo, que la jurisdicción contencioso administrativa no ha necesitado que los criterios jurisprudenciales se impongan por la fuerza de la coacción, es decir, haciendo que se adoptaran como obligatorios. Para consolidarse, ellos han sido acogidos por la fuerza de la persuasión y la razón. Excepto durante el periodo que va de la vigencia del Decreto 2304 de 1989 hasta

la expedición de la Ley 446 de 1998, en el que el recurso extraordinario de súplica, era susceptible de interponer contra aquellas providencias (autos interlocutorios y sentencias) proferidas por las Secciones del Consejo de Estado que no acataran la jurisprudencia de esa corporación. Sin embargo, no se trataba de un mecanismo que inexorablemente ahogara toda posición diferente a la jurisprudencia predominante de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sólo se trataba de un medio de impugnación encaminado a revisar el criterio plasmado en la providencia recurrida que se había emitido en posición distinta. La sola procedencia del recurso no implicaba necesaria reafirmación de la tesis superior, pues la que fuera objeto de revisión finalmente bien podía ser adoptada o acogida.

La Ley 446 de 1998 al modificar las causales de procedencia del mencionado recurso dejó de tener a la jurisprudencia como la principal causal y las circunscribió a las sentencias ejecutoriadas de las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado que incurrieran en violación directa de normas sustanciales, en alguna de las siguientes tres modalidades: aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas.

Finalmente, el recurso extraordinario de súplica fue derogado expresamente por la Ley 954 de 2005.

Todo lo anterior demuestra que durante la mayor parte de la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, sólo el poder persuasivo de la razonabilidad ha hecho que la jurisprudencia del Consejo de Estado se acoja por la comunidad jurídica de los académicos, de los litigantes y, muy especialmente, por los tribunales y juzgados, con convicción y respeto, sin que haya sido necesaria la coerción.

Pese a que el artículo 230 de la Constitución de 1991³ ratificó un sistema de fuentes del derecho en el cual el derecho positivo es el referente obligatorio, de modo que los jueces sólo están sometidos al imperio de ella, asignándosele a la jurisprudencia el carácter de criterio auxiliar, ni antes ni después de esa Carta Política ha sido necesario que en materia contencioso administrativa se le impongan a los jueces los criterios jurisprudenciales, sobre la base de que se trata de precedentes vinculantes obligatorios.

Si bien en la emblemática sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional alude a que los jueces estarían obligados a tener en cuenta los criterios de quien ejerce la máxima jerarquía judicial, y no obstante de que a través de dicha providencia se hace un examen de constitucionalidad, el que por disposición del artículo 243 de la Carta hace tránsito a cosa juzgada constitucional, por tanto de carácter obligatorio, sus efectos recaen respecto de la materia que fue objeto de análisis, esto es, el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, al cual se circunscribió tanto la demanda como el juicio de constitucionalidad; concretamente en lo relativo a la expresión “*doctrina probable*” de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. De manera que dicha sentencia sólo se refiere a la jurisdicción ordinaria.

Así, pues, no puede entenderse que la sentencia C-836 de 2001 se refiera también a la Jurisdicción Contencioso Administrativa ni a su máximo tribunal (Consejo de Estado), cuando la ley que se sometió a juicio constitucional sólo hace alusión a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación. Además, porque no ha sido creada la figura de la “*doctrina probable*” en la jurisdicción contencioso administrativa. No siendo, en consecuencia, los jueces administrativos (unipersonales o colegiados) los destinatarios del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puesto que esta jurisdicción tiene su propio Tribunal Supremo, no les corresponde aplicar forzosamente la citada Sentencia, excepto, claro está,

³ El mencionado artículo preceptúa: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

en los asuntos de aplicación del derecho privado en controversias contencioso administrativas; por ejemplo, en conflictos contractuales, siempre que no sean incompatibles con la naturaleza de lo contencioso administrativo. No debiéndose olvidar que el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, dice sobre las sentencias que la Corte emite en ejercicio del control (general) de constitucionalidad que: *“La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del derecho en general.”*, lo que indicaría que, para la jurisdicción contencioso administrativa, lo dicho en la parte motiva de la sentencia C-836 de 2001 no es criterio obligatorio sino auxiliar.

Ahora, como a renglón seguido el anotado numeral 1 del artículo 48 de la Ley estatutaria de la administración de justicia agrega: *“La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.”*, lo primero que habría de establecerse es en qué parte de la motivación hizo la Corte Constitucional interpretación por vía de autoridad y sobre qué aspecto. Para determinarlo es de suponer que cuando el máximo tribunal constitucional colombiano haga ejercicio de esa facultad se refiera de manera expresa, o al menos se desprenda inequívocamente de su texto que lo está haciendo e igualmente respecto de qué materia lo hace.

En la sentencia C-037 de 1996, por la cual se ejerció control previo de constitucionalidad sobre la Ley 270 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia), al analizar el artículo 48 (numeral 1), expresó:

“(…)

2. Hace tránsito a la cosa juzgada toda la sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?

La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.

3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal manera que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar –no obligatorio–, esto es, ella se considera obiter dicta.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.”

En la parte resolutive de la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional dispuso:

*“Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la justicia ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquélla, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia.”*

Como se aprecia, la parte dispositiva de esa sentencia se circunscribió al artículo 4º de la Ley 169 de 1896, y con ello a la temática específica de la “doctrina probable” emitida por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, comprendidas las Salas Civil, Laboral y Penal. Además, el fallo enfatiza que la destinataria de la decisión es la justicia ordinaria, es decir, no incluye la jurisdicción contencioso administrativa.

Siendo esa la parte resolutive del fallo, en los términos de la sentencia C-037 de 1996, sólo los razonamientos expuestos en los numerales 14 a 24 de la parte motiva de aquél constituye la *ratio decidendi*, incluidos los alusivos a la interpretación y se contraen, exclusivamente, a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación y su alcance en la jurisdicción ordinaria; por tanto, los mismos no serían obligatorios para la jurisdicción contencioso administrativa, entre otras razones porque el Consejo de Estado no funge como tribunal de casación. En efecto, si bien el artículo 21 del Decreto 2304

de 1989, modificatorio del artículo 130 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), estableció que el recurso extraordinario de súplica, similar, en algunos aspectos al recurso extraordinario de casación, procedía contra los autos interlocutorios y las sentencias de las Secciones del Consejo de Estado en los que *“sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.”*, con lo cual ciertamente le daba un carácter cuasi obligatorio a su jurisprudencia, el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 sustituyó esa causal por la consistente en que las sentencias ejecutoriadas de las Secciones o Sub-Secciones del Consejo de Estado incurrieran en *“violación directa de normas sustanciales”*. Es más, finalmente, el mentado recurso extraordinario de Súplica fue derogado en su integridad por el artículo 2o de la Ley 954 de 2005, y la sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, con la cual la Corte Constitucional ejerció el control constitucional previo sobre el proyecto de Ley Estatutaria No. 023 de 2006 de Senado y 286 de 2007 Cámara (que se convirtió en la Ley 1285 de 2009), declaró inexecutable el parágrafo segundo de su artículo 11, el cual establecía que el Consejo de Estado también podría actuar como Corte de Casación.

Los innumerables procesos que atiende el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, en única y segunda instancia, permiten que elabore una jurisprudencia sólida y consistente, a partir del examen de muchos casos, posibilidad que no tendría si su jurisprudencia se generara como Tribunal de Casación, escenario en el cual se limitaría el número de asuntos susceptibles de someterse a su consideración.

Siendo así, el Consejo de Estado se encuentra en mejor condición de elaborar criterios jurisprudenciales que sirvan de referente a toda la jurisdicción contencioso administrativa, sin tener que recurrir al expediente, por ejemplo, de un precedente único, con carácter obligatorio.

Ahora, cosa distinta es que algunas de las reflexiones de la Corte Constitucional, consignadas en las consideraciones de la sentencia C-836 de 2001, sean igualmente dignas de consideración para la jurisdicción contencioso administrativa, en razón del ejercicio de la judicatura; sin embargo, en este caso no revisten el carácter de obligatorias sino de *obiter dicta* y por ende de mero criterio auxiliar.⁴

Los planteamientos interpretativos contenidos en los citados numerales 14 a 24 de la parte motiva de la sentencia C-836 de 2001, a los que la Corte se remitió para decretar la exequibilidad condicionada del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, están precedidos de la siguiente titulación: *“La forma como resulta obligatoria la doctrina judicial dictada por la Corte Suprema de Justicia.”*

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha venido afirmando que el precedente tendría fuerza vinculante; entendida esta última característica por la Corte Constitucional, entre otras sentencias en la C-836 de 2001, como fuerza obligatoria de considerar el precedente. Esa afirmación se ha formulado con los siguientes planteamientos:

- Que cuando el artículo 230 de la Constitución alude a que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, concibe a ésta como el ordenamiento jurídico, es decir, como todo el derecho que no se contrae a la simple ley.
- Que en ejercicio de la buena fe y la confianza legítima, a las personas integrantes de la sociedad les asiste el derecho de que el Estado respete sus propios actos, los cuales, en el caso de la administración de justicia,

⁴ En el numeral 22 de la parte motiva de la propia sentencia C-836 de 2001 se dice: *“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los rationedecidendi o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.”*

son los criterios contenidos en sus providencias, lo que garantiza la seguridad jurídica en el ámbito judicial.

- Que en aras del principio y del derecho a la igualdad, los *“jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores.(...), esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial...”*.

Esa posición la sostiene la citada sentencia C-836 de 2001, con el argumento de que un cambio jurisprudencial sólo se justifica si se produce: 1).- *“un tránsito legislativo relevante”*. 2).-*“un cambio en la situación social, política o económica”, que esa “transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.”*. Y. 3).- Porque la “Corte Suprema de Justicia” considere que la jurisprudencia *“resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.”*

Si bien en algunas ocasiones la Corte Constitucional ha expresado que los jueces pueden considerar el precedente, pudiéndose apartar de él, a condición de que expongan su disenso, imponiéndoles una carga argumentativa, en otras, sus expresiones sugieren que es obligatorio acatarlo. Así, en la misma sentencia en comento dijo que *“los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia...”*. Sin embargo, agrega que cuando la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa, los jueces pueden optar por las decisiones que mejor interpreten la ley.

Sobre estos planteamientos es pertinente afirmar que, consciente la Corte Constitucional de que el artículo 230 de la Carta Política diseñó el sistema de fuentes de derecho, obligatorias y no obligatorias, intenta debilitar el dogma constitucional juspositivista, en el sentido de que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, con el argumento de que cuando dicho artículo se refiere a la “ley” no solo debe entenderse ésta como disposición positiva decretada por el legislador sino que la concibe como derecho en general, incluyendo dentro de su acepción la jurisprudencia. Para ello se apoya en la sentencia C-486 de 1993, según la cual la expresión “ley” comprende “el derecho”, “el ordenamiento jurídico”. Que la Constitución también la designa con las expresiones: “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “Orden Jurídico” (art.16).

Efectivamente, la Constitución al referirse al “Marco Jurídico” y al “Orden Jurídico” no los reduce a la ley. Se trata de expresiones contentivas de categorías amplias y generales de todo el derecho, incluyéndose en ellas la misma Constitución, la ley material en todas sus categorías, los actos administrativos de todos los niveles, y las propias providencias judiciales. No obstante, el artículo 230 al decir que los jueces al proferir sus providencias están sometidos al imperio de la ley, hace énfasis claramente en una expresión específica dentro del ordenamiento jurídico: la ley. Además, dicho artículo discrimina cuáles expresiones jurídicas son fuente de derecho obligatoria y cuáles no, asignándole a la jurisprudencia un valor de criterio auxiliar.

De la ley se dice que su carácter general la hace incurrir en instrumento precario y limitado para resolver todas las aporías (problemas), al presentar lagunas, penumbras, ambigüedades o contradicciones (antinomias), pese a que el legislador intenta prever el mayor número de situaciones, ella deja de contemplar otras que la realidad contiene, ya porque existan al momento de legislar o porque sobrevengan en el futuro. Que, además, en su aplicación la ley suscita la adopción de un método deductivo de subsunción silogístico mecánico rígido en el cual ella es la premisa mayor y los hechos la premisa menor.

Sobre esa base, se plantea como solución recurrir al precedente judicial y a la jurisprudencia, otorgándoles carácter de obligatorios. Sin embargo, con ello se termina haciendo lo que se critica y censura, puesto que al precedente se le equipara materialmente a la ley, en razón de que se le da al criterio plasmado en la providencia que resuelve una situación particular la virtualidad de servir de cualidad solucionadora de situaciones similares para ese tipo de especificidades, convirtiéndola también, como a la ley, en premisa mayor. Con la limitante de que por vía del método inductivo se le da a lo particular un espectro de aplicación general, con el argumento de que es sobre casos análogos; siendo que si bien la analogía supone similitudes también comprende diferencias, lo que impone limitaciones a esa experiencia judicial del caso concreto, reduciendo sus aplicaciones amplificadoras, especialmente porque cada situación tiene sus propias particularidades.

Si aún en las ciencias naturales, escenario en el cual las leyes se formulan como el resultado del alto grado de constancia de los fenómenos, siendo necesario que el hecho que las determina se produzca de manera universal, se repita y se verifique, en las mismas condiciones dadas, en el ámbito del mundo social, en el cual los fenómenos son menos exactos y repetibles, por tratarse de otra categoría de la fenomenología existencial u óptica, para efecto de elaborar leyes generales de la sociedad, la verificación de los mismos es más exigente; de manera que se requiere mayor repetición y constancia para concluir en que se configura una ley social; en el caso judicial una regla de derecho con pretensión de justicia.

Enmarcándose el derecho, de manera predominante, dentro de la fenomenología social, sólo que con un alto ingrediente de producción por parte de la voluntad humana que hace reglas o las reconoce y otorga un valor a las que existen por fuera de ella, por no ser fácil de universalizar, a fin de hallar un derecho válido probable inductivo, es imprescindible que para la aplicación de criterios jurisprudenciales, con los que se pretenda actuar en justicia, haya un alto grado

de repetición, pero sin descartar otros criterios igualmente válidos, por la existencia de situaciones con variables diferentes o replanteando las posiciones, sin asignarle a ellos un carácter obligatorio.

El profesor italiano Michele Taruffo al referirse a los efectos prescriptivos o normativos que pueda tener la decisión que sirve de precedente para adoptar la decisión posterior dice que *“(...) sólo se pueden explicar si de ese precedente específico se puede derivar una regla aplicable también a otros casos, es decir – de acuerdo con MacCormich- si la decisión formulada en derecho sobre el caso precedente es universalizable.”*

Bajo las dificultades de generalización de gran parte de los fenómenos sociales, especialmente en el campo jurídico, el planteamiento de que sea “universalizable” debe entenderse como mera tendencia a tener un mayor espectro de aplicación en otros casos, característica que no se la imprime la decisión originaria sino la repetición de los casos similares a los que le resulta aplicable aquélla, sin perder de vista que existe la mayor probabilidad de que no sea universal, ni siquiera general.

Otra de las debilidades de considerar al precedente como obligatorio, en tanto se le equipara materialmente a la ley, es que a diferencia de esta última, hasta ahora las providencias que así lo contemplan, no son susceptibles de pasar por el cedazo de los controles judiciales general y particular de constitucionalidad.

En relación con el principio y el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica, que, según se afirma, se verían afectados si se deciden de manera distinta a como se resolvieron con anterioridad asuntos análogos, es de anotar que aquéllos no están plenamente garantizados con la aplicación del precedente obligatorio, porque podrían presentarse, entre otras, las siguientes eventualidades:

- Que el asunto que se va decidir, pese a ser análogo (mas no idéntico) al resuelto en el precedente, contenga características o variables que lo diferencian de él; de manera que aplicar el precedente de manera forzosa, produciría su afectación.
- Que no obstante existir un precedente judicial al que se le ha otorgado el carácter de obligatorio, el juez del caso, al decidir, encuentre que de resolverse de la misma forma se violarían derechos subjetivos o disposiciones superiores que en la providencia que sirve de referente no se atendieron, o encuentre que debieron ser probados supuestos facticos no demostrados, o no se exigieron en la decisión precedente. Circunstancia que conllevaría, en la práctica, a que una providencia posterior, proferida en otro proceso, termine cuestionando explícita o implícitamente la que contiene el precedente. Lo que atenta contra el principio de la cosa juzgada, que es parte también de la seguridad jurídica.

Quizá, por todo lo expuesto, la Corte Constitucional en la reciente sentencia C-634 de 2011, por la cual declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, de la cual sólo se ha publicado un “*Comunicado de Prensa*”, ha resaltado la diferencia de los caracteres “vinculante” y “obligatorio” de los precedentes.

Al efecto indicó: “(...) La Corte observó que este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones, a la cual el legislador le reconoce carácter vinculante mas no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, pero no aplicado coactivamente.”

En estas condiciones, a lo que obligaría a la jurisdicción contencioso administrativa las reflexiones consignadas en la sentencia C-836 de 2001 es a considerarlas, es decir, a no desconocerlas o ignorarlas, es decir, a tenerlas en

cuenta en su análisis, a fin de preservar el principio de igualdad y el derecho a la seguridad jurídica.

Por su parte, el legislador ha empezado a poner orden a la especulación sobre los efectos vinculantes de la jurisprudencia y del precedente. Veamos:

La Ley 1395 de 12 de julio de 2010, *“Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”*, estableció en su artículo 114 lo siguiente:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salarios 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.”

Se trata de una norma legal, cuya teleología es la descongestión, dirigida exclusivamente a las entidades estatales que en ejercicio de su función administrativa les corresponda pronunciarse sobre esos tópicos, imponiéndoles el deber de *“tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales”*, lo cual no necesariamente debe entenderse como la obligación ineludible de seguirlos, sino como la obligación de considerarlos al momento de adoptar una decisión administrativa y sobre la base de que de las citadas temáticas existan cinco o más pronunciamientos judiciales sobre casos análogos.

Nótense, pues, dos aspectos relevantes: No está dirigida a los jueces sino a las entidades con funciones administrativas en esas materias. Y, la obligación no es la de atender dogmáticamente los precedentes judiciales sino la de considerarlos en el análisis que sirva de motivación a la decisión. Es decir, ya sea acogiéndolos o apartándose de ellos, la única consecuencia es que, tácitamente, se le impone al funcionario administrativo la carga argumentativa de demostrar que el criterio jurisprudencial contenido en las providencias que se referirían a asuntos análogos, es o no aplicable al caso concreto que se pide homologar.

Ahora, el artículo 115 de la misma ley preceptúa:

“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.”

Si bien esta norma legal está dirigida a los jueces y magistrados, no es para imponerles los precedentes jurisprudenciales, sino sólo para facultar a esos funcionarios judiciales para que cuando ellos existan fallen o decidan procesos sin tener que seguir el riguroso turno de ingreso al despacho.

Claro está, de la misma disposición legal se desprende la existencia de un mensaje ínsito de exhortación y motivación del legislador al juez para que considere el precedente, lo cual no significa que tales precedentes tengan el carácter de criterios que el juez deba obligatoriamente acoger y aplicar.

Otro de los aportes de la norma en comento consiste en que sin desconocer la existencia de otros precedentes jurisprudenciales, sólo valida el que esté conforme a los artículos 230 de la Constitución, 10 de la Ley 153 de 1887 y 4° de la Ley 169 de 1896, pero únicamente para efectos de aplicarlo. Sin que esto quiera decir que por estar conforme a esas normas imponga al juez acatarlos obligatoriamente.

Habiéndose precisado en este ensayo que el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, modificadorio del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, sólo es aplicable a la justicia ordinaria; de modo que en estricto derecho está excluida de su influencia la jurisdicción contencioso administrativa, en ésta los precedentes jurisprudenciales con reconocimiento, susceptibles o pasibles de ser aplicados, es decir, los que *sine qua non*, son aquellos que están acorde con el artículo 230 de la Carta. Y, como esta regla superior únicamente le asigna a la jurisprudencia el carácter de

criterio auxiliar, es forzoso concluir que en los términos de la Ley 1395 de 2010, en materia contencioso administrativa, los precedentes no son obligatorios.

Por otra parte, veamos qué ha dispuesto la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre el particular, estatuto que contiene lo que el legislador ha regulado en materia de precedentes para el futuro, a corto plazo.

El inciso primero del artículo 102 de ese estatuto preceptúa:

*“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 facticos y jurídicos.**” (negritas fuera de texto)*

A diferencia del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 (contenido en la Primera Parte del nuevo código, específicamente la del procedimiento administrativo), el nuevo estatuto sí impone a la autoridad, la que haga parte de cualquiera de los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público, pero en ejercicio de funciones administrativas, la obligación de considerar el criterio jurisprudencial.

Al hacer alusión a las “*autoridades*” la mencionada norma únicamente se refiere a ellas “*cuando cumplan funciones administrativas*”, en los términos del artículo 2º, el cual hace alusión al campo de aplicación de las normas de su primera parte. A su vez, el artículo 269 del nuevo código confirma que la extensión de la jurisprudencia aplicada por el Consejo de Estado es para esa clase de autoridades que hubieren “*guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código*”.

Esto significa que desde el punto de vista legal tampoco el nuevo ordenamiento extiende a las autoridades judiciales, específicamente a las de la jurisdicción contencioso administrativa, la obligatoriedad del precedente originado en providencias del Consejo de Estado.

En el marco del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el precedente que se le hace vinculante a la autoridad en ejercicio de funciones administrativas no es el consignado en cualesquiera providencias, sino el plasmado en una sentencia de unificación; entendiéndose por ésta, conforme al artículo 270 del mismo código, *“(...) la que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de 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.”*

Se extrae de la parte pertinente del artículo transcrito que la primera característica de esa providencia es que sea una sentencia. Lo que significa que no comprendería los criterios consignados en autos, lo cual no se justifica porque existen temáticas de la jurisdicción contencioso administrativa que sólo pueden ser abordadas en autos o que generalmente se resuelven en esta clase de providencias, como las relativas a los requisitos de la demanda, los presupuestos de la acción y la caducidad de la misma.

En segundo lugar, debe tratarse de una sentencia de unificación sobre alguna de las siguientes temáticas:

1. Las sentencias proferidas por una Sección o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado en la cual se haya optado por fijar una posición jurisprudencial respecto de un asunto de importancia jurídica o trascendencia económica o social dentro de varias interpretaciones, o para sentar jurisprudencia.
2. Las sentencias proferidas para decidir los recursos extraordinarios, los cuales son: el de revisión (artículo 248) y el de unificación de jurisprudencia (artículo 256).

3. Las sentencias proferidas en el mecanismo eventual de revisión de las acciones populares y de grupo (artículo 11 de la Ley 1285 de 2009).

No obstante, podría afirmarse que si la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en sentencias de unificación, es obligatoria para las autoridades en ejercicio de funciones administrativas, deben serlo también para los demás jueces (unipersonales y colegiados) que componen la jurisdicción contencioso administrativa, pues no se puede exigir a otros que sigan un criterio que la propia base de ésta (tribunales y juzgados), sólo acepta como criterio auxiliar no obligatorio.

Sobre el particular, y a manera de colofón es válido responder y resumir lo que se ha dicho a lo largo de esta exposición, esto es, que:

- Históricamente en la jurisdicción contencioso administrativa al precedente no se le ha considerado fuente obligatoria de derecho.
- La sentencia C-836 de 2001, no es obligatoria para la jurisdicción contencioso administrativa.
- Son las autoridades en ejercicio de funciones administrativas, más no las jurisdiccionales, por mandamiento legal (Ley 1437 de 2011), las obligadas a acatar, seguir y aplicar el precedente del Consejo de Estado plasmado en las sentencias de unificación, bajo la condición que se trate de los mismos supuestos fácticos (probados) y jurídicos.
- La ley, al abordar el tema en la jurisdicción contencioso administrativa, no ha dejado al juez atado a efecto obligatorio alguno del precedente.
- En la jurisdicción contencioso administrativa, históricamente el precedente ha tenido carácter meramente persuasivo, y ahora, a lo sumo vinculante considerativo, pero no obligatorio.

Por todo lo expuesto, esto es, que históricamente en la jurisdicción contencioso administrativa al precedente judicial sólo se le ha reconocido un valor persuasivo,

y ahora vinculante considerativo -pero no forzoso-, sería aconsejable que en la discusión ante el Congreso de la República del proyecto de acto legislativo reformativo del artículo 230 de la Constitución, el Consejo de Estado, morigere el carácter obligatorio que propone se le atribuya al precedente.

Qué ilegítimo resulta el derecho nacido de la coacción y la coerción que se impone a los jueces para que decidan en un determinado sentido porque sus predecesores así lo han hecho, so pena de que de no hacerlo así incurran en el delito de prevaricato. Cualquier similitud con la famosa Ley de Separación de Francia en 1790 parece ser mera coincidencia. Mientras en los inicios de la época revolucionaria francesa se trataba de la desconfianza del nuevo régimen, a través del Parlamento, para con los jueces, ahora se trata de la desconfianza de los jueces para con los jueces.

Una alternativa de solución a esta problemática podría ser elevar a la jurisprudencia reiterada y uniforme como doctrina judicial vinculante en las categorías de alto, mediano o menor grado de probabilidad, dependiendo de la proporción del mayor y menor número de casos de los cuales se tenga antecedente, así como de las situaciones hipotéticas previsibles, pero no resueltas.

Como quiera que usualmente la jurisprudencia se genera por dos ejercicios judiciales: El primero, por el control general de constitucionalidad o de legalidad, y, el segundo, por el control particular o subjetivo, la cláusula constitucional sobre Fuentes del Derecho, debería precisar lo siguiente:

En el primer caso, pese a que cada sentencia tiene efecto general obligatorio o *erga omnes*, podría suceder que varios fallos, todos ellos igualmente vinculantes, fueran contradictorios entre sí. Como ha sucedido con algunas providencias que ha proferido la Corte Constitucional. En este evento, debería corresponder a la

propia Constitución decir cuándo se configura la jurisprudencia con alcance de doctrina obligatoria definitiva.

En el segundo caso, cuando la jurisprudencia se origine en el estudio de situaciones particulares, ella misma debería graduar su valor vinculante, teniendo en cuenta, repito, tanto el número de casos en los cuales se tengan antecedentes, como de las situaciones hipotéticas, pero no resueltas por ella. De manera que se creen grados de alta, mediana y menor cobertura de probabilidad vinculante, atendiendo las situaciones reales que aún no se hayan sometido a juicio.

Finalmente, sería deseable que el Congreso, en ejercicio de su función constituyente abordara de una manera concluyente y definitiva los parámetros de la jurisprudencia vinculante tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales, estableciendo un equilibrio, por una parte, entre la seguridad jurídica y la igualdad, y por otra, entre la certeza jurídica del operador jurídico y la dinámica del derecho.