

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO¹

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Problema Jurídico. Se pretende con el presente trabajo determinar el alcance que el concepto de precedente administrativo ha adquirido en el ámbito de nuestro sistema derecho positivo. Se busca, esclarecer si realmente el denominado precedente administrativo configura un elemento autónomo, con dinámica y efectos jurídicos propios, directos y vinculantes en la construcción del sistema, o si por el contrario, el mismo configura un mero elemento coadyuvante o de colaboración para la consolidación, en la base del sistema, de elementos sustanciales del mismo, como lo son la Constitución Política, la Ley y el Acto Administrativo. En este sentido, y de manera concreta, se buscan respuestas adecuadas y precisas en relación con la fuerza que puede tener el concepto de precedente administrativo respecto de la actividad de quienes ejercen la función pública administrativa en todos los órdenes. Bajo estas consideraciones el problema jurídico propuesto se concreta en el siguiente marco de interrogantes: (i) ¿Cual sería un concepto adecuado de precedente administrativo dentro de nuestro derecho positivo? (ii) ¿Constituye en la realidad de las cosas jurídicas, el precedente administrativo, un elemento fundante del sistema jurídico del derecho positivo?, o por el contrario, ¿Constituye el precedente administrativo un simple instrumento coadyuvante en la consolidación de los elementos básicos del sistema jurídico del derecho positivo como lo son la Constitución Política, la Ley y el Acto Administrativo?. (iii) ¿Cual debe ser la relación entre el concepto de precedente administrativo con los principios generales del derecho y en especial con principios como los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y buena fe? Para resolver lo anterior se hacen las siguientes consideraciones de orden jurídico:

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- El derecho administrativo en el sistema anglosajón. El common law en la base del precedente judicial. Claridad necesaria para su debido entendimiento.

1.1.1.- El precedente — *precedent* - entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona — *common law* -, o sistema del derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos — *case law* -, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho².

Intentar, por lo tanto, una aproximación al estudio del precedente en general, y sobre todo, procurar su referencia al derecho administrativo, implica abordar de alguna manera los rasgos fundamentales del derecho anglosajón, en especial al derecho administrativo que puede predicarse dentro de él, lo cual, de por sí, significa adentrarse en ámbitos poco pacíficos de la doctrina jurídica comparada, sobre todo, cuando se tiene

1 Ponencia presentada a: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010; XI Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad de Externado de Colombia. Septiembre de 2010. Universidad Externado de Colombia

2 RADBRUCH. Gustav. "El espíritu del derecho inglés", en *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 37 ss. Puede consultarse igualmente, WHITTAKER, Simon. "El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela", en *Revista Chilena de Derecho*, V. 35. No 1, 2008 (el texto original puede verse en: WHITTAKER. Simon. "Precedent in the English Law: A view from the Citadel", en *European Review of Private Law*. No. 5, 2006. pp.705-745); ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Civitas, Madrid 1995. Vid., WADE, H. R. *Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1971.

como punto de referencia, como es nuestro caso, el sistema continental o europeo de influencia francesa^{3 4}. El sistema anglosajón de sometimiento de la Administración Pública al derecho corresponde a una evolución diferente del régimen continental europeo de derecho administrativo, con principios, reglas y evolución distinta, por lo tanto, con fuentes en muchos casos incomparables con las del sistema continental, de aquí la necesidad de entender bajo este contexto y circunstancias la configuración de la institución del precedente cuando se intenta su predicación a nuestro derecho^{5 6 7}.

3 DAVID, René. *O direito inglês*, Sao Paulo, Martins Fontes, 2000. p.VI: “El derecho inglés es el derecho aplicado en Inglaterra y el país de Gales. No es el derecho de los países de lengua inglesa o del commonwealth, ni del Reino Unido o de la Gran Bretaña. Los derechos del commonwealth son, en algunos casos, próximos al derecho inglés sin embargo, pueden diferir sustancialmente de él. El derecho de Irlanda del Norte y de la isla de Man, son bastante próximos al derecho inglés. Sin embargo, el de Escocia es muy diferente, como también el de las islas anglo-normandas”. De todas maneras, como lo señala RENÉ DAVID, en Inglaterra también se ejercen funciones públicas y existen servidores administrativos. sujetos al control de autoridades jurisdiccionales, conforme a sus propios principios y respetando el principio de legalidad: “En Inglaterra, como en Francia, reina al fin de cuentas la misma creencia de que la administración debe actuar siempre de acuerdo con el derecho”.

4 *Ibid.*, p.90. Puede consultarse CASSESE, Sabino. “La costituzione del diritto amministrativo: Francia e Refino Unito”, en *Diritto amministrativo*. T. L Milano. Giuffrè, 2000. pp.1-88.

5 Esta circunstancia fue resaltada por la doctrina clásica individualista inglesa, encabezada por ALBERT VENN DICEY, en sus trabajos sobre la constitución inglesa (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cuya primera edición corresponde a 1885 y la última a 1915), al sostener que en Inglaterra históricamente no había existido un régimen jurídico especial para la administración a la usanza francesa, encontrándose en consecuencia su Administración Pública sujeta al derecho común y a la justicia ordinaria. Los postulados de esta corriente doctrinaria clásica provienen en buena parte del particular entendimiento de DICEY de la Inglaterra victoriana del siglo XVIII, heredera de las viejas instituciones de aquella nación y, básicamente, de su preocupación de comparar su realidad institucional con la de la Francia posrevolucionaria, en la cual se había desarrollado el concepto de dualidad de jurisdicción y de régimen jurídico propio para las entidades públicas administrativas diferentes del derecho privado, y totalmente divorciado para efecto de control de la justicia ordinaria. En sus conclusiones, la concepción clásica del sistema anglosajón reafirma la inexistencia de un derecho administrativo en Inglaterra. Se sostiene que el sistema de derecho público inglés se caracteriza por estar sujeto a un principio de legalidad fundamentado en la supremacía y dominio de la ley común, al que se denomina sistema *rule of law*, que en opinión de DICEY es mucho más democrático y garantista que el derecho administrativo desarrollado por los franceses. En este sentido, para los clásicos anglosajones el *rule of law*, resulta desde todo punto de vista superior al derecho administrativo francés, en cuanto que este es por esencia autoritario y despótico. Fundamenta estos calificativos desautorizadores del sistema continental en una especial caracterización del sistema inglés, según el cual no existen privilegios para la administración; se carece por completo de tribunales especializados para juzgar las entidades públicas. Los únicos tribunales competentes para ocuparse de los litigios de la administración son los ordinarios, con el fin de evitar la arbitrariedad (*from bureaucracy to autocracy, lo dictatorship is a simple transition*). Y por último, cabe señalar la ausencia de un sistema de protección especial para los funcionarios en el desempeño de sus cargos: el ciudadano podía acusar libremente a un servidor público ante los jueces civiles o penales. Esta concepción de la *rule of law* es diseñada por el pensamiento jurídico inglés, en especial por DICEY a partir de sus observaciones acerca del régimen jurídico inglés del siglo XVIII, en el cual el escaso desarrollo de la administración pública hacía que se pudiese generalizar el concepto de *rule of law* y encontrar diferencias abismales con el régimen continental. Situación que, como veremos más adelante, cambia a partir del surgimiento de Estado interventor y procurador de servicios del siglo XX. Según las conclusiones de esta escuela, el sometimiento de la administración al derecho implicaba la existencia de un solo régimen sometedor y unos pocos tribunales, los ordinarios. La administración y sus agentes no podían, en esta concepción clásica, regirse por un derecho propio, estaban siempre sujetos al imperio de la ley general y a la jurisdicción común de todos los sujetos del ordenamiento. Dentro de esta doctrina, el sistema continental es visto como “un residuo regresivo” del antiguo régimen. Una verdadera negación del Estado de derecho en cuanto significaba, según DICEY, una clara intromisión del absolutismo de la administración que se tornaba en depositaria de poderes excepcionales o privilegios exorbitantes que la situaban en un plano de superioridad frente a los asociados.

6 VILLAR PALASÍ, José Luis. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, Universidad de Madrid, 1968. pp. 224-232. Justificando las razones de las profundas divergencias entre el sistema continental y el anglosajón, sostiene este autor: “Nos estamos refiriendo a otra mentalidad administrativa distinta. Estamos ante una construcción jurídica y política, no solo del derecho administrativo, sino de todo el derecho, completamente diversa a la del derecho continental”.

7 RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. La doctrina francesa reaccionó abiertamente contra los anteriores postulados, que en opinión de DICEY hacían de la *rule of law* un sistema superior y mucho más garantista que el francés. JEAN RIVERO, en sus estudios de derecho comparado, sostiene que las premisas expuestas por la concepción clásica inglesa de la unidad de derecho y jurisdicción resultan ser argumentos supremamente débiles, si se tiene en cuenta que la realidad jurídica inglesa de la época de DICEY comenzaba a mostrar cosas distintas a las presentadas por este autor. Por lo menos, frente al tema de la

1.1.2.- El sustento del sistema jurídico anglosajón está ubicado en los desarrollos que se dieron en Inglaterra por el llamado *common law*, o derecho común de carácter consuetudinario, formado principalmente a partir de la influencia del derecho normando⁸. A este sistema se unió históricamente otro mecanismo de resolución de conflictos de base jurídica más flexible, al que se denominó *equity*. En la conjugación de estas dos modalidades se desarrolló el derecho común inglés, y podríamos considerarlo así mismo como el punto de partida de lo que habría de denominarse, posteriormente, el derecho propio de la administración, que en su concepción clásica no se apartaba de modo sustancial de sus principios y conceptos.

1.1.2.1.- Destaca CAVANNA que el *common law* corresponde a una especial evolución del derecho inglés, que no se ha detenido en su desarrollo prácticamente desde el siglo XII, y ha llegado a nuestros días con un acervo de técnicas, experiencia y reglas no escritas; esto en contraposición al derecho continental que fue objeto de profundas transformaciones propiciadas por los partidarios del derecho escrito. La gran revolución del siglo XIX que abanderó la concepción codificadora produjo en el continente europeo una evidente mutación del derecho romano “*aun antes que un nuevo derecho o una diferente funcionalidad ética y jurídica de las categorías del derecho romano transvasadas en los códigos*”; el derecho comienza a identificarse con la norma positiva, un sistema virtualmente cerrado de preceptos legislativos⁹.

En Inglaterra, el proceso de formación del derecho permaneció intacto, no fue objeto de las embestidas codificadoras del derecho continental. Obtiene sus fuentes romanas en el *Corpus iuris*, inspirado en la sistematización justinianea del derecho que correspondía a la idea bizantina de lo textual, legislativo y dogmático: de aquí el desarrollo que anotábamos a propósito de la unidad del poder, de las técnicas jurídicas de glosadores y comentaristas (cuya base de trabajo era precisamente el texto escrito)¹⁰.

El derecho anglosajón aborda al derecho romano desde otro punto de vista; en la concepción clásica, ausente del fenómeno justineano. El derecho inglés, según LOSANO, se nutre tanto de normas de origen germánico, heredadas de la dominación danesa, como de los derechos canónico y normando¹¹. En opinión de CAVANNA, el derecho inglés se encuentra “*singularmente vecino del espíritu del derecho romano clásico, introducido en la época de la cristianización de las islas por el año 664 d. C.; inspirada en una concepción fundada en casos, no escrita, y donde la jurisprudencia se sustenta y se hace norma en las soluciones a los casos específicos. Esta adopción de la esencia clásica del derecho romano llevó a sostener que los juristas ingleses son los más romanos de todos los romanistas (FREDERIC WILLIAM MAITLAND)*”¹².

La influencia romana clásica fue absorbida por el derecho anglo-normando que comenzó a dominar a Inglaterra desde el siglo X. De esta absorción también emanó la tendencia opositora al derecho romano justiniano, situación que permitió el afianzamiento y desarrollo del derecho común de los ingleses, como derecho general y unificador del régimen jurídico en las islas. Los juristas lograron decantar una jurisprudencia creativa, metódicamente similar a lo que tiene que ver con la casuística y la jurisprudencia romana clásica, y por lo tanto técnicamente autosuficiente. El *common law* logra de esta manera identidad como un derecho de fuente judicial y común, opuesta a los derechos y costumbres locales, que habían crecido en la isla durante los tiempos anárquicos anteriores a la unificación y dominación Normanda¹³.

aplicación de un derecho común a la administración, demuestra RIVERO que por la época en que DICEY elaboró su obra el más importante de los sujetos justiciable dentro de un Estado de derecho, como lo es el mismo Estado (la Corona), se encontraba protegido por especiales excepciones provenientes de la ley.

8 DAVID. René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 283 ss.

9 CAVANNA. *Storia*, cit.. p. 479. El derecho inglés, señala: “*no ha conocido desde el siglo XXI ninguna solución de continuidad y llega hasta hoy manteniendo intacta la riqueza de su enorme patrimonio histórico de técnicas, experiencias y reglas no escritas: como un río cada vez más amplio que a partir de su surgimiento ha avanzado sin abandonar nunca su lecho y sin dejar nada seco*”.

10 *Ibid.*, pp. 480 y 482: “*en los países del continente fue la adopción del corpus iuris como derecho positivo, como modelo de razón de un acto europeo de juristas, y el desarrollo de un ius commune a cya formación contribuyeron con su autoridad los juristas mismos*”.

11 LOSANO. *Los grandes sistemas jurídicos*. Ob., cit., p. 166.

12 CAVANNA. *Storia*. Ob., cit., p. 481.

13 Sobre las relaciones entre la evolución política de Inglaterra y sus relaciones con la formación de su derecho puede consultarse CAVANNA. *Storia*. Ob. cit., pp. 491-529. Igualmente LOSANO. *Los grandes sistemas Jurídicos*. Ob. cit. pp. 166 y ss: “*antes del año 1000 d. C., en territorio británico coexistían normas de origen germánico, ligadas también a la dominación danesa en la parte oriental de la isla, y normas de derecho romano y canónico, introducidas en el momento de la cristianización (664 d. C.) y destinadas a estar en vigor hasta nuestros días [...] A estos derechos y a los heterogéneos liso locales en vigor en los distintos Estados de las dos mayores islas británicas se superpone en 1066, el derecho introducido por la conquista normanda. La unidad política de la Gran Bretaña (a excepción de Escocia) realizada por GUILLERMO EL CONQUISTADOR tuvo como directa consecuencia también la unificación del derecho. Este derecho unificado fine llamado ‘derecho común’, esto es, common law, porque sustituía los derechos particulares precedentes en*

Desde esta época el *common law* se ha basado en la autoridad vinculante del precedente judicial que le otorga certeza jurídica al sistema y en cuyos valores ético-jurídicos pretende crear un orden jurídico auténtico. De esta forma se aparta radicalmente del derecho continental, que dentro de su concepción legalista encuentra la certeza del derecho únicamente en el texto escrito de la ley. Condensando la dicotomía entre el sistema continental y el *common law* inglés encontramos tres aspectos que los hacen diferentes: la ausencia del elemento romano justiniano en la formación del *common law*, provocada por la reacción anglonormanda a esta modalidad jurídica; el origen jurisprudencial de las normas del *common law*, frente al origen legal del régimen europeo; la ausencia de ideas codificadoras en el régimen inglés, en contraposición a la consolidación del sistema continental que se hace sobre la idea codificadora y del derecho escrito.

CAVANNA intenta aproximarse al concepto de la expresión *common law* como producto de la conjunción de fuentes del derecho y principalmente del derecho romano clásico. Para estos efectos propone tres puntos de partida: un sistema amplio, otro estricto y en contraposición al concepto de *statute law*. De acuerdo con el primer sentido, el *common law* constituye un concepto genérico que caracteriza el derecho propio de los países de influencia anglo-americana. Desde este punto de vista, *common law* se contrapone a *civil law*, esto es, a la expresión con que se identifica el sistema de derecho desarrollado en el continente europeo y que tiene por fundamento el derecho romano justiniano también conocido como *ius commune*, y que modernamente tiene sus sustentos en el derecho escrito, la ley y la codificación.

En sentido estricto, la expresión *common law* es usada en contraposición al concepto de *equity* o sistema jurídico, en el que predominan, desde el punto de vista sustancial, los elementos morales y éticos, frente a los precedente judiciales del *common law*. En su tercera acepción, la confrontación del concepto se produce frente al *statute law*, es decir, al derecho que se produce en Inglaterra a partir del órgano legislativo (leyes especiales, ordenanzas, reglamentos, etc.). La parte escrita del derecho inglés se produce por vía jurisdiccional, mediante la resolución de casos concretos¹⁴.

Ahora bien, como concepto formador del derecho, el desarrollo del *common law* se ligó irremediablemente a las mismas instituciones creadas por los normandos después de su triunfo; la institución básica que empezó el arduo trabajo de desarrollar este sistema, según los historiadores, fue la corte real o curia regia, también conocida como consejo real o, específicamente en Inglaterra como *King's Council* (organismo que fue característico de la organización política de los inicios del bajo medievo). Para CAVANNA, el verdadero diseñador de la estructura ósea del sistema del *common law* fue la curia regia, que en tiempos de los normandos constituía el centro motor de las funciones y de los oficios del gobierno y la sede de varias actividades decisorias relativas a los negocios del reino. Fue el centro de las competencias reales, la dirección del Estado y el funcionamiento de las instituciones públicas. Entre estas funciones naturales le correspondía la actividad judicial, que como se recordará era típica del rey como responsable de la pax pública, pero que ejercía con la colaboración de la curia regia.

Para el cumplimiento de estas funciones la curia regia generó tres grandes cortes judiciales de *Westminster*. 1. La *Exchequer*, corte creada en la primera mitad del siglo XII y cuyo oficio específico consistió en el juzgamiento de la actividad contable y financiera del Estado; con posterioridad también se extendió su competencia a la actividad privada; 2. La *Court of Common Pleas* (corte de la audiencia común), creada como parte del *King's Council* por el rey Enrico II en 1178; se caracterizaba porque acompañaba al rey en su administración de justicia por todo el reino; estaba compuesta por cinco jueces (dos eclesiásticos y tres laicos) y fue asignada a *Westminster* después de la Carta Magna de 1215; le correspondió el conocimiento de prácticamente todos los litigios entre particulares; fue, por así decirlo, la depositaria de la jurisdicción ordinaria, y 3. La *Court of Ecclesiastical Bench*, que era el organismo más vinculado al rey: sus miembros, se suponía, debían deliberar en presencia del rey; le fueron asignadas las causas más importantes del reino, tanto civiles como criminales, principalmente en materia de daños y de actos ilícitos realizados con violencia o cuando turbaran el orden y la paz del reino.

Estas tres cortes dieron forma con sus decisiones al *common law*; prácticamente, hasta la reforma judicial de 1873, constituyeron la esencia misma de las fuentes formadoras del sistema inglés de justicia común para el reino¹⁵.

vigor [...] El acoplamiento de la denominación normanda en Inglaterra también venía facilitado por el hecho de que las normas consuetudinarias propias de los normandos eran germánicas, al ser los normandos una población originaria de Noruega". De esta forma, en la conjugación del derecho romano clásico y germánico-normando tomó forma el núcleo originario del *common law*.

14 CAVANNA. *Storia*. Ob., cit., pp. 488 y 489.

15 *Ibid.*, pp. 497 y 498.

El *common law* se relaciona necesariamente con los órganos y autoridades administrativas y constituye la base más importante del derecho anglosajón en todos sus aspectos. El *common law* y las decisiones especiales del Parlamento constituyen un solo derecho al cual se encuentra sometida la administración pública. Si bien es cierto que con anterioridad a la Gloriosa revolución de 1688 y 1689, el *common law* era el único punto de referencia para la legalidad¹⁶, con posterioridad, y por las razones expresadas, constituye un todo con los *statute law* (normas legales propiamente) que rigen la actividad pública administrativa en lo que la doctrina inglesa ha denominado como *rule of law* o sometimiento de los poderes públicos: en especial de la administración al imperio de la ley común, en contraposición al régimen continental que también es de sometimiento, pero a leyes especiales.

En este sentido, señala RENÉ DAVID que el *common law* se tornó en un sistema general integrando reglas para todas las situaciones, tanto de derecho público como de derecho privado¹⁷. En esta misma dirección señala MURILLO FERROL, invocando a HATSCHEK¹⁸, a propósito de las discusiones sobre la posible existencia autónoma de un derecho administrativo inglés, que de todas maneras lo que no se puede negar es que la Administración Pública inglesa durante años produjo infinidad de decisiones que en su conjunto constituyen importantes precedentes, los cuales integran una "rutina administrativa", la cual hace parte integrante del derecho común, *common law*, otorgando al sistema administrativo unidad, continuidad y, sobre todo, garantías y certeza jurídica¹⁹.

1.1.2.2.- Ahora bien, de manera paralela al *common law* creció otro tipo de justicia producida fundamentalmente en razón de los recursos presentados frente a las decisiones de los tribunales reales. Esta justicia, que correspondía directamente al rey (delegada en el secretario, *Chancellor*), se caracterizaba por apartarse de los antecedentes jurisprudenciales y motivarse ante todo en normas morales y éticas; de aquí que se le otorgara el nombre de *equity*. Carecía de las ritualidades procesales del *common law*, lo que le proporcionó un impulso importante que la colocó en situación de claro antagonismo con este sistema del derecho. Según LOSANO, "este desarrollo llevó a la *equity* no solo a suplir sino, incluso, a entrar en concurrencia con el *common law*, lo que hacia finales del año 1500 condujo a sentencias contrastantes en casos análogos. El conflicto fue resuelto en 1616 por FRANCIS BACON, al que JACOBO I había hecho someter un clamoroso caso de conflicto, el Earl of Oxford Case; en caso de conflicto, la *equity* debía prevalecer sobre el *common law*. Esta decisión redujo los casos de conflicto, pero no los eliminó; la armonización de los dos elementos se produjo claramente con su fusión regulada por el Judicature Act de 1873. De todas formas la *equity* siempre se consideró un complemento del *common law*"²⁰.

La esencia de la *equity* gira en torno a la idea de conciencia: de aquí que inicialmente la competencia para conocer de la equidad se le hubiera asignado a la *Court of Chancery* que estaba en cabeza del Canciller, esto es, en manos del rector de la conciencia del reino.

16 VARANO. *Problemi Attuali della tutela del ciltadino*, cit. Si bien es cierto que el *common law* era el único punto de referencia sustancial, desde el punto de vista del control se había desarrollado por los Estuardos una especie de vía jurisdiccional o corte de conciliación (*prerogative o conciliar courts*) que fue abolida al convertirse en convalidadora de los actos arbitrarios de los monarcas. Consolidando de esta manera la única jurisdicción y el único derecho de que hablaba DYCEY: "La alianza del Parlamento y de las cortes de *common law*' no podía dejar de comprometer también este aspecto del absolutismo regio: la malformada corte de la *star chamber* fue la primera abolida, en 1641; y muchas otras cortes conciliares correrían la misma suerte en 1688. Estos sucesos, reforzados por el prestigio excepcional y por las garantías de independencia de que se vieron rodeados los jueces de las cortes ordinarias con el Act of Settlement de 1701, contribuyeron sin duda a mantener vivo hasta nuestros días un insuperable y cada vez menos justificable prejuicio contra todo aquello que es ajeno al *common law*" (pp. 906 y 907). La Gloriosa revolución, agrega VARANO, generó un efecto negativo evidente para el desarrollo del derecho administrativo en Inglaterra. A partir de este hecho histórico las cortes del *common law* y el Parlamento se repartieron el control sobre el ejecutivo. Los primeros conociendo de la legalidad de sus actos, y el segundo el control sobre la actividad política (p. 908).

17 DAVID. René. *D derecho inglés*, cit., p. 4.

18 De acuerdo con MERKL, en el derecho continental se hablaba de prácticas administrativas y judiciales que "pueden designarse las reglas que se forman en la práctica de las autoridades administrativas que se forman en la práctica de las autoridades administrativas o de los Tribunales mediante ejercicio constante". MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935. pp.144 — 145.

19 MURILLO FERROL, Francisco. "El régimen jurídico de la administración inglesa", en *Revista de Administración Pública*, No. 1, enero-abril de 1950, pp. 48 y 49: "Hasta el comienzo del siglo IX las decisiones de las autoridades investidas de poderes administrativos creaban poco a poco un cuerpo de derecho sobre materias de la administración que se iban concentrando en los archivos [] Estos precedentes daban continuidad y unidad a la acción administrativa y eran, por entonces, la más importante y casi única garantía de los súbditos frente a la arbitrariedad de las autoridades [...] No forman un específico derecho administrativo, sino un complejo de normas que se integran en el derecho común.

20 LOSANO. *Los grandes sistemas jurídicos*. Ob., cit., p. 127.

En este sentido se contraponen un derecho superior, el de la conciencia, al de los preceptos y antecedentes judiciales. Sin embargo, para sus decisiones la equidad siempre debía seguir el derecho, y fundamentalmente defender a la persona. “*El Canciller no podía crear derecho al estilo del common law ni modificarlo o ignorar el generado por los jueces de ese derecho. Solo se podía fallar en conciencia, lo que hacía de la equidad un medio altamente creativo*”²¹.

Los sistemas de *common law* y *equity* fueron objeto de un gran proceso de revisión y adaptación. Entre 1873 y 1907, que es considerado como el de la gran integración de la justicia inglesa contemporánea. El *Judicature Act* de 1873 fusionó la *equity* y el *common law* y reformó el sistema judicial del país. En sus relaciones con el derecho de sometimiento de la administración pública inglesa el punto de partida indiscutible lo constituyen estos dos sistemas judiciales. La interrelación entre el derecho común inglés y la figura del sometimiento de las instituciones a la ley creó un binomio rector indiscutible de la actividad pública de aquel país. En su concepción clásica corresponde al juez juzgar también a la administración pública, teniendo en cuenta el principio de legalidad, emanado de la evolución política inglesa.

El concepto de jerarquía normativa o de supremacía jurídica se desarrolló en Inglaterra de manera simultánea con el *common law* precisamente, y esta fue una idea que predominó hasta el siglo XVII; el *common law* era considerado como ley fundamental en la medida que tenía prevalencia respecto del derecho dictado por el Parlamento, ya que en la práctica constituía un sistema excepcional, y correspondía a la costumbre creada desde el inicio mismo del sistema que el derecho general y unificador de las islas lo daba la división judicial y el precedente, en la medida de su carácter de derecho común.

El *statute law* debía sujetarse al *common law*: jurisdiccionalmente esta fue la tendencia que predominó durante casi seis siglos. Indicaban los jueces en esos años que “*la common law controla los actos del Parlamento y puede considerarlos como ajenos al derecho (nulos)*. Cuando una decisión del Parlamento desconoce el derecho común o la razón común, o repugna frente a ellos, o es imposible de cumplir, se puede confrontar con el *common law* para que este la juzgue o la anule si es necesario” (caso Bonham’s 1610, juez EDUARD COKE). Por vía de *equity* se hacían similares planteamientos: un acto del Parlamento producido contra la naturaleza de las cosas podía resultar contrario a la *equity*.

El concepto de supremacía del *common law* frente a las decisiones del Parlamento entra en evidente conflicto a partir de la Gloriosa revolución de 1688 y 1689, que dio lugar al surgimiento del Parlamento como depositario de la soberanía, relegando el poder real a situación de dependencia institucional del Parlamento y de sus leyes. Creó de paso una interesante división de poderes de la Corona que constituyó el punto de partida de los planteamientos ideológicos de LOCKE y MONTESQUIEU, inspiradores de la institucionalización del poder americana y francesa.

Con la gloriosa revolución, los ingleses rompieron el absolutismo real y dieron paso a un sistema institucionalizado de separación de poderes. A diferencia de lo ocurrido en Francia cien años después, el sometimiento del monarca se produce en Inglaterra por las comunas o ciudades y los señores o lores, no directamente por la burguesía. Este proceso se vive en Inglaterra cuando en el resto de la Europa continental se trataba de consolidar el Estado absoluto precisamente frente a los estamentos feudales, lo que, como advertíamos, significó el surgimiento de los Estados nacionales y el fortalecimiento del monarca. Mientras en Europa se fortalecía el monarca, en Inglaterra su poder se trasladaba al Parlamento, que se consideró depositario de la soberanía, dándose así inicio a una interesante división del poder²².

21 CAVANNA. *Storia*. Ob. cit., pp. 530 ss.

22 La división inglesa de poderes resulta particular y especial: establece un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes públicos como garantía de libertad. “*La palabra Estado es extraña al derecho inglés mucho más el concepto. En vez de este encontramos el de ‘Corona’ al que se refiere toda la organización administrativa [...] Pero junto a la Corona está el Parlamento como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (pueblo) [...] no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado según las ideas más o menos místicas del monarquismo continental, sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizada en ninguna parte de la unidad del poder. Ambos sujetos están simplemente en relación como lo están las partes en un contrato, nexa en el cual cada una mantiene íntegra su individualidad. Concretamente, rey y pueblo son reciprocally trustees for each other [...] No tiene objeto que intentemos ahora precisar el contenido de esa relación de trust o de fiducia [...] Basta notar que esa relación que afecta a ambos sujetos afirma y no disuelve su respectiva individualidad [...] Por su parte los tribunales tampoco son órganos de la Corona, sino órganos o expresiones del derecho de la tierra (the law of the land), derecho que por su parte -y esta es la idea esencial del common law— no está estatizado, no es un producto de la voluntad del pueblo, sino obra de las costumbres y decisiones judiciales (las leyes no forman parte, como es sabido, del common law, sino de un statute law, carente de principios generales y, por ello, interpretado normalmente con un criterio restrictivo [...]) Las leyes no integran por eso un verdadero ius orgánico y general, sino que se limitan a resolver local conditions and situations: pound. La idea esencial de la independencia de la magistratura —y así fue en la*

A partir de la revolución inglesa, la supremacía del *common law* es cuestionada por el Parlamento que considera que sus decisiones son prevalentes en todos los casos. No existe, en consecuencia, distinción formal entre leyes ordinarias y constitucionales: de aquí la inexistencia y no necesidad de Constitución escrita. El Parlamento en ejercicio de su soberanía podía hacer o deshacer cualquier ley impidiendo incluso que fueran objeto de control. Desde este planteamiento resulta entonces que la innegable supremacía del *common law* inicia su descenso en favor de la ley.

1.1.3.- El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del *common law*, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas - *ratio decidendi* -, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- *stare decisis* -, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica²³.

La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*²⁴.

La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares. WHITTAKER, retomando la doctrina inglesa y entendiendo por precedente una declaración sobre un punto de derecho, establecida en una sentencia judicial, y que se resume en la justificación del resultado que se alcanza en ese caso, entiende, por *ratio decidendi*, la proposición, o el conjunto de proposiciones de derecho, necesarias para disponer del caso conforme a los hechos que le dieron lugar²⁵.

El concepto se edifica a partir de una simple proposición de derecho, en la medida en que la *ratio decidendi* puede tener diversas formas de manifestación: sea construyendo una verdadera regla de derecho; definiendo un concepto jurídico, o, simplemente proponiendo un enunciado jurídico mucho más amplio configurando las bases de un principio en derecho. Esta la razón por la cual la doctrina inglesa prefiera hablar de "*disposición del caso*" al referirse a la *ratio decidendi*, dando a entender que materialmente la misma puede comprender diferentes sustancias o remedios jurídicos²⁶.

Lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi*, es también y de manera significativa el componente fáctico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurara la *ratio* lo que corresponda en derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión, lo demás, no es, ni puede considerarse técnicamente como verdadera *ratio*, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en derecho lo que corresponda en relación con los hechos del caso. Para el derecho inglés esto es significativo al momento de la construcción de un verdadero precedente, en la medida en que las proposiciones jurídicas contenidas en una sentencia se supeditan, es decir, están determinadas por los hechos del caso, de aquí que la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio*

famosa polémica de COKE— no es más que una implicación natural de la independencia del derecho respecto del principio, pero expresa certeramente que el juez es visto como un órgano propio no del Estado ni de la Corona (aunque siga actuando nominalmente en nombre de ésta) sino de la *lex terrae*, como *viva lex regis* o *lex locuens*, teniendo en cuenta que aquí *lex* no expresa la voluntad de un imperante sino el derecho establecido en la comunidad y por ella misma aceptado y vivido. Si el juez no puede recibir órdenes del rey es porque el rey no tiene la disponibilidad sobre el derecho, porque el juez no está según la voluntad del rey; en estos términos los poderes ingleses serían pluralidad que se unifica en la idea de Constitución, que es una idea simple y confesadamente estructural" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Civitas, Madrid, 2001, p. 27).

23 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Ob., cit., p. 31.

24 WHITTAKER, Simon. "El precedente en el Derecho In-les: una visión desde la ciudadela". Ob., cit., pp. 37. y 49.

25 WHITTAKER, Simon. "El precedente en el Derecho Ingles: una visión desde la ciudadela". Ob., cit., p. 50.

26 WHITTAKER, Simon. "El precedente en el Derecho ingles: una visión desde la ciudadela". Ob., cit., p. 50.

decidendi, “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación...”²⁷.

Los precedentes pueden ser declarativos si se limita a aplicar una norma ya existente y creativos el que crea y aplica una nueva norma; obligatorio es aquel que inevitablemente los jueces deben seguir lo aprueben o no y persuasivos esta dado por aquel que los jueces no deben seguir pero que dada su existencia de alguna manera deberían tomar en consideración²⁸.

Por otra parte, en esta secuencia descriptiva de la institución a los ojos del derecho inglés, el *obiter dicta*, al contrario de la *ratio decidendi* configura el componente o elemento de la sentencia que no obliga, pero que dadas las circunstancias, básicamente jurídicas, nunca fácticas, fueron necesarias de incluir en la providencia dada su fuerza de persuasión, es decir, se ubican en este apartado, todas aquellas proposiciones de derecho que carecen de la fuerza de la *ratio decidendi*, en cuanto no corresponden con el análisis fáctico del caso puesto a consideración del juzgador²⁹.

1.2.- Las tentativas de construcción de una teoría sobre el precedente administrativo.

Desde la perspectiva de la doctrina del derecho administrativo³⁰, salvo algunos trabajos aislados³¹, no existe una sistemática en relación con el precedente administrativo³², ni mucho menos unificación conceptual de su procedencia bajo el sistema continental o europeo del derecho administrativo, al cual, de por si, resulta extraño, y cara algunos, contrario a la misma estructuración del principio de legalidad³³,

27 *Ibíd.*, pp. 50 y 51. “...Sin embargo el aspecto crucial de la definición arriba enunciado es que la *ratio* de un caso vincula las proposiciones de Derecho discutidas en una o mas sentencias con los hechos y las reclamaciones de las partes...”.

28 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law* Ob., cit., pp. 33-39.

29 WITTAKER, Simón. “El precedente en el Derecho Ingles: una visión desde la ciudadela”. Ob., cit., pp. 49,50 y 52.

30 MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., pp. 144 — 145. En su momento ADOLF MERKL señaló: “Mientras que en los ordenamientos jurídicos que reconocen la fuerza obligatoria de los precedentes y, sea cualquiera la forma de este reconocimiento, la decisión anterior del caso constituye una máxima obligatoria para la solución autoritaria de casos iguales, la fuente jurídica que designamos como uso administrativo presupone una práctica anterior constante. No es posible transferir la obligatoriedad jurídica de las prácticas de las autoridades, reconocida en los ordenamientos jurídicos que admiten los precedentes, a ordenamientos jurídicos que no los admiten o que los rechazan expresamente, valiéndose de la forma modificada —que la ciencia jurídica eleva a la categoría de fuente— de prácticas de las autoridades. Usos judiciales y administrativos significan, en sí mismos, sin que sean reconocidos por una forma jurídica superior, solamente una coacción psíquica que actúa como fuerza motivadora, junto a otros factores”, en el procedimiento judicial y administrativo”.

31 Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “El precedente Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, No 24. 1957. pp.75 — 115. De acuerdo con ORTIZ DÍAZ el “«precedente» administrativo opera en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, a nuestro juicio, en el principio de igualdad de los administrados ante la Administración, en la necesidad de que ésta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación. Mas la concreción del principio de igualdad no supone siempre la figura del «precedente». Este actúa en la aplicación del principio de igualdad en el tiempo. Cuando la Administración aplica o desarrolla el principio de igualdad simultáneamente o al mismo tiempo, sin relación a situaciones pasadas o anteriores, no aparece el precedente”. DIEZ PICAZO, Luis M. “La Doctrina del Precedente Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No 98, 1982, pp.7 - 46. En este trabajo DIEZ PICAZO señala que VILLAR PALASÍ entendió como precedente “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar”, a lo que se añade por ORTIZ DIAZ que “para que el precedente goce de relevancia jurídica, debe tener una cierta, aunque no siempre bien delimitada, fuerza vinculante. El precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”.

32 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Marcial Pons, Madrid. 2008, p. 21.

33 MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., p.145. En su momento MERKL advertía: “Supongamos que la práctica administrativa, en una serie ininterrumpida de casos, ha hecho uso, en una dirección determinada, de su poder discrecional, de forma que podemos hablar de la existencia de un uso administrativo. Nada se opone en derecho a la autoridad administrativa que, en virtud de su poder discrecional, lo utilice en un sentido que se desvía del habitual hasta el momento. No es posible, suponiendo que el órgano administrativo se haya movido dentro del campo discrecional, condenar el uso nuevo de este poder como abuso de poder. ¿Se puede admitir que las prácticas de las autoridades posean la capacidad de limitar o de excluir el poder discrecional a partir de un caso determinado? ¿Y desde cuándo? Si es ya problemático que un uso judicial o administrativo conforme a derecho pueda crear derecho de tal clase que, entre varias posibilidades de aplicación del derecho, no se reconozca más que una sola, todavía es mucho más difícil reconocer la fuerza creadora de un liso hasta ahora contrario a derecho. ¿Cómo es posible que si la autoridad se ha conducido en noventa y nueve casos en forma antijurídica, el caso cien adquiera patente limpia? Pues la teoría jurídica que otorga a las prácticas de las autoridades fuerza derogatoria de la ley nos obliga a creer todo esto”.

que se encuentra en la base de este sistema y que constituye una de las fuentes directas de derecho, considerando a la jurisprudencia como un simple instrumento auxiliar en la construcción jurídica del derecho positivo³⁴.

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 legalidad³⁵. 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 legal³⁶.

Esta postura formal y excluyente ha venido en los últimos años siendo recogida en favor de un 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 legalidad³⁷.

Se destaca al respecto por la doctrina, que de aceptarse la existencia jurídica del precedente el mismo no puede en ninguna manera configurarse como una práctica contraria a la ley³⁸. El precedente opera bajo nuestras estructuras jurídicas produciendo el efecto de todos los actos propios con posibilidad de que sus consideraciones jurídicas en relación con los hechos y conflictos resueltos por la administración puedan ser invocados posteriormente por terceros en procura de seguridad e igualdad, en la medida en que el precedente así visto, contiene materialmente el sentido y alcance que la administración le ha dado a la aplicación de las normas superiores - constitución, ley y actos administrativos - a las que estaba sujeta para la resolución del caso en concreto. En consecuencia la invocación del precedente administrativo solo es legítima dentro de la legalidad, o dicho de otro modo, su invocación tan solo es posible si el mismo está conforme a derecho³⁹ (e incluso al interés público, como originalmente lo planteó ORTIZ DIAZ⁴⁰). Su fuerza vinculante esta sujeta y condicionada por su adecuación a la legalidad⁴¹.

Algunas posturas fundamentan el concepto en teorías poco comprometedoras con su fuerza vinculante. De manera operacional, algunos sectores de la doctrina, proponen para la conceptualización de la expresión de precedente administrativo la idea de que el mismo encierra ante todo una técnica comparativa de providencias administrativas tendiente a la protección de invaluable derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad de los asociados en tratamiento por las autoridades⁴², sin condicionarla a la legalidad.

En esta dirección se entiende al "... precedente administrativo como una técnica de comparación entre una y varios actos anteriores y otro presente, que juega un papel fundamental en el conjunto del ordenamiento jurídico como garantía de diversos principios generales del derecho consagrados constitucionalmente..."⁴³ principalmente los de igualdad, buena fe, interdicción a la arbitrariedad generando en consecuencia condiciones de seguridad jurídica.

34 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y eficacia Vinculante*, Ob., cit., p. 22.

35 De acuerdo con MERKL, la "aplicación de única o general de la concepción jurídica comprendida en una decisión única anterior, o también en una práctica corriente de las autoridades, requiere la delegación jurídica por parte de una fuente jurídica enraizada en la Constitución, para que de este modo esa manifestación que pretende alcanzar fuerza obligatoria se halle conectada con la Constitución y formando parte, por lo tanto, del total ordenamiento jurídico". MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., p. 146.

36 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p. 23.

37 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo, Ariel Derecho*, Madrid 2003, p. 351.

38 HUERGO LORA, Alejandro. "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", en *Revista de Administración Pública*. No. 137, mayo — agosto, 1995, p.193. "la llamada doctrina del precedente administrativo consiste en que, cuando ante una Administración se reproduce un caso sustancialmente idéntico a otro anterior, debe resolverse del mismo modo, salvo que la resolución del caso anterior haya sido ilegal, o salvo que un motivo de interés público justifique un cambio de criterio".

39 MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., p. 146. "Puede llegar a adquirir fuerza obligatoria, aún en el mismo Estado "legalista", por ejemplo, el precedente, debido a que la ley puede disponer que algunas autoridades tendrán que apoyar sus actos en la concepción jurídica. que se revelan en actos de otras autoridades sobre casos idénticos".

40 ORTIZ DIÁZ, José. "El precedente Administrativo". Ob., cit., pp. 99 ss.

41 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. Ob... cit., p. 351. DIEZ PICAZO, Luis M. "La Doctrina del Precedente Administrativo". Ob., cit., p. 13. "Con sus actuaciones precedentes, la Administración crea una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente".

42 Vid. ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia de 20 de febrero de 1991. Ar. 1053.

43 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., pp. 24y25.

Algunos otros sectores van más allá en la conceptualización de la institución retomando de alguna forma la preceptiva descriptiva que del precedente judicial se hace por parte de la doctrina anglosajona, entendiendo por precedente administrativo "... el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar..." sin mayores consideraciones en relación con la ley y sobre todo con la adecuación, de lo ya resuelto, con el principio de legalidad, pero con fuerza vinculante para efectos de hacer viables los principios de igualdad, interdicción a la arbitrariedad y buena fe: "... El precedente administrativo es, por lo tanto, aquella actuación pasada de la administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares..."⁴⁴, sin requerir necesariamente que se hubiere repetido en su aplicación una pluralidad de veces, lo importante es que de algún modo, la administración hubiere fijado en providencia anterior, el alcance del ordenamiento jurídico en relación con determinada situación fáctica⁴⁵.

Precisamente, es la fijación de la postura, del desdoblamiento de la actuación de la administración la que constituye el centro o base del precedente, y es lo que verdaderamente debe encaminar la tutela de la igualdad ante la ley, la interdicción de la arbitrariedad y la consistencia en las decisiones administrativas que puedan resolver situaciones fácticas similares. El límite a esta construcción se encontraría en el concepto de gestión pública, en virtud del cual la administración actuando estratégicamente debe adaptarse a los nuevos escenarios, lo que debe pivotar en torno a la racionalización y la planificación⁴⁶.

Esta última postura que realmente retoma el alcance del precedente judicial anglosajón para el derecho administrativo, en especial para las decisiones administrativas, es el prevalente y dominante en las construcciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el precedente administrativo.

2.- EL CONCEPTO DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL TRASFONDO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE PRECEDENTE JUDICIAL.

2.1.- El concepto de *precedente administrativo* en el sistema del derecho positivo nacional no ha tenido mayor desarrollo doctrinal. Prácticamente, se puede sostener sin lugar a equívocos, que el tema se encuentra ausente de la discusión doctrinal ordinaria en relación con las materias básicas de nuestro subsistema del derecho administrativo⁴⁷, habiéndole correspondido su desarrollo básicamente a la jurisprudencia constitucional a partir de la remisión a los elementos estructuradores del concepto de precedente judicial, que de vieja data ya se habían incorporado a la legislación nacional, pero que a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 1991 se fortalecieron con la adopción por la corporación de la doctrina anglosajona en la materia.

Desde el punto de vista legal el precedente, o como se vino a denominar en nuestro ordenamiento "*doctrina legal más probable*" vino a consagrarse como fuente de derecho en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 a cuyo tenor rezaba: "*en casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina legal más probable*".

A este primer antecedente, posteriormente se agrega lo establecido por la Ley 105 de 1890 (en materia de reformas a los procedimientos judiciales) en cuyo artículo 371 en el que se empleó el concepto de "*doctrina legal*", estableciéndose: "*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 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*" (debe destacarse que la norma en mención estableció, en su artículo 369, que la violación de la doctrina legal se entendía como causal de casación).

44 DIEZ PICAZO, Luis M. "La Doctrina del Precedente Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, No 98. 1982. En este trabajo se retoman las elaboraciones del profesor ORTIZ DIAZ, José. "El precedente Administrativo". *Revista de Administración Pública*, No 24, 1957.

45 SCHMIDT-ASSMAN, E. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" citado en DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.27. Precisamente, el autorizado autor alemán resalta que debe criticarse "*la excesiva tendencia a analizar la actividad administrativa desde una perspectiva de control, que toma como referencia exclusivamente la actividad de los tribunales y olvida la perspectiva de la actuación de la Administración*".

46 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.43.

47 Alguna referencia en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I., Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 445.

Luego, con el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 se vino a reemplazar el concepto de “doctrina legal”, por el de “doctrina probable” (manteniéndose como causal de casación la interpretación errónea de la misma doctrina) estableciéndose: “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”.⁴⁸

Cabe decir, que en el marco de la Constitución de 1886 (art.16) el concepto de “doctrina probable” operó y se hizo aplicable gracias a que la jurisprudencia de la Corte Suprema “fue incorporando paulatinamente el principio de igualdad ante la ley” Con ello fue desarrollando sus diversas facetas, y dándole un carácter material, cuya aplicación el juez está obligado a argumentar en sus decisiones, anticipándose al concepto de igualdad de trato en casos iguales que quedaría posteriormente plasmada en el artículo 13 de la Constitución de 1991 como obligación para todas las autoridades del Estado⁴⁹.

2.2.- Como lo advertía, las escasas referencias al concepto de precedente administrativo, por lo demás recientes entre nosotros, devienen, de la generalización y extrapolación a la gestión y actividad administrativa, de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente judicial o jurisprudencia derivados del concepto de doctrina probable⁵⁰ latente en el marco material de la Constitución Política de 1991⁵¹, institución retomada de los desarrollos judiciales anglosajones, y que fun-

48 Corte Constitucional. Sentencia C — 836 de 9 de agosto de 2001. “De tal modo, la Ley 169 de 1896 pretendió flexibilizar la obligación de los jueces de seguir la doctrina legal dictada por la Corte Suprema abriendo la posibilidad de transformar el Derecho por vía jurisprudencial, sin que ello significara prescindir de la casación como mecanismo para unificar la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico, centralizando dicha función en la Corte Suprema de Justicia. El que en el momento de expedición de la Ley 169 de 1896 la contradicción de la doctrina probable fuera considerada una “violación de la ley”, y constituyera causal de casación, pone de presente que, en su sentido originario, el concepto de ley al que hace referencia la norma iba más allá de su acepción en sentido formal, y que interpretarla erróneamente o aplicarla indebidamente al caso concreto era contradecirla. Con todo, posteriormente la Corte Suprema interpretó dicha expresión como una figura optativa para el juez, restringiendo de ese modo la causal de casación por violación de la ley y descartando la contradicción de la jurisprudencia —en las modalidades de interpretación errónea o aplicación indebida de la ley— como causales de casación, o de revisión”.

49 Corte Constitucional. Sentencia C — 836 de 9 de agosto de 2001. Cabe advertir que desde “un punto de vista orgánico, es necesario tener en cuenta que para el año de 1896, la Corte Suprema de Justicia era la cabeza única de la jurisdicción y que, a pesar de que el Consejo de Estado también contaba con un fundamento constitucional como cabeza de la justicia contencioso administrativa, el ejercicio de esta competencia estaba supeditado constitucionalmente a que la ley estableciera dicha jurisdicción. Posteriormente, en 1905, el Acto Legislativo No. 10 suprimió el Consejo de Estado, sin que jamás hubiera ejercido su función jurisdiccional. No fue sino hasta el año de 1910, mediante el Acto Legislativo 03, desarrollado por la Ley 130 de 1913, que se dispuso la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restableciéndose el Consejo de Estado a través del Acto Legislativo 01 de 1914. Fue sólo hasta entonces que se estableció en nuestro país la dualidad de organizaciones jurisdiccionales. En la medida en que el Consejo de Estado carecía legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, estas dos instituciones, y los grados de autonomía que conferirían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial. Con todo, la regulación actual de los procedimientos judiciales ante las diversas jurisdicciones y de las facultades de los jueces pertenecientes a cada una de ellas son independientes. A pesar de ello, y sin desconocer que la autonomía judicial varía dependiendo de la jurisdicción y de la especialidad funcional, el análisis general de dicha prerrogativa es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional”.

50 Referente básico en relación con esta importante creación jurisprudencial lo constituye la aclaración de voto de la sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia C – 194 de 4 de mayo de 1995 en la que se consideró que si bien en Colombia no existe un rígida regla de stare decisis, tal y como opera en los países de Common Law, debemos aceptar que en principio todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. En el caso de la Corte Constitucional, este principio de respeto al precedente opera con mayor vigor, por la particular fuerza normativa de las decisiones de este tribunal en materia de control abstracto, puesto que ellas obligan a todos los poderes, pues sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Además, como las normas constitucionales tienen mayor trascendencia -por ser la base de todo el ordenamiento - y vocación de permanencia, la exigencia de seguridad jurídica en las interpretaciones constitucionales es aún mayor”. Asimismo, es referente la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001. En esta providencia la Corte se pronuncia en relación con la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 169 de 1886 en el cual se incorporó por aquella época el concepto de doctrina probable en materia judicial que Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de materialmente corresponde a los contenidos propios de la teoría del precedente judicial.

51 De manera extensa el tema es desarrollado en el derecho colombiano por el profesor Diego Eduardo López Medina. LOPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Universidad de los Andes — Legis, Bogotá, 2009. Del

dada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad⁵², buena fe⁵³, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados⁵⁴ reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional^{55 56}, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que “por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales” puede “modificar un precedente constitucional”⁵⁷

2.3.- En materia judicial, el imperativo del precedente constituye una determinante para la motivación de decisiones judiciales posteriores que aborden la misma materia previamente tratada y resuelta por la Corte

mismo autor puede consultarse *El Derecho de los Jueces en America Latina*, Programa de USAID para el fortalecimiento de la justicia laboral para CAFTA-DR. 2010, por publicar.

52 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. “... La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley...”

53 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. “... En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción...”

54 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. “La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley...”

55 Corte Constitucional, sentencia T-292 de 6 de abril de 2006: “26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿Debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al *obiter dicta*). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente” Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.

56 LOPEZ MEDINA. Diego. *El Derecho de los Jueces*. Ob., cit. pp. 73 ss.

57 Corte Constitucional. Auto 138 de 28 de mayo de 2008.

Constitucional⁵⁸. La motivación de la decisión judicial esta predeterminada, en estos casos, por las directrices jurisprudenciales previamente establecidas, en casos similares, de manera que se pueda generar continuidad en los criterios constitucionales establecidos por la corporación⁵⁹.

Sobre estas consideraciones la Corte Constitucional ha edificado y sustentado el concepto de precedente judicial o jurisprudencial en materia constitucional, entendidos estos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, que genera contenido vinculantes en relación con decisiones posteriores de los jueces⁶⁰, de manera concreta se le ha conceptualizado como *“aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización-determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”*⁶¹, de aquí que las decisiones previas que determinen el derrotero de la interpretación de las norma y principios constitucionales debe ser lo suficientemente consistente en cuanto constituirá la base de la seguridad jurídica y de la coherencia del sistema jurídico, sobre el supuesto de un especial y sólido entendimiento del principio de legalidad pertinente y, por lo tanto, aplicable a un caso determinado^{62 63}.

El carácter vinculante del precedente judicial, está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados de la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional⁶⁴, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identi-

58 Corte Constitucional. Sentencia T-014 de 22 de enero de 2009. *“... al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia. Hacer caso omiso de esta consideración puede implicar entonces la afectación de derechos fundamentales de las personas que de buena fe confiaban en la aplicación de los precedentes conocidos, entre ellos el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, los cuales serían protegibles mediante la acción de tutela”*.

59 Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2006. *“un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”*. Vid., Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 31 de julio de 2008.

60 Corte Constitucional. Auto 209 de 27 de mayo de 2009.

61 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006.

62 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006. *El precedente judicial tiene “... como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. No reconocer entonces el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, sea por desconocimiento, descuido, u omisión, genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica...”*.

63 BERNAL PULIDO, Carlos. *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra, Lima, 2007, pp. 180 ss.

64 LOPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Ob., cit. pp. 193 ss. Corte Constitucional. Sentencia T-086 de 8 de febrero de 2007. La Corte Constitucional hace distinción entre los argumentos en los que se sustenta la fuerza vinculante y la pertinencia del precedente. En cuanto a los primeros señala la *“fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C. P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 (C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”*. En tanto que, la pertinencia del precedente *“se predica de una sentencia previa, cuando: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”*.

ficación en aras de la seguridad jurídica^{65 66} y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes⁶⁷.

Así las cosas, el precedente judicial en materia constitucional está llamado a permanecer en cuanto especie de norma contentiva de parámetros de comportamiento constitucional, en este sentido su no acatamiento o variación caprichosa, puede ser fuente de arbitrariedad y por lo tanto de desconocimiento del ordenamiento jurídico y de las bases mismas del sistema jurídico positivo y, en consecuencia, cauce desmedido e incontrolable de inseguridad jurídica.

El capricho del operador judicial desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicar más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo no solo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también, los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia⁶⁸), la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas⁶⁹, de tal manera que los asociados no puede quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares⁷⁰.

65 Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 29 de enero 1999. En este aspecto es importante destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hace clara diferencia entre los diversos componentes de las providencias judiciales: (i) *decisum* o parte resolutive de la sentencia dentro de la cual se ubica la *ratio decidendi* o razón de la decisión, esto es, “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. ..El fundamento normativo directo de la parte resolutive”, y (ii) los *obiter dicta* o dichos pasajeros, es decir, “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”. La parte resolutive o *decisum* hace tránsito a cosa juzgada, con efecto *erga omnes*, en los juicios de constitucionalidad; la *ratio decidendi* tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y los *obiter dicta* sólo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. Postura recogida en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Exp. Pl — 163.

66 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006. “Conforme a este análisis general, quien deba aplicar una sentencia tiene la posibilidad de establecer de manera directa, *prima facie*, lo que se considera como *ratio decidendi*. Sin embargo, esa determinación no puede ser caprichosa en el sentido de sobreestimar los aportes de una sentencia que le parezcan más llamativos, subestiman los que realmente fueron determinantes, ni desconocer la reiterada jurisprudencia sobre un punto, para sobrevalorar una sentencia poco significativa. Al respecto esta Corporación ha señalado que para establecer la *ratio decidendi* de una providencia, en principio, deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores (Sentencia SU-058 de 2003). -esto es las “posteriores” a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir-, sobre el mismo asunto, proferidas por la Corte. De hecho, esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede consolidarse “en una oportunidad posterior” (Sentencias SU-047 de 1999 y SU-1300 de 2001), esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la *ratio* de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha *ratio*; de manera tal que le permiten al juez o a quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada”.

67 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Ob. cit., p. 83 y ss. Se incorpora en este trabajo una serie de reglas metodológicas para efectos de la identificación de la *ratio decidendi*.

68 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 28 de mayo de 2009. Exp. AC — 460. “Los jueces tienen la obligación positiva de atender los instrumentos legitimados en los cuales se expresa el derecho, entre los que se encuentra la jurisprudencia, por consiguiente, el deber de observarlo, resulta consustancial al ejercicio armónico de tal función, no sólo respecto de las decisiones propias sino también de las tomadas por los superiores. El respeto por el precedente judicial, máxime si se trata de quien ostenta la calidad de Tribunal Supremo es un deber, como quiera que a través el ejercicio de esta actividad, se asegura la eficacia de los derechos legales y constitucionales de las personas y se genera seguridad jurídica. En conclusión, el respeto del precedente judicial implica la prohibición a las autoridades judiciales para desligarse injustificadamente de los antecedentes dictados por sus superiores salvo que mediante una justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por el superior, la cual en el presente caso no se evidencia. Finalmente es preciso señalar que el desacato al precedente en esas condiciones lleva implícita la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia”.

69 Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008. “La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos, fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución”.

70 Corte Constitucional, Auto 149 de 2008. “... El respeto a los precedentes constitucionales, entendidos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto (Auto A-208 de 2006), cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus

El precedente judicial así entendido no es absoluto, puede ser objeto de revisión y reconsideración de manera excepcional por la Corte Constitucional en pleno, por razones de justicia material y de necesaria adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, providencias debidamente sustentadas y motivadas^{71 72}

2.4.- La anterior doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional se desarrolla, no obstante el origen continental—europeo y de profunda raigambre romano—germánica de nuestro derecho y del carácter legislado de nuestras instituciones jurídicas, que teóricamente se distancian de las fuentes anglosajonas y del sistema del derecho común que engendra la teoría del precedente judicial. Desde una óptica crítica, resulta paradójico que la construcción del precedente judicial entre nosotros se incorpora muy a pesar del contenido del artículo 230 constitucional según el cual “... Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial..”⁷³, lo que vino a generar fraccionamientos en la doctrina nacional, en especial en la formación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el tema existencia y aplicabilidad de la teoría de

decisiones previas (Ver, por ejemplo, entres otras, las sentencias T-193 de 1995 y C-100 de 1998), debido a (i) elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; (ii) una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades (Sentencia SU 047 de 1999); y (iii) en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. De allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional. tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión, so pena de incurrir en una causal de nulidad”.

71 Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999 “...El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. 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-. Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas...”. Víd. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 28 de agosto de 2008. Exp. AC — 523. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de mayo de 2007. Exp. 32711. “Además, la misma jurisprudencia constitucional, y también la doctrina, no solo permiten el alejamiento de las subreglas, sino que es más lo demandan cuando existen argumentos o ponderaciones valiosas que superan la línea jurisprudencial de cualquiera de las altas cortes, eso sí, cumpliendo el deber de justificación. de argumentación, en cuanto a la modificación del criterio. Podría hablarse, entonces, no de una facultad sino de un deber de racionalidad, el no asumir posturas que ni en lógica ni en justicia se comparten. En este mismo sentido dice Robert Alexy, comentando el uso de los precedentes judiciales, y la regla de la carga de argumentación relacionada con el que “...En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello”.

72 BERNAL PULIDO, Carlos. *Estudios al Precedente Constitucional*. Ob., cit., pp. 184 ss. Puede verse también BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. la ed, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, pp.153 — 165.

73 *Ibíd.*, pp. 177 ss. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Aclaración de voto a la sentencia de 4 de marzo de 2008*. Exp. 3 11 20. No se puede “desconocer la discusión seria y profunda que se ha venido dando tanto en la jurisprudencia como en la doctrina acerca de los alcances que deben reconocérsele al valor y a la fuerza jurídica del “precedente” en un ordenamiento jurídico como el colombiano, de marcada raigambre romano-germánica y con evidentes particularidades que lo distancian del sistema de derecho común anglosajón, caracterizado este último, precisamente, por el indudable carácter vinculante y la centralidad del papel que en él desempeña la noción de precedente judicial. Así pues, quienes se muestran reacios a aceptar algún grado de obligatoriedad del precedente en el derecho colombiano, señalan que es la naturaleza primordialmente jurisprudencial del sistema de common law el rasgo que explica el valor que, dentro de él, se atribuye al precedente, mientras que al hundir sus raíces, el ordenamiento jurídico colombiano, en la tradición romano germánica “fundamentalmente legislada” la posición de preeminencia en nuestro sistema la ocupa la ley, razón por la cual se entiende que adscribir, en el derecho nacional, valor de precedente a las sentencias judiciales, resulta extraño a los rasgos identificadores más inherentes a aquél. En apoyo de esta perspectiva negadora de efectos vinculantes al precedente judicial suele invocarse el tenor literal del artículo 230 de la Constitución Política, por cuya virtud “se afirma” la Carta estableció un

los precedentes al sistema jurídico del derecho positivo nacional, aplicabilidad referida a su entendimiento como una fuente formal de derecho vinculante^{74 75}

2.5.- Conforme lo anterior, se puede concluir, sin mayor dubitación, que la tesis dominante en los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en cuanto respecta al precedente judicial es el de su carácter de fuente de derecho, en cuanto poseedor de fuerza normativa suficiente para imponerse en cuanto las razones fácticas del caso lo permitan, en la motivación de las decisiones judiciales, configurando por lo tanto, regla aplicable por los operadores del derecho.

Ahora bien, se deduce de los anteriores trabajos de la jurisprudencia constitucional que, si bien es cierto se le adjudica al precedente el valor que se ha indicado, corresponde al intérprete entender que no todo el contenido decisorio es vinculante para efecto de la teoría del precedente, el mismo tan solo se deduce de la ratio decidendi de los fallos, es de aquí donde surgen las reglas obligatorias que reiteradamente deben ser invocadas en la motivación de las providencias con el fin de mantener la seguridad jurídica, y los principios de igualdad, buena fe y debido proceso dentro del Estado de derecho, en cada providencia judicial.

Por esta razón, se deduce de los trabajos jurisprudenciales que, no obstante la redacción del artículo 230 constitucional, no puede predicarse que el sistema de fuentes en Colombia excluya a los precedentes judiciales, o les otorgue un tratamiento meramente secundario, en cuanto la ley bajo estas circunstancias no es la única fuente formal de derecho y que la calificación constitucional de criterios auxiliares a las fuentes ordinarias deba entenderse en el sentido de que no excluye su carácter también de principal cuando de acuerdo a su trascendencia adquiera este papel en la conformación del derecho positivo⁷⁶.

sistema de , fuentes dentro del cual sólo constituye fuente formal de derecho la ley y, por tanto, el juez, en sus providencias, sólo se encuentra obligado a sujetarse a ella”.

74 La no recepción pacífica de la teoría del precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se deduce de los salvamentos de voto suscritos por los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Alvaro Tafur Galvis, a la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001. Se parte en estos salvamentos no solo de la incompatibilidad de los sistemas jurídicos en cuestión, sino también, y de manera principal en el papel de la ley como fuente y en la duda absoluta de los disidentes en relación con el apremio e imperatividad dentro de un esquema de fuentes en donde el precedente puede ser variado justificadamente por el juez o funcionario correspondiente. De esta misma providencia es importante destacar los aportes de la aclaración de votos de los magistrados José Manuel Cepeda y Marco Gerardo Monrov Cabra en relación con el valor normativo y el carácter de fuente formal de derecho del precedente, al igual que con el carácter dinámico de la tradición jurídica colombiana, que permiten sustentar la presencia inevitable de la teoría del precedente entre nosotros. En ese sentido, es preciso, también, tener en cuenta la sentencia C-335 de 2008 en la que se dijo: “... La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y de tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución...”. Corte Constitucional. Sentencia C — 335 de 16 de abril de 2008.

75 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11493. Salvamento de voto “... Pero la anterior es, precisamente, una de las razones que justifica que de ningún modo pueda entenderse que la inclusión de la palabra “ley” en el texto del comentado artículo 230 de la Carta suponga que el juez, en sus providencias, sólo se encuentre compelido a respetar los contenidos de la fuente formal de derecho integrada por los preceptos con rango formal de ley; semejante inteligencia conduciría al absurdo de sostener que el juez, por expreso mandato constitucional, se encontraría exento de observar el contenido, para empezar, de la Ley de Leyes, vale decir, de la propia Constitución Política —cuya supremacía en el orden interno garantiza e impone el artículo 4 de la propia Carta— que no necesariamente debería atender, además, en sus fallos, a los preceptos de los tratados internacionales, cuya preponderancia en el ordenamiento jurídico nacional también estatuye el artículo 93 constitucional. ni tendría el deber de observar y aplicar los decretos que carecen de fuerza de ley, los cuales, junto con las demás normas de naturaleza administrativa igualmente, forman parte del derecho positivo e incluso en ciertos casos se ocupan de reglamentar la ley con el Único propósito de asegurar su debida y cumplida ejecución. En consecuencia, el entendimiento quizás más apropiado de la expresión “imperio de la ley” preconizada por el artículo 230 de la Constitución debe apuntar a una noción amplia o genérica de la ley, esto es del ordenamiento vigente, lo cual no excluye en forma absoluta el reconocimiento de cierta fuerza vinculante a los antecedentes jurisprudenciales, cuestión que, a mi juicio, no resulta ajena o contradictoria con la tradición jurídica colombiana —o a cualquier otra cultura jurídica— si se tiene en cuenta que esa obligación de respetar el sentido y las razones que sustentan las decisiones previas se encuentra íntimamente ligada a una exigencia que cabe formular respecto de toda actuación judicial con el fin de que pueda catalogarse como ajustada al ordenamiento y que no es otra distinta a que la decisión del juez debe venir fundamentada no en criterios ad hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales o reglas que puedan ser “universalizables” en la medida en que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se hayan construido para fallar un supuesto específico, pero con la perspectiva de poder aplicarlos a hipótesis semejantes en el futuro...”.

76 Corte Constitucional. Sentencia SU — 1 300 de 6 de diciembre de 2001. “En primer lugar, la Sala Plena considera oportuno reiterar su jurisprudencia sobre el valor normativo de los precedentes constitucionales en materia de control

Lo anterior es ratificado recientemente con lo establecido en los artículos 4 inciso tercero y 115 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, según los cuales respectivamente “...*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...*”, donde se concluye que el legislador, no solo hace diferencia entre jurisprudencia y precedente, reconociendo autonomía a esta última figura en materia judicial, sino que adicionalmente le está otorgando a este medio, constitucionalmente auxiliar, un papel principal en la determinación del derecho aplicable a un caso concreto y de contera también el papel estelar del juez en su creación, indicando que para el derecho nacional resulta de la mayor trascendencia el papel del juez en la construcción del sistema jurídico a través del establecimiento de precedentes jurisprudenciales.

En esta dirección el precedente judicial en el derecho colombiano, pasa de ser una simple creación jurisprudencial, a convertirse de manera expresa en una institución de reconocimiento legal, con contenido propio y naturaleza diferente a las simples y tradicionales construcciones jurisprudenciales. El precedente es ante todo, desde esta perspectiva, la razón misma de la decisión, independientemente de cualquier otra consideración propia de una estructura jurisprudencial, por lo tanto una figura autónoma con contenido y caracterización propia, conceptualmente diversa a la simple fuente jurisprudencial, derivada del reconocimiento constitucional de la independencia y autonomía de los jueces determinante de una vinculación jerárquica formal⁷⁷.

En la segunda de las disposiciones se faculta “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...”. En esta última disposición queda borrada cualquier duda de un entendimiento del precedente como criterio principal en la determinación del orden positivo a cargo de los jueces consolidando lo que la doctrina nacional ha dado en llamar como un verdadero derecho de los jueces⁷⁸.

abstracto de constitucionalidad, ya que el peticionario alega que la regla de derecho que fue inaplicada en su caso, es una supuesta regla establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 1993. La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (7-13193, C-083/95, C-037./96, SU-04799, C-83612001). En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio. regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-04799,). En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que “tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutoria; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutoria de las sentencias y que incida directamente en ella”.

77 DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.137. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 6311984 de 21 de mayo. “... cuando los Tribunales comienzan a interpretar y aplicar una nueva normativa no es realista exigir que todos sus pronunciamientos sean idénticos o que cada uno de ellos haya de estimarse precedente obligado de los que le siguen, pues las diferencias que puedan existir inicialmente parten de un razonable proceso de ajuste interpretativo y no vulneran el derecho a la igualdad”.

78 LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Ob., cit. pp. 73 ss. Del mismo autor puede consultarse *El Derecho de los Jueces en América Latina*, Programa de USAID para el fortalecimiento de la justicia laboral para CAFTA-DR. 2010, por publicar. HART., H. L. A. *El concepto de derecho*. 2 ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1961. “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. ¡Yo obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de standards variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso”.

3.- LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO PROPIAMENTE DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

3.1.- La construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con el precedente judicial, entendiéndolo como un instrumento material y sustancial del Estado de derecho, para la consolidación de la seguridad jurídica, la igualdad, la buena fe y la confianza legítima en el ejercicio de la función judicial, constituye en el derecho colombiano el fundamento teórico y doctrinal para la predica y sustentación de la existencia, también, de una teoría sobre el *precedente administrativo*, construido a partir de una particular evolución de la jurisprudencia constitucional⁷⁹, en donde se considera que la figura no es de exclusiva predica de la actividad judicial del Estado, sino que envuelve y cobija, también, a otras autoridades determinadas, que deban proferir o dictar decisiones, como es el caso indiscutible de las autoridades administrativas⁸⁰.

3.2.- Se trata de una clara y evidente aplicación horizontal del contenido sustancial de la concepción del precedente, que se invoca de manera directa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no en relación, propiamente, con la actividad decisoria de los jueces, sino con las decisiones de las autoridades investidas de potestades públicas administrativas, tendiente a garantizar similares principios de los predicados en la sustentación del precedente judicial, pero que ahora buscan dotarle de entidad, cuerpo, fuerza y sobre todo estabilidad a las relaciones propias de la administración y los asociados, procurando y buscando siempre el respeto a las derechos e intereses tanto subjetivos como colectivos, sin desconocer el principio de legalidad material característico de toda organización sujeta a los marcos del Estado social y democrático de derecho.

Se fundamenta este traslazo conceptual, y de principios, en la imperiosa necesidad de reconocer algo vital y connatural a nuestro modelo de Estado Social de Derecho, como es, el papel vital que cumple la organización administrativa del Estado en la generación de condiciones de estabilidad y seguridad suficiente para el sistema jurídico positivo, por lo tanto, a la plenitud de los asociados.

En consecuencia, lo que se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo es que a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios

79 Vid. Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004. Esta providencia que indudablemente constituye un hito en cuanto a la aplicación del precedente administrativo en nuestro ordenamiento jurídico positivo es el producto de una acción de tutela intentada por un funcionario al servicios de la estatal INVIAS que aleó el desconocimiento y vulneración de sus derechos laborales, a partir del cambio injustificado de interpretación por la administración, del régimen jurídico aplicable para efectos de su pensión convencional "...Para el demandante, el INVIAS acoge una interpretación del Decreto 2171 de 1992 según la cual, para contabilizar- el tiempo para acceder a la pensión convencional en el caso de los trabajadores oficiales, deben tenerse en cuenta los días, efectivamente laborados de cada mes respectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que ordena que a los trabajadores les computen el tiempo de servicios sobre la base de 365 días. Esta interpretación implica modificar el entendido acerca del número de días exigidos por la norma convencional, que según otra interpretación de dicho decreto es de 10.080 días laborados, que corresponden a 28 años de 360 días. Finalmente, Muñoz González indica en su solicitud de amparo no haber recibido respuesta alguna al respecto. De otro lado, Muñoz González indica que en el presente asunto se presentó una situación que vulnera su derecho a la igualdad, pues en un asunto similar, en el contexto de un procedimiento administrativo de reconocimiento de pensión convencional, al ciudadano Ramón Morera Rojas, trabajador oficial del INVIAS, le fue reconocida dicha prestación tomando como base años laborados de 360 días (en este sentido se requiere para cumplir el requisito de los 28 años completar un total de 10.080 días que es el resultado de multiplicar 360 días por 28), y no sobre los años de 365 días, según lo prescribe la Ley 153 de 1887..."

80 A partir de la sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004 la jurisprudencia de la Corte se preocupa de no hacer exclusiva referencia, al teorizar en materia de precedentes, a los jueces, sino que también, predica los mismos en relación con otras autoridades. Véase Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006, donde se "... reconoce como precedente aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia. En ese sentido, lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa, -o de varias si es del caso-, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico. Es decir, la ratio decidendi de una providencia, puede ser un precedente de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una autoridad determinada. Esta relación entonces, entre una y otra figura, es lo que ha favorecido que se usen comúnmente los dos conceptos como semejante, - ratio decidendi y precedente. Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene. fuerza vinculante es su ratio decidendi. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la ratio decidendi de la(s) sentencia(s) pertinente(s)".

constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, - por la reiteración de sólidos y razonables⁸¹ argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad⁸².

3.3.- Esta idea de precedente administrativo, en cuanto base indiscutible de seguridad jurídica, no puede, en manera alguna, quedar al capricho o arbitrariedad subjetiva de quienes ejercen las funciones públicas administrativas. En el entender de la Corte Constitucional, las fuentes normativas constitucionales que sustentan la teoría del precedente en todos sus ordenes, ofrecen garantías suficientes tendientes a que los postulados que se guardan en los mismos, en relación con el alcance e interpretación sólida y razonable del ordenamiento jurídico, permanezcan y se apliquen de manera pacífica cuando se den los presupuestos fácticos y jurídicos en ellos contenidos, no pudiendo impunemente ser objeto de arremetidas arbitrarias por parte de los operadores administrativos, modificándolos o desfigurándolos a su antojo o en actitudes subjetivas fundadas en su mero libre entender, carentes de sustantividad y objetividad.

En estas hipótesis para la Corte Constitucional se estaría actuando por fuera de los presupuestos garantistas del debido proceso que exige que toda decisión administrativa este debidamente motivada. En este sentido, el concepto de precedente administrativo propuesto se enmarca dentro de los senderos de las plenas garantías institucionales a los asociados, configurando una clara hipótesis de imperativo para todo tipo de operador en sus relaciones con las personas dentro de los marcos del Estado social y democrático de derecho^{83 84}.

3.4.- Esta línea de interpretación constitucional, en relación con el precedente y el ejercicio de la función pública administrativa, se consolida de manera sustancial, y sin lugar a mayores equívocos, en recientes trabajos de la Corte Constitucional⁸⁵, cuando al definir los destinos constitucionales de la remisión legal, que el artículo 24 de la ley 1340 de 2009⁸⁶ efectuaba al concepto de la doctrina probable y al principio de la confianza legítima, como determinadores y rectores de la motivación, fundamentación y razonabilidad de

81 Corte Constitucional. Sentencia T- 545 de 28 de mayo de 2004 — *.Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales...*

82 Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004. “... El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico...”.

83 Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004 “... Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia. Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver...”.

84 Corte Constitucional. Sentencia T-334 de 6 de julio de 1998 “... La observancia del principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales; pues el dinamismo de los hechos y variedad de situaciones que sirven de sustento a la subsunción de las hipótesis legales puede dar lugar a diversos puntos de vista en la definición de la situación concreta. Es más, puede existir divergencia de interpretación en las normas por los distintos funcionarios encargados de ejecutarlas: inclusive el funcionario puede variar su criterio sobre la forma en que ha venido interpretando una determinada disposición. En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo...”.

85 Véase al respecto Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010.

86 Ley 1340 de 24 de julio de 2009. Artículo 24. “... Doctrina Probable y Legítima Confianza: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las

las decisiones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal y protección al consumidor, reiteró que el alcance de la teoría del precedente no se agotaba en relación con las decisiones simplemente judiciales, a partir de una construcción estrictamente constitucional, determinando que su ámbito comprendía de similar manera y bajo la misma preceptiva justificante, la actividad propiamente de las autoridades administrativas y lo esbozado por ellas en relación con el principio de legalidad, para darle así continuidad a los motivos y fundamentos en los que las autoridades apoyan sus decisiones administrativas, lo que significa que estas tienen en sus manos la responsabilidad, y el deber funcional constitucional, de garantizar los principios de legalidad, igualdad, buena fe, debido proceso en aras de la consolidación de la seguridad jurídica⁸⁷.

Para la Corte Constitucional, de ninguna manera la doctrina contenida en su sentencia C-836 de 2001 -a través de la cual apuntaló de manera definitiva la teoría del precedente en el sistema del derecho positivo nacional-, excluía de su aplicación la actividad de las autoridades administrativas y sus decisiones; en consecuencia, que la procedencia de la denominada y definida en la misma ley como doctrina probable, y sobre todo el acatamiento del principio de la confianza legítima, no podía ser extraño o incompatible con el ejercicio de la actividad pública administrativa⁸⁸, entendiendo para estos efectos como doctrina probable, nada más y nada menos, que una clara modalidad de precedente administrativo, sujeta a la construcción doctrinal vinculante sobre el precedente en general, en especial, en lo que tiene que ver con el precedente judicial, en los términos puestos en la primera parte del presente estudio⁸⁹.

actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable...

87 Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. *"En síntesis, a juicio de la Corte, no existe prohibición constitucional para que a través de la ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta en situaciones específicas, evento en el cual se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora"*.

88 Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. *"... Sobre estas consideraciones, la Corte estima que se debe precisar la correcta interpretación de la Sentencia C - 836 de 2001. Dicha Sentencia en el numeral 6° establece que la fuerza normativa de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia proviene, "(1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado, (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular".... Observa la Corte que esta serie de características que se especifican en el estudio de constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 pueden ser tenidos en cuenta en la interpretación del apartado del artículo 24 de la Ley 1340. En este caso la autoridad creada constitucionalmente por la vía del artículo transitorio 20 de la Constitución, fue la Superintendencia de Industria y Comercio, que tiene el deber de vigilancia y control de la libre competencia en Colombia.... En este caso no es cierto, como afirman los demandantes, que la vinculación a la doctrina probable solo pueda ser creada por una norma constitucional. El artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que vincula a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, tiene jerarquía legal y no constitucional. y se relaciona con principios constitucionales como el derecho a la igualdad (art. 13), confianza legítima, buena fe (art. 83) y seguridad jurídica. Por esta razón estima la Corte que la interpretación de los demandantes de que en la Sentencia C - 836 de 2001 se estableció que dicha doctrina solo puede ser establecida por la Constitución, es errada..."*

89 Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. *"... La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la perpetuo similiter judicatarum. En Colombia, como se indica en la Sentencia C — 836 de 2001. la figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia... Considera la Corte, que con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas... En suma, la Corte estima que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta por parte de la entidad supervisora"*

3.5.- De acuerdo a lo anterior, resulta claro que en el derecho nacional el precedente administrativo no es el producto o resultado de la costumbre o de la simple y reiterada práctica administrativa. En estricto sentido, dentro de un contexto de legalidad formal, la costumbre no puede generar norma de derecho público. Una afirmación en este sentido podría ser violatoria del principio de legalidad. No obstante, su valía como criterio auxiliar para medir el alcance de las normas es indiscutible. La Ley 153 de 1887, en su artículo 13, establece a este respecto, en concordancia con el artículo 230 constitucional, que “... la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva...”, predicado este perfectamente válido para las relaciones entre particulares, pero que tratándose de las relaciones e intereses públicos, en donde predomina el interés público y general y sobre todo en donde reina el principio de legalidad, lo consideramos inaplicable y carente de cualquier tipo de fuerza para una vinculación válida y constitucional de quienes ejercen funciones público administrativas.

Conforme los designios de este planteamiento, no se podría predicar la costumbre en la base del precedente en cualquiera de sus modalidades, sea este judicial o administrativo, en cuanto el precedente está vinculado de manera directa con problemas de legalidad y no con la especulación arbitraria propia de la aplicación sistemática de una conducta. El precedente conforme a las construcciones jurídicas de la Corte Constitucional configura reglas emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, y no propiamente de la aplicación de la etérea, subjetiva, inmaterial y metafísica de la moral cristiana⁹⁰. Tratándose de un problema vinculado al principio de legalidad, el precedente genera en consecuencia contenidos vinculantes - *ratio decidendi* — aplicables en las decisiones posteriores de los jueces, configurando, tal como lo resaltamos de conformidad con los desarrollos de la jurisprudencia constitucional, reglas - prohibición, orden o autorización- determinantes para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica semejante, de aquí que las decisiones previas — precedente - determinen el derrotero de la interpretación de las norma y principios constitucionales hacia el futuro.

Estos planteamientos de la Corte Constitucional, sin embargo, debemos acogerlos con supremo recelo frente a la función pública administrativa, en la medida que podrían ser fuente de arbitrariedad y posiblemente corrupción en detrimento del interés general si se le otorga el carácter de fuente principal de nuestro derecho y no secundaria, restringida exclusivamente a los casos en que esté autorizada expresamente por el legislador, como en las hipótesis en que el derecho comercial deba aplicarse a la administración pública, en la medida en que en este ordenamiento es admitida la costumbre para precisos efectos probatorios.

No discutimos la procedencia de la costumbre en el derecho privado, pero en materia de asuntos públicos tendría la capacidad suficiente para deteriorar profundamente el Estado de derecho. Incluso la Corte la admite con restricciones: “La costumbre sólo es fuente de derecho en Colombia a falta de norma legal expresa sobre el asunto; nunca [...] puede aceptarse que una costumbre contraria a expresa norma legal prime sobre esta última. La repetida violación de la ley no la deroga ni la excepción, y el alegato de la propia ilegalidad no se hace de recibo cuando se le añade la confesión de su práctica inveterada”⁹¹.

en situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima...”.

90 La Corte Constitucional, en sentencia del 5 de mayo de 1994, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887, la encontró ajustada a la Carta: interpretó la moral cristiana como la moral común, genérica, que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. En sus relaciones entre la Constitución y la costumbre, la Corte hace énfasis en la plena vigencia del artículo 13, e incluso en su necesidad de admitirla como creadora de norma objetiva. El pueblo puede generar costumbre, a la cual le puede imprimir fuerza vinculante: “De otra parte hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo, representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita por la actual”. Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 5 de mayo de 1994.

91 Corte Constitucional. Sentencia T- 340 de 1 de agosto de 1995.

4.- ANÁLISIS Y CRÍTICA A RECIENTES DISPOSICIONES NORMATIVAS Y ALGUNOS PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE INCORPORAN REFERENCIAS AL PRECEDENTE EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En las recientes disposiciones normativas y proyectos de reforma constitucional del Código Contencioso Administrativo y de la Justicia se evidencia cierto interés por regular el precedente judicial y el precedente administrativo, lo que exige revisar de manera crítica si se corresponde con los postulados en los que se sustenta conceptual y materialmente, y si es necesario proponer su modificación, e incluso presentar la redacción alternativa de los textos legales que se están tramitando legislativamente.

4.1.- Análisis y crítica en relación con el manejo del precedente en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010. El viejo error de la reiteración para la conformación de un precedente.

La pretensión de reconocer el precedente como instrumento para el logro de la coherencia y continuidad en la adopción de decisiones de la administración -en materias tan disímiles como el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales, definición del pago frente a daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, solución de peticiones o expedición de actos administrativos-, puede verse comprometida, desde la perspectiva legal al prescribirse que sólo adquiere la forma de precedente aquella reiteración que se presente en un mínimo de casos análogos, limitando así su alcance sólo a la repetición de ciertos supuestos fácticos, dejando de lado la consolidación de una coherente *ratio decidendi* en determinado tema, independiente del número de veces que se hubiere invocado por la jurisprudencia. Se desconoce con estas actitudes del legislador el carácter sustancial del precedente, tal como se ha expuesto en las páginas anteriores y no su procedencia formal.

Esta profunda imprecisión en la concepción del precedente se evidencia en la redacción del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 cuando establece que las entidades públicas de cualquier orden *“... tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismo hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”* cae en el error de acudir a la idea de línea o reiteración jurisprudencia, que puede desencadenar efectos perversos, ya que como la doctrina lo sostiene si *“siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta asentar un criterio determinado en más de una decisión. Así, se acepta y justifica la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia puede calificarse de “errática” o “no consolidada”, con los efectos que ello tiene sobre la protección del principio de igualdad y, especialmente, de la seguridad jurídica”*⁹².

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 respectivo⁹³, 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.

92 DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.137.

93 *Ibíd.* p.92 -93. *“... es común que la doctrina y la jurisprudencia...entiendan que los precedentes han de ser reiterados, teniendo en coman con la costumbre “el hecho de que procedan de la reiteración de comportamientos con un mismo contenido “... Este hecho puede interpretarse como una reminiscencia de la analogía creada entre precedente y costumbre, pues lo cierto es que mientras la reiteración es un rasgo inherente a la idea de costumbre, no lo es en el caso del precedente... Las razones por las que en un sistema jurídico puede exigirse la reiteración de un precedente podrán responder a la inercia, a la confusión con la costumbre, o bien a alguna razón de orden práctico, como, por ejemplo, facilitar la identificación de la verdadera ratio decidendi, de la regla central de un precedente. En cualquier caso, la reiteración será un dato fáctico a tener en cuenta con fuerza persuasiva, pero no condicho sine qua non para que el precedente pueda desplegar sus efectos, tal y como sucede con la costumbre”*.

4.1.1. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del texto legal (que debe tenerse en cuenta también en las reformas que operen y afecten la ley 1395 de 2010) en los siguientes términos:

“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 la justicia ordinaria o la contenciosa administrativa hubieren proferido”.

4.2.- Análisis y crítica en relación con el artículo 10 del proyecto de código contencioso administrativo que actualmente cursa en el congreso nacional. Una crítica y una propuesta que merecen ser oídas por el gobierno y los legisladores.

El análisis y discusión acerca de la naturaleza e importancia del precedente administrativo como instrumento unificador y articulador, no ha sido ajeno a la actividad desarrollada por el legislador colombiano, en atención a la relevancia que este tema reviste respecto de la fundamentación coherente y garantista que ha de caracterizar a las decisiones adoptadas por la administración y adicionalmente como presupuesto básico, tanto de su correcto y continuo funcionamiento, como de la garantía y protección de los derechos de los administrados; cuestión que se ha visto reflejada en iniciativas tales como el proyecto de reforma del Código Contencioso Administrativo, teniendo cabida en lo consagrado en el artículo 10 donde se señala que al *“resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares. Igualmente, estarán obligadas a decidir de conformidad, con las sentencias de unificación del Consejo de Estado, la jurisprudencia reiterada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la jurisprudencia constitucional en materia de Derechos Humanos”*⁹⁴. No obstante lo anterior, y a renglón seguido, el proyecto agrega como inciso final del citado artículo 10 que *“sin perjuicio de lo anterior, las autoridades no podrán exigir la aplicación de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares en virtud de un concepto jurídico emitido por estas mismas”*.

El proyecto así visto padece de serias fallas de orden jurídico que pueden dar lugar a que los efectos esperados con su incorporación al proyecto no se cumplan cabalmente, en cuanto confuso e impreciso. La idea que se desprende de la disposición, indudablemente no es otra, que la de hacer mucho más ágil y seguro el funcionamiento del aparato estatal administrativo a través de la garantía del principio constitucional de igualdad, para lo cual, se quiere evitar a toda costa la improvisación en la motivación de las decisiones administrativas, sin embargo, el proyecto no cumple con este objetivo y por el contrario, puede llegar a constituirse, de prosperar el artículo como fue propuesto, en fuente inagotable de inseguridad jurídica e improvisación por la administración al momento de proferir las decisiones que le correspondan.

Al parecer lo que quisieron incorporar en el proyecto fue la figura del precedente, pero de las expresiones contenidas en la disposición, este propósito puede verse frustrado, si se analizan con detenimiento y profundización, en cada una de las ideas motoras del mismo, que si se visualizan en escenarios dinámicos, sustancialmente pueden ir más allá, de lo que la jurisprudencia ha delineado en relación con el concepto de precedente administrativo y de su núcleo central la *ratio decidendi*.

Definitivamente al indicar el proyecto en el artículo citado, que para los efectos previstos las autoridades *“... aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares...”*, puede estar, estableciendo un despropósito jurídico en cuanto está incorporando la costumbre, o si se quiere, la simple práctica administrativa como fuente del sistema del derecho positivo aplicable a la administración pública, con claro desconocimiento del principio de legalidad, en la medida en que la simple reiteración de una conducta, como lo ha sostenido nuestra Corte Constitucional, por si sola no puede ser fuente de nada en este ámbito del derecho positivo.

Se trata de una afirmación regresiva, y por lo demás de una visión desfigurada y confusa, en relación con los progresos de la jurisprudencia constitucional en torno a la figura del precedente, de la seguridad jurídica y del principio de igualdad que debe dominar en toda relación entre la administración y los asociados. Lo

⁹⁴ En el proyecto inicial (artículo 9) se propuso que cuando se trate del precedente que debe ser aplicable por la jurisdicción contencioso administrativa, el proyecto establece que para *“garantizar el respeto a las decisiones judiciales que constituyen jurisprudencia reiterada o de unificación, se propone como mecanismo 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”*.

importante y trascendente bajo las estructuras del Estado social de derecho, no es tanto, que una visión o concepción de la legalidad hubiere sido reiterada por la administración — costumbre o práctica— sino que ésta sea el producto de una sólida y coherente visión y adecuación al orden jurídico y constitucional. así no se hubiere reiterado o no hubieren sido muchos los casos en que se hubiere aplicado. Pero adicionalmente que ésta sólida argumentación hubiere surgido de la confrontación de los hechos de un caso concreto con el derecho y no de una simple generalización de apreciaciones y conceptualización jurídica en el tiempo como lo pretende el proyecto.

Se agrega en la norma criticada, que Igualmente, estarán obligadas las autoridades administrativas a decidir de conformidad, “... con las sentencias de unificación del Consejo de Estado. la jurisprudencia reiterada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la jurisprudencia constitucional en materia de Derechos Humanos...” aquí el error también es de magnitud, en cuanto parte el proyecto, en primer lugar de insistir en el tema de la reiteración como referente objetivo para la determinación de la jurisprudencia como norma vinculante en las decisiones administrativas, lo cual consideramos un despropósito formalista, y en segundo lugar, de un profundo desconocimiento de la estructura propia de toda providencia judicial o administrativa, que conforme lo ha reconocido y adoptado la doctrina y la jurisprudencia, tanto constitucional como administrativa, ampliamente expuesta en los numerales anteriores, implica un todo complejo integrado materialmente de *ratio decidendi* pero también de *obiter dicta*, en donde el primero es claramente el componente vinculante en cuanto concentra el debate fáctico - jurídico del caso, y el segundo un simple complemento especulativo de raíces no fácticas.

De aquí se concluye que lo imperativo para la administración, en la estructuración de toda decisión creadora de situaciones jurídicas subjetivas, no es en su integridad la providencia judicial o la sentencia en sí misma, sino simplemente si *ratio decidendi*, esto es lo que verdaderamente configura un antecedente vinculante de la misma o precedente propiamente dicho.

Es preciso concluir que lejos de brindar mayor claridad acerca del papel que juega el precedente administrativo dentro del ordenamiento jurídico, y en especial en lo concerniente a la práctica del derecho administrativo, el proyecto incorpora un concepto confuso y ambivalente respecto a su aplicación e interpretación, elevando a fuente la jurisprudencia reiterada y no propiamente la idea vinculante de *ratio decidendi* articulada dentro del concepto de precedente.

Pero lo que resulta aún más criticable es que insiste el proyecto en el tema de la reiteración mediada por la uniformidad para la configuración de la imperatividad de un antecedente jurisprudencial. La aplicación uniforme del ordenamiento jurídico, por sí sólo, no puede llevar a distorsionar la idea de precedente. Lo lógico es que la norma simplemente se remita al precedente como entidad definida y con contenido propio de conformidad con los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y no a una simple unificación o reiteración jurisprudencial como fundamento de las decisiones de la administración, que lo único que intentan incorporar en el ordenamiento jurídico no son otra cosa que la costumbre y la práctica administrativa que tan lejanas están del marco conceptual objetivo y cierto de lo que venimos entendiendo por precedente administrativo.

Se reitera, el precedente tiene como virtud la consolidación de las construcciones jurídicas que ofrece la *ratio decidendi* en la resolución de caso a caso, de manera que el alcance de la teoría del precedente no se agota en relación con las decisiones simplemente judiciales, sino que puede comprender de similar manera y bajo la misma preceptiva justificante, la actividad propiamente de las autoridades administrativas y, lo esbozado por ellas en relación con el principio de legalidad, para darle así continuidad a los motivos y fundamentos en los que las autoridades apoyan sus decisiones administrativas, lo que significa que estas tienen en sus manos la responsabilidad, y el deber funcional constitucional, de garantizar los principios de legalidad, igualdad, buena fe, debido proceso en aras de la consolidación de la seguridad jurídica.

Lo anterior exige que se revise, con base en similares argumentos, lo establecido en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 respecto a la doctrina probable, ya que induce no a la aplicación del precedente administrativo, sino a la operatividad de la denominada “práctica administrativa”, que por mecánica y automática no reviste la entidad de precedente, lo que no implica desestimarla puesto que puede servir como instrumento probatorio y de legitimación de la confianza de los administrados. Debe, por tanto, la doctrina decantar la discusión del análisis o bien por la defensa de un solo acto como constitutivo de precedente, o la exigencia de reiteración como prueba no del precedente sino como criterio de actuación para la administración.

4.2.1. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del artículo 10 del proyecto de Código Contencioso (se propone suprimir el inciso 2°), en los siguientes términos:

“Artículo 10. Deber de aplicación del precedente administrativo y judicial. Al resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares conforme a los precedentes administrativos existentes. Igualmente, estarán obligadas a decidir de conformidad, con los precedentes judiciales pertinentes”.

4.2.2. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

“Artículo 24. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Los precedentes administrativos son vinculantes en toda decisión posterior en donde se resuelvan situaciones Táticas similares”.

4.3.- Análisis y crítica en relación con la propuesta gubernamental de reforma al artículo 209 constitucional que aborda el concepto de doctrina administrativa y desconoce la construcción jurisprudencial del precedente administrativo. Una crítica y una propuesta que merecen ser oídas por el gobierno y los legisladores.

La propuesta del gobierno de reforma del artículo 209 constitucional desconoce la amplia construcción jurisprudencial que existe en materia de precedente judicial, y la que viene emergiendo acerca del precedente administrativo, al establecer que las *“autoridades administrativas están sometidas a la Constitución, al ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia y a su propia doctrina. La ley definirá los casos en que la propia doctrina tendrá fuerza vinculante. Los cambios doctrinales no podrán tener efecto retroactivo”*. Los defectos de la propuesta de reforma constitucional radican en dos aspectos fundamentalmente:

El primero, la incorporación de la jurisprudencia como fuente directa para la construcción de las decisiones administrativas, haciendo vinculante la totalidad de sus elementos estructurantes — *ratio decidendi* y *el obiter dicta* - de manera indiscriminada, generando inseguridad en la medida en que las razones imperativas derivadas de la solución del conflicto y de los hechos controvertidos directamente en el fallo esto es la *ratio decidendi*, que como hemos estudiado configura por las múltiples y profundas razones expuestas el elemento realmente cierto y vinculante de la providencia, aparece diluido ante la falta de técnica utilizada en la referencia a la jurisprudencia como fuente directa para las decisiones administrativas, pudiendo generar esta situación un efecto no deseado y nocivo para las decisiones administrativas, el de que la administración termine motivando y decidiendo, no por las razones objetivas de las *ratios dididendi* previas, esto es, realmente por sus precedentes administrativos, sino, por las marginales y muchas veces impertinentes razones de adorno incorporadas en los *obiter dicta* que se acompañan tradicionalmente en nuestras providencias judiciales y administrativas, es decir, especulando y no fallando sobre la base de la igualdad y la seguridad jurídica que es realmente lo que se espera de la administración pública según los designios del Estado social y democrático de derecho.

Agregaría a este marco de críticas, que las observaciones efectuadas en relación con el numeral anterior, esto es, en cuanto se refiere al tratamiento de la jurisprudencia en el proyecto de código contencioso administrativo. Planteamientos que tienen plena aplicación para efectos del presente análisis, en cuanto en la realidad de las cosas el efecto perseguido en el proyecto de reforma constitucional no es otro que el de hacer imperativo para la administración los trabajos jurisprudenciales y no propiamente los precedentes judiciales y administrativos.

El segundo la elevación a rango constitucional de la fuente doctrinal, esta vez no como creación e ideación jurídica de los tratadistas y estudiosos de los temas y problemas jurídicos, sino, como el resultado de las elaboraciones de la misma administración, con el agravante de que se imprime fuerza vinculante a los mismos, generando un caldo impredecible e inadmisibles de confusión entre doctrina y precedente, cuando a ésta altura de nuestra cultura jurídica se han decantado suficientemente ambas figuras.

Es más, se acude a este tipo de redacción, cuando los trabajos jurisprudenciales y precisamente los realmente doctrinales, le han dado cuerpo y naturaleza jurídica propia a cada una de ellas permitiéndonos identificarlas y ubicarlas perfectamente dentro de la secuencia de nuestro derecho positivo. En definitiva lo único que tendría que agregar aquí, es que realmente doctrina no es precedente y que la administración en sus decisiones no genera doctrina sino precisamente precedentes - *ratio decidendi* - o eventualmente especulación *obiter dicta*, pero nada más.

Con esta norma se estaría confundiendo la doctrina como precedente, porque como lo ha resaltado la sentencia C — 037 de 2000: *“Prima facie, excluye que la norma se refiera a los conceptos vertidos por los tratadistas en sus estudios o publicaciones, pues nuestra tradición jurídica colombiana no ha considerado a la doctrina así entendida*

como fuente formal del derecho, aunque si como fuente material. En este sentido es considerada como factor o elemento que puede llegar a determinar el contenido de las normas, mas no como expresión de preceptos vinculantes propiamente dichos⁹⁵, poniéndose en riesgo la seguridad jurídica de los asociados.

Debe, por tanto, reiterarse, que si se quiere elevar a norma constitucional el precedente administrativo, se precisa que se delimite su concepto y alcance, recurriendo a la decantación que la jurisprudencia constitucional ha efectuado al respecto ya que lo que se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo es que a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas, específicamente, la *ratio decidendi* de las providencias administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad⁹⁶.

Se requiere advertir que la definición legal de los casos en los que la doctrina revista carácter vinculante, afecta la construcción dogmática de las fuentes del derecho de manera que solapada en dicha doctrina la jurisprudencia adquiere la connotación de fuente formal, lo que puede ocurrir con la doctrina legal, que hasta la fecha se consideran fuentes materiales, y cuyo carácter vinculante no puede llevar a crear un nivel normativo adicional, al que se le daría capacidad reglamentaria de las normas, consolidando el papel de colegislador del juez o autoridad administrativa, generando como resultado el riesgo en el que queda comprometido el principio de igualdad en sus nuevas concepciones (encaminadas al reconocimiento de la diferenciación), a la afectación de la justicia material y, a la deformación de la seguridad jurídica.

4.4.1. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del inciso 3° del artículo 9 de la Reforma de Justicia que modifica el artículo 209 de la Constitución, en los siguientes términos:

“Artículo 9. El artículo 209 de la Constitución Política quedará así: Las autoridades administrativas están sometidas a la Constitución, la Ley y a los precedentes administrativos y judiciales”.

5.- CONCLUSIONES: RESPUESTAS A LOS INTERROGANTES FORMULADOS EN EL PROBLEMA JURÍDICO

(i) **¿Cuál sería un concepto adecuado de precedente administrativo dentro de nuestro derecho positivo?**

Se entiende el precedente administrativo, la decisión administrativa que fija de manera consistente y vinculante a partir de una solución jurídica a una situación fáctica específica-, el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, - *ratio decidendi* - no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la exposición de sólidos y razonables argumentos jurídicos que hacen vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad, legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso.

Dentro dicha definición debe reiterarse, críticamente, que no puede operar como criterio determinante de la definición del precedente administrativo la concurrencia de un mínimo de decisiones coincidentes, ya que puede ocurrir que la doctrina probable, o precedente administrativo, no tenga ocurrencia en períodos

95 Corte Constitucional. Sentencia C — 037 de 26 de enero de 2000.

96 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., pp.62 — 63. “... los precedentes se emplean como parte de la justificación jurídica que se realiza en el razonamiento argumentativo necesario en la aplicación del Derecho”.

consecutivos, esto es, que no es un elemento esencial para la construcción de un concepto válido entre nosotros, de precedente administrativo el que el mismo hubiere sido reiterado para efectos de garantizar su carácter vinculante y su debida aplicación por las autoridades administrativas en sus decisiones. Una decisión contentiva de una sólida *ratio decidendi* es suficiente para determinar y abrir un camino de aplicación de una solución jurídica para los múltiples casos futuros.

(ii) ¿Constituye en la realidad de las cosas jurídicas, el precedente administrativo, un elemento fundante del sistema jurídico del derecho positivo?, o por el contrario, ¿Constituye el precedente administrativo un simple instrumento coadyuvante en la consolidación de los elementos básicos del sistema jurídico del derecho positivo como lo son la Constitución Política, la Ley y el Acto Administrativo?

Si se acoge la jurisprudencia constitucional en materia de precedente judicial o jurisprudencial, y se traslada al debate del precedente administrativo, cabe afirmar que este sólo será elemento fundante del sistema jurídico si se entiende que tiene como propósito y objetivo fundamental de la consolidación de los principios de seguridad jurídica, buena fe e igualdad ante la ley de todos los asociados, de manera que el precedente forme parte de un todo sistémico donde la Constitución, las leyes y su aplicación por esta técnica ratifiquen el respeto y prevalencia de los principios mencionados. De aquí que sostengamos en la construcción del concepto su carácter de vinculante en nuestro derecho.

Luego, el precedente administrativo tiende a acogerse como elemento en el que pueda fundarse el sistema jurídico, entendido como instrumento material y sustancial del Estado de Derecho, de manera que opere, a su vez, como una suerte de control de la discrecionalidad administrativa, reforzando las garantías de los asociados y, permitiendo el desdoblamiento de la tutela efectiva de los derechos en el marco del ejercicio de las actividades administrativas.

El concepto de precedente administrativo propuesto se enmarca dentro de los senderos de las plenas garantías institucionales a los asociados, configurando una clara hipótesis de imperativo para todo tipo de operador en sus relaciones con las personas dentro de los marcos del Estado social y democrático de derecho.

(iii) ¿Cual debe ser la relación entre el concepto de precedente administrativo con los principios generales del derecho y en especial con principios como los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y buena fe?

Se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo que, a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad.

Se exige, por tanto, que las decisiones administrativas respondan con certeza y concreción a la necesaria coherencia a la que debe corresponderse, de manera que la uniformidad de criterios permita consolidar una protección adecuada a los fines estatales, y se revierta la tendencia hacia la creación de beneficios y de situaciones jurídicas que pronto se ofrecen contradictorias unas a otras. Lo anterior, además, puede representar la afectación patrimonial de la administración pública, y la pérdida de eficiencia y de eficacia a la que debe obedecer la actividad administrativa (y que es reconocida constitucionalmente en nuestro artículo 209 CP). Todo lo cual se sostiene, sin desconocer el principio de legalidad material característico de toda organización sujeta a los marcos del Estado social y democrático de derecho.

En ningún caso, la aplicación del precedente administrativo puede socavar la primacía del principio de legalidad por razón del favorecimiento de actividades, o prácticas que autorizadas, permitidas o no sancionadas se constituyan en regla amparada por la decisión administrativa (precedente ilegal), sino que, por el contrario, el precedente administrativo debe convertirse en la reafirmación y consolidación de dicho principio, y en límite adicional al ejercicio discrecional de las decisiones que adoptan las autoridades administrativas.

Salvo que haya cambios históricos, sociales, culturales, o sea indispensable por razones de interés público, la aplicación del precedente administrativo debe permitir que opere un verdadero criterio de justicia en las decisiones administrativas, de manera que haya igualdad de trato y de consideración, e incluso que se puedan consolidar eventos de discriminación positiva que exigen que dicha igualdad se representen en condiciones excepcionales que son aplicables en atención a criterios subjetivos, colectivos o culturales especiales y específicos.

Finalmente, de dotarse de carácter vinculante al precedente administrativo se lograría la seguridad jurídica, creando estabilidad y ponderación adecuada de los intereses que estén en juego, de manera que se permita darle sentido al Estado Social de Derecho y, permitiendo que se acreciente la confianza de los asociados en sus autoridades administrativas, lo que tiene como principal, y máspreciado, resultado permitir que el ordenamiento jurídico se respete y madure de manera sinérgica con las propias aspiraciones, demandas y necesidades de la sociedad, y la coherencia de las decisiones administrativas.