

FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ
ANTONIO ALEJANDRO BARRETO-MORENO

LA REGLA DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO



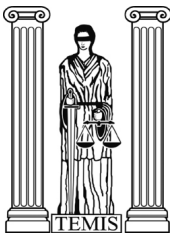
Universidad de
La Sabana

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

LA REGLA DEL PRECEDENTE
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ
ANTONIO ALEJANDRO BARRETO-MORENO

LA REGLA DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO



EDITORIAL TEMIS S. A.



Universidad de
La Sabana

Bogotá - Colombia
2019



ANTES DE QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Fabio Enrique Pulido-Ortiz, 2019.
- © Antonio Alejandro Barreto-Moreno, 2019.
- © Universidad de La Sabana, 2019.
Campus del Puente del Común
km 7 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca, Colombia
Tel: 571-8615555. Ext: 45001
www.unisabana.edu.co
<https://publicaciones.unisabana.edu.co>
publicaciones@unisabana.edu.co
- © Editorial Temis S. A., 2019.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis núm. 41-17, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1214-8
2997 2019017230

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de la Universidad de La Sabana y de Editorial Temis S. A.

Fabio Enrique Pulido-Ortiz: “A ellas, como siempre”.

*Antonio Alejandro Barreto-Moreno: “A mi amada Marcela
por estar siempre ahí, a nuestros maravillosos hijos
Nicolás y Juan Martín, que hacen nuestra vida plena
y a mi adorada hermana Gina Marcela por regresar”.*

LOS AUTORES

Fabio Enrique Pulido-Ortiz. Doctor en Derecho (tesis distinguida) de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, área Filosofía del Derecho. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo. Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Docente de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, director del Departamento de Teoría Jurídica y Constitucional y director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana, Chía, Colombia. Miembro del comité asesor del Capítulo Colombia del Icon-S. Profesor invitado en universidades nacionales y extranjeras para impartir cursos de posgrado en filosofía del derecho y teoría constitucional. Autor del libro *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial* (Universidad de La Sabana, 2018), coautor de los libros *Hoja de ruta: trámite legislativo* (Konrad Adenauer, 2011) y *Hoja de ruta: trámite legislativo extraordinario* (Konrad Adenauer, 2012). Autor de diversos artículos y capítulo de libro en teoría jurídica y derecho constitucional.

Antonio Alejandro Barreto-Moreno. Doctor en derecho (2014) y magíster en Derecho (2004) de la Universidad de los Andes, pasantía doctoral de la Universidad de Nantes – Francia (2011), con estudios de posgrado en daños de la Universidad de Salamanca – España (2001); Abogado egresado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (2000); Profesor de planta (2015) y Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de La Sabana (2017); docente en pregrado y posgrados de diferentes Universidades del país y del extranjero en temas como estructura orgánica del Estado, contratos estatales, regulación económica, responsabilidad del Estado y Servicios Públicos, entre otras. Autor de varios artículos en revistas indexadas, capítulos de libros y libros en estas temáticas como la función de la responsabilidad civil en el marco de las acciones populares y las acciones de grupo.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Los autores	IX
Introducción	1

CAPÍTULO I

LA REGLA DEL PRECEDENTE. PRECISIONES CONCEPTUALES

1. Introducción.....	5
2. El reconocimiento y fundamento de la regla del precedente	5
3. La creación judicial de normas jurídicas	9
4. Modelos de creación y vinculación de precedentes judiciales	11
5. Significado e interpretación de los precedentes judiciales	13

CAPÍTULO II

LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA RAMA JURISDICCIONAL

1. Introducción.....	17
2. La estructura de la jurisdicción en Colombia	18
A) La Corte Constitucional como órgano de cierre	21
B) La jurisdicción contencioso-administrativa	24
a) El Consejo de Estado: órgano de cierre y de instancia	25
b) Los tribunales administrativos de distrito judicial.....	27
c) Los juzgados administrativos.....	32
C) La inserción de la Jurisdicción Especial para la Paz.....	32

CAPÍTULO III

EL PRECEDENTE VERTICAL Y HORIZONTAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

1. Introducción.....	39
----------------------	----

	PÁG.
2. Ámbito subjetivo de aplicación de la regla del precedente	40
3. Las variables vertical y horizontal del precedente constitucional	45
4. Las variables vertical y horizontal en el precedente administrativo.....	47

CAPÍTULO IV

LA REGLA DEL PRECEDENTE EN EL ESQUEMA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1. Introducción.....	53
2. El esquema de unificación de jurisprudencia y de extensión de precedentes	54
3. La complejidad y poca eficacia del procedimiento de extensión de jurisprudencia	56
4. El esquema de unificación en acción. Aplicación de la figura en contratación estatal	59
A) La aplicación del esquema de unificación en materia de contratación estatal: el caso de la teoría del enriquecimiento sin causa	60
a) Existencia de una sentencia de unificación en la que se haya reconocido un derecho	60
b) Trámite de la extensión para casos de contratación estatal.....	62
B) Ineficacia del esquema de unificación de jurisprudencia en algunas entidades del Distrito Capital de Bogotá	63

CAPÍTULO V

MODELOS DE “RATIO DECIDENDI” DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES

1. Introducción.....	69
2. Modelos de precedentes.....	71
3. La “ratio decidendi” en la doctrina del precedente constitucional y administrativo.....	75
A) El modelo de “ratio decidendi” en los precedentes constitucionales y administrativos	75
B) La “ratio decidendi” como regla jurídica.....	86

CAPÍTULO VI

PODERES NORMATIVOS DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Introducción.....	93
----------------------	----

2. Los poderes normativos del juez	95
3. El papel del juez contencioso administrativo en la formulación de políticas públicas y la toma de decisiones abstractas y generales	100

CAPÍTULO VII

LAS CONSECUENCIAS DE DESCONOCER
LA REGLA DEL PRECEDENTE

1. Introducción.....	107
2. La nulidad de sentencias por desconocimiento de precedentes.....	108
A) La tutela contra providencias judiciales.....	108
B) La nulidad de las sentencias de la Corte Constitucional.....	115
C) Recursos procesales y respeto del precedente judicial.....	118
3. Sanciones por desconocimiento de precedentes judiciales	119
A) Las sanciones penales por desconocimiento de precedentes judiciales: el prevaricato por acción	119
B) Las sanciones disciplinarias por desconocimiento precedentes judiciales	121

CONCLUSIONES

1. El esquema unificación y extensión de jurisprudencia.....	127
2. La “ratio decidendi” de los precedentes judiciales.....	128
3. Los poderes normativos de las autoridades judiciales.....	130
4. Las consecuencias por el desconocimiento de la regla del precedente	130
Bibliografía	133

INTRODUCCIÓN

Los estudios comparados de los sistemas jurídicos occidentales distinguían entre aquellos pertenecientes al *common law* de aquellos que forman parte de la tradición continental (derecho continental o *civil law*). Según esta visión, la diferencia fundamental entre dichos sistemas es el origen casuístico y pragmático del primero, y legislativo y racionalista del segundo. En virtud de esta concepción, los precedentes judiciales se constituían en la principal fuente normativa en el *common law* mientras que la ley (y paradigmáticamente los códigos) se constituían en la principal fuente en el *civil law* (MERRYMAN, 1989; SANTOFIMIO, 2010).

Sin embargo, tanto los sistemas jurídicos de tradición continental como del *common law* toman en cuenta, en la actualidad, ambos tipos de fuentes. En lo que tiene que ver con los sistemas jurídicos de tradición continental, el fenómeno que mejor ejemplifica esta situación es el creciente valor de los precedentes judiciales (MACCORMICK y SUMMERS, 1997; LÓPEZ, 2006; FON y PARISI, 2004, KOMAREK, 2013; SANTOFIMIO, 2010). Así, por ejemplo, para el caso francés, se tiene establecido que una sistemática exposición del derecho administrativo solo puede formularse a partir de los principios definidos en las decisiones del Consejo de Estado (TROPER y GREZEGORCZYK, 1997; DURAND JAMIS, 2015).

El derecho colombiano no es ajeno a esta tendencia. Desde los primeros años de vigencia de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha sostenido que los precedentes judiciales son vinculantes. Dicho tribunal ha defendido que, no solo sus precedentes son obligatorios, sino que también lo son los precedentes de los otros órganos de cierre, esto es, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Corte Const., sents. C-836 de 2001 y C-539 de 2011). En lo que tiene que ver específicamente con la jurisdicción contencioso-administrativa, la obligatoriedad fue más allá del autorreferente jurisprudencial y fue regulada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) reconociendo la obligatoriedad al precedente judicial y creando el modelo de extensión.

Ahora bien, la explicación del funcionamiento de los precedentes judiciales depende de la existencia, configuración e interacción de dos

tipos de normas: la regla del precedente y los precedentes judiciales. Por un lado, debe darse cuenta de la norma que define la forma en que se crean, identifican y aplican los precedentes judiciales (esto es la regla del precedente). Una de las funciones principales de esta regla es definir el funcionamiento normativo de los precedentes, en particular si deben considerarse como normas de carácter obligatorio (precedente vinculante) o de carácter optativo (presente persuasivo). Por otro lado, los precedentes judiciales se refieren justamente a todas y cada una de las normas designadas por la regla del precedente (PULIDO, 2018). De acuerdo con esto, el capítulo I de este libro se propone presentar un panorama de las características de la regla del precedente que sirva, a su vez, como marco conceptual para el desarrollo de la obra.

El propósito de este trabajo es explicar la regla del precedente en el derecho administrativo colombiano. Para lograr tal propósito, en el libro se desarrollan tres objetivos específicos. El primer objetivo consiste en determinar el contexto institucional en el que opera la regla del precedente en el derecho administrativo colombiano, para lo cual es necesario definir la forma en que opera la regla del precedente en un ordenamiento jurídico. En ese sentido, es preciso investigar el contexto institucional en que se usan los precedentes judiciales y, en particular, la estructura de la rama judicial. Esto es así, toda vez que esta estructura determina el ámbito subjetivo de la regla del precedente, es decir el conjunto de individuos y órganos cuyas decisiones están sujetas a los precedentes judiciales (TARUFFO, 1997; MACCORMICK y SUMMERS (1997, pág. 7). De acuerdo con esto, en el capítulo II se describe la estructura orgánica de la rama jurisdiccional en Colombia y en el capítulo III se definen las distintas variables en el ámbito subjetivo de aplicación de la regla del precedente (auto precedente, precedente horizontal y precedente vertical).

El segundo objetivo es explicar los diferentes tipos de precedentes que existen en el derecho administrativo colombiano. En el capítulo IV se analiza el esquema de unificación jurisprudencial creado por los artículos 10 y 102 del CPACA, resaltando la importancia y límites de la figura en la configuración de la regla del precedente en Colombia. En el capítulo V se exponen los modelos de creación y de norma de la *ratio decidendi* a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y en el capítulo VI se identifican los diferentes poderes normativos ejercidos por el juez contencioso administrativo.

Por último, el tercer objetivo de esta obra radica en reconstruir las diferentes consecuencias jurídicas por el desconocimiento de la regla del

precedente en Colombia. Al abordar este objetivo, en el capítulo VI se expone la existencia de dos tipos principales de consecuencias: las nulidades y las sanciones (penales y disciplinarias) por desconocimiento de precedentes judiciales.

Metodológicamente el libro emplea instrumentos propios de la filosofía del derecho y la reconstrucción dogmática de las fuentes jurídicas relevantes para el derecho administrativo colombiano. En efecto, por un lado, se recurre al análisis teórico de las instituciones jurídicas —y en particular de la teoría del precedente judicial— para explicar los presupuestos fundamentales de la configuración de la regla del precedente. Por otro lado, se reconstruyen las diferentes fuentes constitucionales, legales, judiciales y doctrinales que determinan la particular configuración de la regla del precedente en el derecho administrativo colombiano.

Debe señalarse que este libro es un resultado de investigación de dos proyectos de investigación apoyados por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana: la pretensión de normatividad del derecho en el razonamiento judicial. Un análisis en el marco de una práctica guiada por precedentes (DER-49-2016) y la protección jurídica de los servicios públicos domiciliarios (DER-52-2017).

Los resultados en este libro fueron discutidos en diferentes escenarios. El capítulo I fue presentado en el seminario de investigación de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana y en el XII Foro de Tendencias Contemporáneas del derecho, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Caldas y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Caldas. El Capítulo IV fue presentado en el encuentro nacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa organizado por el Tribunal Superior de Bogotá en abril de 2017. El capítulo VI fue expuesto en el primer seminario del capítulo Colombia de Icon-S: “Tribunales, control del poder y cambio social”, organizado por la universidades Externado y de Los Andes. Agradecemos cada una de las sugerencias y críticas que nos hicieron llegar en dichas oportunidades.

Agradecemos el apoyo de Juan Fernando Córdoba, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, de Carlos Enrique Arévalo, director de profesores e investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana y de Elsa Cristina Robayo, directora de publicaciones de la Universidad de la Sabana. Las críticas y recomendaciones de nuestros compañeros y estudiantes mejoraron sustantivamente el texto. Debemos reconocer en

particular el magnífico trabajo de las estudiantes Raquel Sarria (estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana) y Valentina Guaba (miembro del semillero Fundamentos Filosóficos del Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana) quienes realizaron un aporte invaluable como auxiliares de investigación en el proyecto. Asimismo, la investigación de Darly Bernal en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana nos ayudó a mejorar sustantivamente las conclusiones sobre las sanciones disciplinarias por desconocimiento de precedentes.