

# REVISTA CONSULTORIO JURÍDICO TECNAR



## PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

LIBERACIÓN DE TARIFAS  
EN EL REGIMEN SUBSIDIADO

OBLIGATORIEDAD  
DE LAS SENTENCIAS

Revista Consultorio Jurídico, es una publicación de artículos, textos, capítulos resumidos de libros, avances de estudios y de resultados de investigación en Ciencias Sociales, Humanas y Jurídicas de divulgación anual y de carácter multidisciplinario.

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del comité editorial.

Se respeta la libertad de expresión, de ideas y teorías de individuos y grupos de investigación académicos y científicos. Las opiniones expresadas por los autores, el uso de fotografías, gráficos e imágenes, son independientes y no comprometen a la revista ni a la Institución de Educación Superior.

El material de esta revista puede ser reproducido o citado con carácter académico citando la fuente.

Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo TECNAR  
Centro, Calle del Cuartel #36-61  
Cartagena de Indias, Colombia  
América del Sur.

Revista Consultorio Jurídico

Correos Electrónicos:  
rosa.meza@tecnar.edu.co  
Editora: Rosa Emilia Meza Lastra  
rosa.meza@tecnar.edu.co  
www.tecnar.edu.co  
octubre de 2013

© Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo Tecnar  
Sede Cartagena  
Derechos Reservados

Revista  
CONSULTORIO JURÍDICO  
www.tecnar.edu.co

Autores Varios  
ISSN 2346-3678

Correctora de Estilo  
Mireya Gómez Paz.  
mireya.gomez@tecnar.edu.co

Diagramación y diseño  
Douglas J. Elles Torres  
douglas.elles@tecnar.edu.co  
www.tecnar.edu.co

# Contenido

- La privación de la libertad y aumento de la población carcelera en Colombia pág. 3
- Liberación de Tarifas en Régimen Subsidiado pág. 6
- Obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo De Estado Vs. Corte Constitucional en la extensión de la jurisprudencia a terceros en Colombia. pág. 7



# LA PRIVACION DE LA LIBERTAD Y EL AUMENTO DE LA POBLACION CARCELARIA EN COLOMBIA: Un balance insatisfactorio para la sociedad y el Estado.<sup>1</sup>

Por William González de la Hoz.<sup>2</sup>

## *Situación en la Cárcel de Ternera es un “infierno”<sup>3</sup>*

Abstract.

The current situation of prisons in Colombia warrants taking strong positions and the immediate execution of decisions on criminal policy. The prison has become unmanageable and too costly for the state. The prison system is heavily criticized for its inefficiency and high administrative corruption. Overcrowding and continuing violation of fundamental rights is a ticking time very close to bursting.

They are responsible for this situation agencies involved in the Colombian justice system, who have not understood that after the enactment of Law 906 of 2004 adopted a kind of trial where deprivation of liberty is “exceptional” and not the rule as currently observed.

### I. Introducción.

La situación actual de las prisiones en Colombia amerita la toma de fuertes posiciones y la ejecución inmediata de decisiones en materia de política criminal. La cárcel se ha convertido en algo inmanejable y excesivamente costoso para el Estado. El sistema penitenciario y carcelario está fuertemente cuestionado por su ineficiencia y alto grado de corrupción administrativa. La situación de hacinamiento y violación permanente de derechos fundamentales es una bomba de tiempo muy cercana a estallar.

Son responsables de esta situación las agencias que intervienen en el sistema penal colombiano, quienes no han entendido que a partir de la expedición de la ley 906 de 2004 adoptamos un modelo de enjuiciamiento donde la privación de la **libertad** es “excepcional”, y no la regla como se observa actualmente.

<sup>1</sup> El presente artículo se desprende de la investigación adelantada para optar al título de magister en derecho penal y procesal penal de la Universidad Libre de Colombia.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia, Candidato a Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia, Docente Universitario, Juez de la Republica, y Juez del Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University College - Washington D.C.

<sup>3</sup> <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/situacion-en-la-carcel-de-ternera-es-un-infierno-171674>. Nota de prensa.

## II. LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD EN COLOMBIA.

Nuestro país Colombia ha sido definido constitucionalmente como un **Estado Social de Derecho**, democrático y con una orientación profunda hacia el respeto y garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Dentro de esos derechos fundamentales a respetar que ha garantizado la carta magna se encuentra el derecho a la **LIBERTAD**<sup>4</sup>, el cual de acuerdo a los desarrollos legales y jurisprudenciales solo puede restringirse en casos excepcionales y por motivos previamente definidos en la ley. Por regla general en los Códigos Penales y de Procedimiento Penal se han delimitado las conductas atentatorias a los bienes jurídicos de los asociados, y se ha descrito como debe procederse para asegurar a los presuntos infractores y garantizar los derechos de las víctimas del delito<sup>5</sup>.

Estos conceptos **cardinales** del Derecho Penal Constitucional han sido repetidos y precisados en innumerables foros, congresos, libros, artículos científicos, etc, razón por la cual no vamos a entrar a profundizar en los mismos.

El problema que ocupa al autor en esta ocasión consiste en describir algunos de los efectos adversos que está generando a la sociedad colombiana y al Estado el aumento vertiginoso de la **privación de la libertad en establecimiento carcelario**, en vista de su uso desmedido e irracional por parte de los operadores judiciales, lo cual se ha convertido en un problema gigantesco de política criminal y salud pública, con impactos profundos en el reo, su familia, la sociedad y el Estado.

En su mayoría los criminólogos han establecido que los únicos beneficiados con este modelo irracional de ejecución de la prisión preventiva y de la pena, son quienes alientan en los medios de comunicación el denominado **populismo punitivo**<sup>6</sup>; que impulsan sin sustento el aumento de las penas y el endurecimiento de los requisitos para la imposición de medidas de aseguramiento. La sociedad aplaude eufórica que haya mano dura, sin saber que pronto serán víctimas/cómplices de este perverso sistema penitenciario y carcelario a través del pago de impuestos que financian los costos que implica su sostenimiento.

Estos mercaderes del Delito y sus consecuencias se lucran del miedo<sup>7</sup> de los ciudadanos a ser víctimas del delito. La necesidad de combatir a la insurgencia y a la delincuencia ha impuesto como única solución el incremento de las fuerzas militares y de policía; detrás de esta medida se mueven millones de dólares en contratos para la puesta en marcha de todo ese aparato bélico, lo cual necesariamente mengua los recursos de otros sectores del presupuesto que bien utilizados ayudarían eficazmente a **prevenir** el delito y no a **reprimirlo** como ha sido nuestra errónea apuesta.

<sup>4</sup> Art. 28 y 29 C.N

<sup>5</sup> Código Penal Ley 599 de 2000 y Ley 906 de 2004.

<sup>6</sup> Francisco BERNATE OCHOA. [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-142609-05politica\\_criminal\\_y\\_sostenibilidad\\_fiscal](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-142609-05politica_criminal_y_sostenibilidad_fiscal) “Creemos firmemente que el populismo punitivo es una de las principales causas (...). Proponemos que, en adelante, cualquier proyecto de ley con consecuencias penales, tales como creación de nuevos delitos, modificación de procedimientos, reducción de beneficios o aumento de penas, deba contar con un estudio previo sobre su impacto fiscal (...).”

<sup>7</sup> “La consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana. (...) se han incrementado desde hace unos años en la población tanto la preocupación general por la delincuencia como el miedo a ser víctima del delito.” Jose Luis DIEZ RIPOLLES. El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana. Pag. 89. Estudios Penales y de Política Criminal. Ed. Idemsa. Lima, Febrero de 2007.

En resumen, se ha utilizado la **detención preventiva y la ejecución de la pena** para hacer creer a los ciudadanos que creando (nuevos delitos) y encerrando delincuentes se van a solucionar los demás problemas de la sociedad que ciertamente originan la criminalidad. Nuestra lógica indica que la comisión del delito es la culminación de un proceso de abandono en la instrucción (Formación académica, ética y cívica) y/o el resultado de la insatisfacción de las necesidades básicas del ser humano (Acceso al empleo y a los servicios de salud, educación, vivienda, entre otros). Se exceptúan de esta afirmación los denominados delitos de cuello blanco cuya definición aun es discutida en la actualidad<sup>8</sup>.

Como se ha advertido, el incremento de la detención preventiva en Colombia y el correspondiente aumento del hacinamiento carcelario están generando graves afectaciones al detenido, a su familia, a los recursos del Estado y a nuestra sociedad, la que presuntamente debe **“reintegrar”** al detenido una vez salga de prisión.

*Las principales afectaciones que advierto son las siguientes:*

### I. AL PRIVADO DE LA LIBERTAD: (reo)

La privación de la libertad implica para el reo la imposibilidad de realizar todas aquellas actividades que normalmente realizaba antes de ser detenido. Esto supone un shock psicológico fuerte que produce por lo general estados de ansiedad, depresión, y en algunos casos problemas psiquiátricos permanentes.

El reo se encuentra expuesto en las cárceles colombianas a todo tipo de vejámenes, desde un precario sistema de atención en salud, a la amenaza constante de ser agredido verbal, física y sexualmente, con el consecuente riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual, lo que en la actualidad ha convertido a la prisiones en pabellones de enfermos, sumado esto al ya grave problema de consumo de estupefacientes al interior de las prisiones.

Como es conocido, dentro de las prisiones operan organizaciones que sostienen el negocio del micro tráfico y la extorsión, lo cual les sigue reportando ganancias con las cuales ejercen dominio territorial y personal sobre los guardias y los internos. Esto ha provocado enfrentamientos donde han resultado reclusos asesinados y heridos que han descatado lo que ordenan las mafias y que alguna vez delinquieron en bandos contrarios.

Esta disfuncionalidad carcelaria va en contra de la **finalidad de la pena** de resocializar al individuo. La situación fáctica real es contraria al fin perseguido por el ordenamiento jurídico. En muchos casos el reo sale de prisión practicando una mayor cantidad de antivalleres y con un grado de peligrosidad mayor generando una espiral de violencia cíclica sin retorno.

### II. A LA FAMILIA.

La privación de la libertad supone un golpe fuerte a la institución de la familia, puesto que en la mayoría de los casos el encarcelado es el padre de familia que provee los recursos económicos para la satisfacción de las necesidades básicas. Sumado a lo anterior se priva a los hijos del nexo sentimental con su progenitor dejando esto secuelas psicológicas que alteran su cosmovisión sobre el mundo; generando

<sup>8</sup> Se entiende por delitos de cuello blanco a aquellos ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional.

esto rebeldía, resentimiento y apatía a las actividades académicas. De igual forma, se altera la convivencia conyugal con el consecuente rompimiento de las relaciones sentimentales de la pareja.

En las cárceles no existen adecuados espacios para el disfrute sexual por parte de los reclusos y su pareja. Ante esto, debemos señalar que la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha señalado que el único derecho fundamental restringido a los privados de la libertad es la locomoción y a los condenados el derecho a sufragar, por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la satisfacción del resto de derechos fundamentales de los reclusos entre ellos la dignidad humana.

Ya bastante daño se le hace a la familia alejando de su núcleo a un integrante, como para no permitir que pueda mantener en condiciones dignas el vínculo afectivo con su cónyuge e hijos. Como se señaló, esto es una obligación del Estado para garantizar los derechos fundamentales de todos los miembros del grupo familiar.

### III. AL ESTADO.

La cárcel, y las situaciones que se presentan actualmente dentro de ellas, le están generando al Estado unos excesivos costos, tanto en funcionamiento del sistema penitenciario como en las indemnizaciones que debe pagar por los daños ocasionados a los reclusos y sus familias.

La Estructura carcelaria es deficiente para la cantidad de población que existe en la actualidad. La situación de las prisiones en Colombia<sup>9</sup>, ha sido declarada por la H. Corte Constitucional como un Estado de cosas inconstitucional desde el año sin que hasta la fecha se hayan tomado medidas de fondo para superar este estado; al contrario, se ha incrementado la problemática advertida con el ingreso de más reclusos a las prisiones todos los años.

El sistema penitenciario y carcelario colombiano le cuesta al Estado anualmente **1,3 billones de pesos** (Lo que costó la nivelación salarial de la rama judicial durante 5 años). Cada privado de la libertad le cuesta al Estado anualmente **13, 1 millones de pesos**, lo cual sin duda alguna es mayor a lo que le costaría brindarle educación universitaria a un joven en nuestro país. Se necesita de manera urgente tomar una decisión drástica en este punto, puesto que la ausencia de oportunidades académicas para los adolescentes les hace presa fácil de los grupos ilegales.

De igual forma, se debe evitar que a Colombia llegue la tendencia mundial de privatizar<sup>10</sup> las prisiones, pues tal y como ha ocurrido en otros países, esto solo ha significado entregar un negocio jugoso a los contratistas, a quienes lo que menos les interesa es garantizar los derechos fundamentales de los detenidos, y sí que aumente la cantidad de clientela (población carcelaria).

El Estado en la actualidad enfrenta demandas por privación in-

justa de la libertad<sup>11</sup> que superan los 20 billones de pesos anuales<sup>12</sup> y que a la fecha tiende a incrementarse<sup>13</sup>

### IV. A LA SOCIEDAD.

Como resultado de las afectaciones específicas ya reseñadas, se está generando un efecto negativo a la sociedad en su conjunto. Todas estas situaciones impiden la consolidación de un estado de tranquilidad permanente a los asociados. Los países desarrollados invierten en educación y en oportunidades laborales para sus habitantes, puesto que esto garantiza invertir menos en la represión de conductas desviadas.

En nuestro país desde hace muchos años<sup>14</sup> viene sucediendo lo contrario, el presupuesto deseado para la educación se ha destinado para el sector defensa y conexos, lo cual va detrimento de la construcción de una “sociedad civil” fuerte, compuesta por miembros activos y conocedores de sus derechos y deberes como ciudadanos y con un profundo entendimiento de la democracia como forma de gobierno, que necesariamente permita una equitativa distribución de la riqueza a todos los sectores de la sociedad, lo cual a nuestro juicio permitirá disminuir la violencia y la exclusión, y por ende bajar considerablemente las tasas del crimen.

### III. CONCLUSIONES.

La situación de las prisiones en Colombia es dramática y con fuerte tendencia al colapso por hacinamiento y brote de enfermedades.

Se deben adoptar medidas de choque, de mediano y largo plazo para mejorar la infraestructura carcelaria, disminuir los costos administrativos y reducir la cantidad de reclusos en las prisiones.

Se debe realizar una profunda reingeniería del sistema penal acusatorio, que incluya pedagogía para la utilización “excepcional” de la privación de la libertad para los procesados, y se contemplen además otras alternativas a la pena de prisión, como es el caso de la prisión domiciliaria, o el internamiento en medio semicerrado entre otras.

El balance realizado demostró unas graves afectaciones al privado de la libertad, a su familia, a la sociedad y al Estado. El costo que está teniendo la prisión como mecanismo de control social es mayor al beneficio que trae su aplicación.

11 Oscar Julián GUERRERO. [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/notia130904-03la\\_detencion\\_preventiva\\_y\\_la\\_privacion\\_injusta\\_de\\_nuevo\\_a\\_debate/](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/notia130904-03la_detencion_preventiva_y_la_privacion_injusta_de_nuevo_a_debate/) “En suma, se puede afirmar que el Consejo de Estado, en materia de privación injusta de la libertad, ha acuñado una doctrina profundamente respetuosa del derecho a la libertad en el contexto del daño especial. (...) Es un problema económico muy serio del cual deben estar conscientes jueces y fiscales, pues de ese ejercicio cotidiano de imposición de medidas privativas de la libertad a que nos tiene acostumbrados el populismo punitivo se sigue que una absolución implica un gasto para el Estado que todos pagamos con nuestros impuestos.

12 Valor año 2013.

13 El total de demandas instauradas contra entidades del orden nacional en el primer mes de 2014 fue de 1.172 procesos equivalentes a \$282 mil millones. Tomado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/privaciones-injustas-de-libertad-provocan-demandas-20-b-articulo-481189>.

14 En términos de la participación del gasto en el presupuesto general, las cifras de educación representan una disminución de 14,5% del presupuesto general de la nación en 2009 a 13,9% en 2010. Estas cifras constituyen un rezago respecto a otros países de América Latina. Por ejemplo, según los datos más recientes de la CEPAL, Chile invirtió en educación 18,2% del gasto total; Perú, 16,4%, y Cuba, 20,6% en 2007. Por el lado del gasto en defensa y seguridad, las cifras muestran que habrá un aumento de 13,7% en 2009 a 14,2% en 2010. Tomado de: <http://www.semana.com/opinion/articulo/seguridad-versus-educacion/109507-3>.

# LIBERACIÓN DE TARIFAS EN RÉGIMEN SUBSIDIADO

Por Juan Carlos Olivares Diago  
VII Semestre De Derecho Corpusucre



El manual tarifario SOAT (SEGURO OBLIGATORIO PARA ACCIDENTES DE TRANSITO) es una clasificación en donde se contemplan el factor de cotización de distintas prestaciones derivadas de acciones y procedimientos. Se utiliza con fines para ver procedimientos y actividades que se necesitan liquidar en el área de facturación de acuerdo al SMDLV (Salario Mínimo Diario Legal Vigente) son referencia a saber qué valor tiene un evento en salud y así hacer contrataciones.

El Gobierno Nacional liberó las tarifas que rigen para el Régimen Subsidiado, El Decreto 887 modifica expresamente el Decreto 2423 de 1996 que declaró las tarifas SOAT (SEGURO OBLIGATORIO PARA ACCIDENTES DE TRANSITO) obligatorias para la venta de servicios de todos los hospitales públicos el que a su vez ordenó unificar el régimen de tarifas de las IPS públicas. El Decreto 2423 de 1996 señala que el manual tarifario comúnmente llamado SOAT “será de obligatorio cumplimiento para las IPS Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas. Las entidades privadas deberán aplicarlo obligatoriamente cuando se trate de atención de pacientes víctimas de accidentes de tránsito, desastres naturales, atentados terroristas, atención inicial de urgencias y los demás eventos. Ahora bien, en el ARTÍCULO 87 EL DECRETO 2423 DE 1996: Por las circunstancias de orden tecnológico, cuando alguna Institución Prestadora de Servicios de Salud realice un procedimiento que no se encuentre definido y por lo tanto no tenga asignada tarifa, éste se reconocerá por la tarifa que tenga definida la Institución, previa la comprobación del médico tratante, de que dicho procedimiento no se encuentra relacionado en el presente Decreto ni siquiera bajo otra denominación. La Ministra de Salud había anunciado la intención de que las tarifas SOAT no fueran obligatorias sino tan sólo tarifas de referencia, por lo que las IPS podrían negociar libremente con las EPS (Empresas promotoras de salud) y ARS (Administradoras del régimen subsidiado) y es que a mi modo de

ver y por las circunstancias dadas en las condiciones políticas de nuestro país, en la cual el primer término de preocupación según encuestas realizadas en todo el territorio Colombiano, es La mala prestación de servicios de salud y que la liberación de precios del manual tarifario SOAT, Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, pone el dedo en la llaga, ya que desproporciona la atención de salud porque hay fuerza desmedida en las contrataciones de las EPS Empresa Prestadoras de Salud, con las IPS instituciones prestadoras de salud.

En efecto, esta liberación de tarifas en el Régimen Subsidiado preocupa a prestadores privados y públicos por la posición dominante de algunas EPS en el mercado, no hay condiciones de competencia o de mercado para la operación del Régimen Subsidiado en la gran mayoría de los municipios del país; La liberación, conocidas las posiciones dominantes en la contratación del Régimen Subsidiado, significa la imposición de tarifas inferiores al SOAT a las pequeñas IPS por parte de ARS y EPS, colocándoles tarifas inferiores lo cual los servicios médicos en general se verán afectados ya que no tendría la suficiente fuerza económica para prestar un adecuado servicio de salud, reflejándose esta situación en los pacientes, que en el día a día nos damos cuenta de la lánguida atención y que por lo referido, las condiciones serían peores al transcurrir del tiempo. Este es a mi juicio uno de los principales problemas por los que atraviesa la crisis de salud en Colombia. En la actualidad cursa en el congreso de la república el proyecto de ley 144 de 2011, que en caso de prosperar, daría un plazo de seis meses al gobierno colombiano, para estudiar y aprobar un manual piso o base tarifario. Muchos actores llaman al SOAT (equivocadamente) Manual tarifario SOAT, lo cual no es realmente preciso; sin embargo da un valor de referencia para el valor de los servicios de salud y la negociación de los contratos.



# OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACION DEL CONSEJO DE ESTADO VS. CORTE CONSTITUCIONAL EN LA EXTENSION DE LA JURISPRUDENCIA A TERCEROS EN COLOMBIA

Por Martha Benítez Izquierdo  
Docente Investigadora, Candidata a Magíster Universidad de Medellín

## Resumen

El presente artículo abordará el tema de “La obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, la cual ha sido una de las novedades de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código Contencioso Administrativo, se determinará en este artículo cómo cambia la concepción de jurisprudencia como criterio auxiliar a fuente obligatoria en la administración pública en nuestro estado colombiano a partir de la entrada en vigencia de esta nueva norma. El tipo de investigación de este proyecto jurídico, para este primer informe se recolectó información documental de los sitios web del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, artículos y videoconferencias de expertos sobre el tema, sondeos a personal de las entidades públicas tales como al Ministerio del Interior y de Justicia, Rama Judicial y abogados litigantes, estudio de dos casos referentes al tema. Se explicará el procedimiento para extender la jurisprudencia a terceros y los tipos de sentencias de unificación tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, y las disposiciones legales requeridas para que entre a operar de una forma sistemática e integral en la administración pública la nueva figura, se presentarán las dificultades de su implementación en cuanto a lo relacionado con la Unificación de la Jurisprudencia por parte del Consejo de Estado y la interpretación de la Corte Constitucional.

## PALABRAS CLAVES

EXTENSION DE JURISPRUDENCIA A TERCEROS, PRECEDENTE JUDICIAL, CORTE CONSTITUCIONAL, CONSEJO DE ESTADO, SENTENCIAS DE UNIFICACION

### INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, abordaré el primer avance del proyecto de investigación denominado: “La extensión de la jurisprudencia a terceros en el procedimiento administrativo colombiano”. El alcance del presente artículo, se delimitará en lo relacionado con la nueva figura antes mencionada “La obligatoriedad del precedente judicial en sede administrativa, con la figura de la extensión de la Jurisprudencia a terceros”, la cual ha sido una de las novedades de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código Contencioso Administrativo.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y su nueva disposición, del art. 102, que dice: EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Vemos entonces, que el precedente judicial se impone a la administración pública, por mandato de esta nueva ley que entró en vigencia en el mes de julio de 2012. Por tal razón, merece gran importancia su estudio y análisis, ya que esta figura proviene de España de la ley 29 de 1998, merece ser también comparada.

El sistema de fuentes del derecho se altera de alguna forma, porque ya no solo se debe tener en cuenta en sede judicial sino también administrativa en nuestro país.

La extensión de la jurisprudencia no protege el derecho a la igualdad de los ciudadanos porque existen discrepancias en las jurisprudencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que son las fuentes principales para poder extender la jurisprudencia.

Se determinará en el presente informe cómo cambia la concepción de jurisprudencia como criterio auxiliar a fuente obligatoria en la administración pública en nuestro estado colombiano a partir de la entrada en vigencia de esta nueva norma. Se explicará el procedimiento para extender la jurisprudencia a terceros y los tipos de sentencias de unificación tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, y las disposiciones legales requeridas para que entre a operar de una forma sistemática e integral en la administración pública la nueva figura.

### METODOLOGIA

El tipo de Investigación para este proyecto es Socio jurídica porque se verificará cómo ha sido implementada la extensión de la jurisprudencia a terceros en la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias durante los años 2012 y 2013, para detectar sus vacíos normativos, analizar si el principio de igualdad se cumple al utilizar esta figura y realizar recomendaciones de tipo reglamentario que se puedan implementar en la nueva figura jurídica en sede gubernativa.

El enfoque de la Investigación cualitativa del área de Derecho Administrativo. Y el método utilizado es el instrumental dinámico funcional porque se estudiará el problema en su implementación

inicial y cómo ha sido su impacto en la protección del derecho a la igualdad de los administrados. Otros métodos utilizados son el de análisis, síntesis, deducción porque va de un análisis general de la normativa principal hasta la particularidad de los hechos, se realizará para realizar las recomendaciones un análisis comparativo con el derecho español que ya implementó esta figura, pero la cual ha tenido inconvenientes que han podido ser superados. Se utilizaron conferencias en diferentes sitios web de expertos sobre la temática, tales como el sitio web del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Buffette de Abogados reconocidos, sondeos realizados a personal de la Oficina Jurídica del Ministerio del Interior y de Justicia, Sitio Web del Consejo de Estado, revisión de literatura de diferentes autores, sondeos a diferentes funcionarios de la administración pública y Rama Judicial.

Para este primer avance del proyecto, se ha delimitado en presentar avances de la jurisprudencia como fuente obligatoria en la administración pública en nuestro estado colombiano. Se explicará el procedimiento para extender la jurisprudencia a terceros y los tipos de sentencias de unificación tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, y las disposiciones legales requeridas para que entre a operar de una forma sistemática e integral en la administración pública la nueva figura.

## RESULTADOS

### OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE EN COLOMBIA

Colombia como un estado social de derecho, pregona la prevalencia de la Carta Política como norma de normas, en el artículo 4 nos dice: “La Constitución es norma de normas”. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Vemos también, que en el artículo 230 de la C.P. nos dice: “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”.

No hay que ser un experto para entender los anteriores postulados constitucionales, los cuales nos indican que al momento de interpretar la ley, los jueces deben o están sometidos a la ley, y en cuanto a la jurisprudencia nos dice es un criterio auxiliar, es decir, no es obligatoria, que prevalece la ley.

Partiendo de esa la anterior base constitucional, se manejó en Colombia el precedente judicial, primero como una doctrina probable, es decir, que si tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sobre un mismo punto de derecho, podrá ser aplicada a casos análogos, lo cual no obsta para que haya modificación.

El artículo 4° de la ley 169 de 1896, nos dispone que el criterio de abordar el precedente judicial es meramente facultativo para los jueces, pero con la Sentencia C-836 de 2001 emanada de la Corte Constitucional nos dice otra cosa, ya que le da un alcance normativo superior a la doctrina probable. Y dice textualmente:

En nuestras normas colombianas se registran algunos antecedentes legislativos que han venido dado un valor al precedente, aunque no

con la misma fuerza vinculante que hoy le ha otorgado la Ley 1437 de 2011, y que textualmente lo relaciona de la siguiente forma:

*“Art. 2º.- Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.*

*En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto o del fallo.*

#### DECRETO 2304 DE 1989

**Art. 130.** *Recurso Extraordinario y Asuntos Remitidos por las Secciones. Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.*

#### LEY 446 DE 1998

**Art. 194.-** *Del recurso extraordinario de súplica. El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la Sección o Subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la Sala así lo determina.*

*Sentencias de unificación jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial 129*

**Art. 20.** *Recurso extraordinario de súplica. Derógase el artículo 194, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, del Código Contencioso Administrativo.*

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

**La Ley 1437 de 2011,** al regular los deberes de las autoridades, prescribe: “... al adoptar las decisiones de su competencia deberán tener en cuentas las sentencias de unificación del Consejo de Estado.”

Y en el título V “Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado”, señala:

*Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.*

La ley enunció cuáles sentencias tienen el carácter de “UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL”, que al tenor del artículo 270,

son: Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por: Importancia jurídica, Trascendencia social o económica, Necesidad de unificar jurisprudencia, Las proferidas al decidir recursos extraordinarios, Las relativas al mecanismo de revisión eventual y las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la Corporación o de los tribunales, según el caso” .

#### LEY 954 DE 2005

Artículo 20. Recurso extraordinario de súplica. Derógase el artículo 194, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, del Código Contencioso Administrativo.

#### Ley 1395 de 2010

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

La Ley, la 1437 de 2011 (Nuevo Código Contencioso Administrativo), pone como obligatorio el precedente judicial, no solamente para la jurisdicción contenciosa administrativa, sino también para la administración pública, ya que en su art. 1. Dice lo siguiente:

*“...Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de “autoridades”.*

Vemos entonces, que autoridades involucra a las entidades descentralizadas, implica a todas y no hacen excepción de ninguna, vemos así, que las autoridades deben acudir al art. 3. del Código en donde señala, que todas las autoridades públicas deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos, con la orientación de los principios consagrados en la Constitución Política y en las leyes especiales.

Luego entonces, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, nos dice lo siguiente:

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

Lo anterior quiere decir, que a todas las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, situaciones que tengan los mismos hechos se deberán resolver de forma uniforme, y deberán, por cuanto, tener de presente las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Este postulado nos haría reflexionar que si a una entidad pública como la Gobernación deba resolver una petición, pues entonces, tendrá que acudir en aras de la interpretación consultar la constitución, la ley y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado. En cuanto a la jurisprudencia, dice el postulado que deberán, podría interpretarse que no existe otra opción que realizar este análisis acudiendo a estas fuentes del derecho.

De acuerdo a lo anterior, podríamos decir, que la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado en el campo del derecho público, es obligatoria, siempre y cuando la situación fáctica o de hecho a resolver sea análoga o similar, no dejando de lado las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que tengan que ver con la situación que se pretende resolver, tanto en sede gubernativa como en sede judicial.

La sentencia que amplía este concepto de la extensión de jurisprudencia, es la C-634/11, una Demanda de Inconstitucionalidad presentada para declarar inelquible del art. 10 de la Ley 1437 de 2011:

Artículo 10... al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

*“El ciudadano Lara Sabogal, sostiene que el apartado acusado implica que las autoridades, al adoptar las decisiones de sus competencias, deben sujetarse a las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, lo que excluye a otros fallos con los mismos efectos, en especial los que adopta la Corte Constitucional. Esta consecuencia, en su criterio, vulnera los artículos 4º, 230 y 241-9 de la Carta Política, por las razones que se explican a continuación.*

*La norma acusada excluiría la aplicación de los fallos [de las sentencias de inconstitucionalidad] condicionados, afectándose el principio de supremacía constitucional, en tanto ese escenario permitiría la supervivencia de dichos entendimientos normativos incompatibles con la Carta. Incluso, esa misma posibilidad dejaría sin efecto las interpretaciones que hace la Corte de normas legales cuya determinada comprensión se opone al orden constitucional, entre ellas las que se expresan en decisiones judiciales, cuestionadas mediante la acción de tutela, que contrarían ese ordenamiento superior”.*

El actor pone de ejemplo la discrepancia que existe entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en cuanto a la motivación o no de los actos administrativos cuando se declara la insubsistencia de los servidores públicos SU-917/10. El actor también manifiesta, que el art. 230, ha previsto que las sentencias de inconstitucionalidad son de carácter obligatorio, no de aplicación facultativa. Y también agrega: “...las autoridades deberán de la misma manera al adoptar sus decisiones, tener en cuenta de manera preferente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con temas administrativos que involucren derechos fundamentales.”

En las consideraciones de la corte, afirmó lo siguiente:

*“...Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de otorgar eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado”.*

En la sentencia 539 de 2011, pasó algo parecido, se pretendió declarar inexecutable el art. 114 de la Ley 1395 de 2010, porque dejaba de lado la interpretación de la Corte Constitucional al momento de decidir sobre estas situaciones específicas, facultando sólo esta ley a la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado:

*“Art. 114 de la Ley 1395/2010: ...[l]as entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.”*

La Corte Constitucional, en el análisis de la anterior sentencia, asumió tres posiciones diferenciadas, y son: “...(i) el carácter vinculante reforzado que tienen los precedentes de las altas cortes para las autoridades administrativas; (ii) el papel de la jurisprudencia constitucional en el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho; y (iii) las cargas que deben cumplir las normas legales que reconocen ese carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes jurisprudenciales” .

En cuanto a las autoridades administrativas, precisó lo siguiente: “...normas constitucionales obligan a que la actuación de las autoridades administrativas esté sometida al imperio de la ley [y a la constitución], ello significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo” .

“...las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. || La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución ...”

De acuerdo a todo lo anterior, podemos decir entonces que las autoridades administrativas están comprometidas en hacer cumplir el art. 230 de al C.P., sometidas al imperio de la Ley, que se ve reflejada en los fallos jurisprudenciales de las Altas Cortes, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, para cumplir con el principio de igualdad frente a la ley, el cual es otro precepto constitucional, y cumplir con el presupuesto de que a través de las decisiones se pueda materializar el Estado Social de Derecho que se encuentra en el preámbulo de nuestra Constitución Política.

La Corte Constitucional dice entonces: “...en términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades...”.

Sintetiza entonces esta Corporación, diciendo:

“...[u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”

Luego entonces, la sentencia nos dice que el art. 230 de la C.P. debe entenderse el imperio de la ley, en la aplicación en el estado social de derecho del conjunto de normas constitucionales, legales, valores y objetivos, **incluyendo además la interpretación jurisprudencial de las altas cortes.**

**Mientras que para las autoridades judiciales dice:**

“...La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia

objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales”.

**En cuanto a las autoridades administrativas afirma:**

“...No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración...”

...Adicionalmente, la sentencia aclara que ese deber de acatamiento del precedente cobra mayor intensidad cuando se trata de la jurisprudencia constitucional. Ello en el entendido que, como se ha explicado, las normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes de derecho, entonces las decisiones que determinan su contenido y alcance son ineludibles para la administración, pues lo contrario significaría desconocer la vigencia del principio de supremacía constitucional y los efectos vinculantes erga omnes que el artículo 243 C.P.”

Luego entonces, podríamos concluir que en materia del precedente judicial en la visión de la Corte Constitucional es: que para las autoridades administrativas la aplicación del precedente judicial es obligatoria y para la autoridad judicial es relativamente obligatoria, porque si encuentra este último, una razón por la cual deba apartarse de dicho fallo debe sustentarlo y argumentarlo en aras de una mejor interpretación constitucional de acuerdo al caso en concreto. Y que en tratándose, de los fallos de las altas cortes, los que prevalecen son los de orden constitucional, y más si son en sentencias de inconstitucionalidad porque tienen efecto erga omnes y las sentencias de unificación porque esta última garantiza la igualdad y seguridad jurídica.. Lo anterior lo afirma cuando dice textualmente: “...Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia. Ello en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales.

Pero aquí el gran dilema: “...la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales”.

Miremos lo anterior, entonces a la administración se le da la opción de escoger si encuentra diferencia entre dos posiciones jurisprudenciales de dos Altas Cortes sobre situaciones análogas y le da la opción que escoja la que mejor desarrolle derechos, principios y valores constitucionales. Entonces, en un primer término dijo que prevalecía la de orden Constitucional, y después, que escogiera la que a su preferencia fuera la mejor si se encontraban diferencias de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Pero al final decide lo siguiente:

“...Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, por los cargos analizados en esta sentencia, **en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.**

## 1.2 OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la sentencia C-037 de 1996, dice lo siguiente:

“Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1o. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza

vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”.

Luego entonces, lo definido quedó en lo resuelto de la sentencia, ya que es de carácter obligatorio, y más si es una sentencia de inconstitucionalidad, porque la misma Constitución Política dice que produce efecto erga omnes, y la ratio decidendi de las sentencias también es tenida en cuenta al momento de aplicar los jueces el sistema normativo, pero en este caso en aras de la interpretación de la norma acusada tiene prevalencia los preceptos constitucionales dictados por la Corte Constitucional.

## 1.3 PROCEDIMIENTO PARA APLICAR LA EXTENSION DE LA JURISPRUDENCIA A TERCEROS EN LA ADMINISTRACION

PUBLICA

Es inevitable tener que utilizar el derecho de petición consagrado como derecho fundamental para poder conseguir obtener otro derecho en sede gubernativa, es decir, se utiliza un instrumento fundamental para conseguir otro derecho amparado en el derecho a la igualdad.

El Código Contencioso Administrativo, nos indica lo siguiente:

“...

En desarrollo del anterior principio, el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, prevé el procedimiento de la extensión de la jurisprudencia a terceras personas, consistente en que los efectos de la jurisprudencia contenida en una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido una situación jurídica, puedan ser extendidos por la autoridad administrativa a otras personas, siempre que en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado.

Para ejercer tal derecho, el interesado presentará petición ante la autoridad competente señalando que se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada; adjuntando las pruebas que tenga en su poder junto con la copia o referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

La administración deberá decidir en el término de 30 días contados desde la recepción de la petición y la podrá negar cuando sea necesario llevar a cabo alguna práctica de pruebas, para lo cual adelantará el respectivo trámite; cuando las razones erguidas por el peticionario sean diferentes a los supuestos de la sentencia invocada.”

Finalmente cuando las normas aplicables al caso deban ser interpretadas de una manera diferente a la expuesta en la sentencia invocada.

Ahora bien, si transcurridos treinta días hábiles sin que se notifique decisión alguna o la misma sea negada, el peticionario podrá acudir de manera directa al Consejo de Estado y solicitar la extensión de la jurisprudencia a terceros, dicho procedimiento por su parte se encuentra regulado en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, para ello además de los requisitos formales dispuestos en la citada disposición se adjuntará copia de la actuación surtida ante la autoridad competente (artículo 102).

Ahora bien, una vez vencido el término de traslado de treinta días a la administración, el Consejo de Estado dentro de los quince días siguientes a la notificación de las partes, celebrará audiencia en la cual se escucharán a las partes y se adoptará la correspondiente decisión.

En un caso reciente de petición de extensión de la jurisprudencia a terceros realizado ante la DIAN, se rechazó por lo siguiente:

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION CUARTA  
Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA  
Bogotá D. C., primero (1) de febrero de dos mil trece (2013)  
Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00045-00(19718)  
Actor: CASA DE CAMBIOS UNIDAS S.A.  
Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS

## NACIONALES AUTO SOLICITUD DE EXTENSION DE JURISPRUDENCIA

Llega al Despacho el proceso de la referencia para dar trámite a la solicitud de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, de conformidad con el artículo 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)

### ANTECEDENTES

1. El 1º de agosto de 2012, la sociedad actora, a través de apoderado, radicó escrito ante la U.A.E. DIAN Nivel Central para que, según lo dispuesto en el artículo 102 del C.P.A.C.A., extendiera los efectos de seis sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado[1] en las que se anulaban actos administrativos particulares que liquidaban IVA en las operaciones de pago de divisas[2], en situaciones fácticas y jurídicas que, a su juicio, son igualmente aplicables a la sociedad CASA DE CAMBIOS UNIDAS S.A.

2. Mediante oficio 053722 del 24 de agosto de 2012, la DIAN negó la solicitud presentada por la actora, porque con fundamento en los artículos 269 y 270 del C.P.A.C.A., «la sentencia de unificación jurisprudencial es una clase especial de sentencia expedida por el Consejo de Estado en la cual se manifiesta la voluntad de sentar una posición jurisprudencial sobre un tema en que sean idénticos los fundamentos de hecho y derecho; en consecuencia no es posible acceder a su petición por no existir competencia en sede administrativa para proferir las sentencias de unificación de que tratan los artículos mencionados (...)»[3].

### SOLICITUD DE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

En virtud de la respuesta obtenida a la solicitud presentada a la DIAN, la actora, presentó escrito ante esta Corporación para que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 269 C.P.A.C.A., se ordene “la aplicación de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a UNIDAS S.A., quien tuvo que pagarle al Estado un IVA que no tenía fundamento legal”.

Sostiene que CASA DE CAMBIOS UNIDAS S.A. está en idéntica situación de hecho y de derecho de dos contribuyentes a quienes la Sección Cuarta del Consejo de Estado les anuló las actuaciones administrativas mediante las cuales la DIAN les modificó la base gravable del IVA para tener como gravados los reembolsos de dinero que hacían los corresponsales del exterior a los pagadores de giros internacionales”.

Como pudimos observar, se declaró improcedente la solicitud de extensión de la jurisprudencia a terceros, por dos razones fundamentales: no existen jurisprudencias extendidas que haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia o por necesidad de unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del C.P.A.C.A. prevé que las puede proferir: La Sala Plena y las Secciones de lo Contencioso Administrativo; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios; las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996; este Despacho observó que las sentencias respecto de las cuales se solicita la extensión de sus efectos no cumplen los presupuestos legales antes indicados para que proceda el trámite y estudio de la solicitud.

La DIAN al no haber dado traslado de la solicitud de la actora a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como lo

dispone el artículo 615 del C.G.P., este Despacho advierte que dada la improcedencia de la solicitud, por los motivos que han sido expuestos, resultaría inocuo adoptar medidas para subsanar la omisión pues surtido nuevamente el trámite administrativo, no modificaría la razón por la cual no puede darse trámite a la solicitud.

### CONCLUSIONES PARCIALES

En conclusión, las sentencias de inconstitucionalidad son obligatorias para todos los colombianos, porque la misma constitución lo dispone; mientras que las sentencias de unificación de las altas cortes (Consejo de Estado, Corte Constitucional) son obligatorias para la autoridad pública, pero teniendo prevalencia de las sentencias de la Corte Constitucional en caso de existir dos posiciones diferentes de interpretación una misma situación fáctica, y, para el sector judicial son obligatorias las sentencias de unificación de las Altas Cortes (Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia) y que esta última, para apartarse de una posición jurisprudencial uniforme debe ser sustentada por qué se aparta del precedente, y se hace, en cuanto a una mejor interpretación de la ya dada.

La extensión de la jurisprudencia a terceros se hizo con la finalidad de salvaguardar el derecho fundamental que tenemos los colombianos de gozar de a igualdad, y se crea esta figura también para descongestionar la jurisdicción contenciosa administrativa y utilizar el precedente judicial unificado tanto en el Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, esta última con un grado de preferencia mayor a las sentencias del Consejo de Estado, sin perjuicio que si se escoge extender la jurisprudencia del Consejo de Estado se haría en aras de una mejor interpretación para el administrado.

Hay que precisar que en la sentencia de inconstitucionalidad 634 de 2011, es la más reciente para la aplicación del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto, lo resuelto en esa sentencia tiene efecto erga omnes, es decir, para la autoridad pública es obligatorio el precedente judicial y tiene valor preferente las decisiones de sentencias de unificación que haya tomado la Corte Constitucional, a pesar de haberse dicho en la parte considerativa de la sentencia que la autoridad pública puede escoger entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, lo cual no fue muy acertado, ya que al manifestar esta posibilidad al momento de interpretar la norma, se podría presentar el choque de trenes en el procedimiento administrativo colombiano en ese gubernativa al existir la posibilidad de escoger entre estas dos altas cortes, lo que no promovería el principio que se quiso proteger con unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado que era la igualdad frente a la ley.

Efectivamente, las sentencias “SU” y “C” hacen parte del contenido del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 y deben aplicarse de manera preferente a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la dificultad tal como se expone en el Observatorio de la Ley 1437 de 2011, es si al extender la jurisprudencia constitucional de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, ya que estas parten de un análisis en abstracto del contenido de la norma demandada. Sin embargo, en el evento en que se solicite la extensión de jurisprudencia de este tipo de providencias, será deber del juez contencioso administrativo evaluar si, de las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional, se desprende una situación particular o una interpretación que se amolde al caso en concreto”.

## BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. (2000) Para una explicación más detalladas desde la doctrina comparada, Vid. Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho. Fontamara. México.   
Ámbito Jurídico # 309, noviembre 1 a noviembre 14 de 2010, p. 12.   
Ámbito Jurídico # 314, enero 31 a febrero 14 de 2011, p. 16.
- Congreso de la República. (2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (1ª ed., Vol. 1). (H. A. Olano García, Ed.) Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION CUARTA Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá D. C., primero (1) de febrero de dos mil trece (2013)- Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00045-00(19718)
- Hernán Alejandro Olano García . “El precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo”. Abogado, con estancia Pos Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España; Doctor Magna Cum Laude en Derecho Canónico; es Magister en Relaciones Internacionales y Magister en Derecho Canónico y posee especializaciones en Bioética, Derechos Humanos, Liderazgo Estratégico Militar y Derecho Constitucional.   
Decreto 2304 de 1989.
- LEY 1437 DE 2011.   
Ley 446 de 1998.   
LEY 954 DE 2005.   
Ley 1395 de 2010.
- Mora Restrepo, G. (2009). Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales (1ª ed., Vol. 1). Buenos aires, Argentina: Marcial Pons. [ Links ]
- Tamayo Jaramillo, J. (1 de noviembre de 2010). El precedente jurisprudencial obligatorio y el fin de la democracia en Colombia. *Ámbito Jurídico*, p. 12. [ Links ]
- Taruffo, M. (2007). Precedente y Jurisprudencia. (U. I. Cali, Ed.) Precedente, pp. 85-99. [ Links ]
- Germán López, el gobierno de los jueces. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001525>   
-Carlos Molina, controversias constitucionales   
-Manuel José Cepeda, Polémicas constitucionales.   
-Carlos Betancur, Herejías constitucionales.   
[http://books.google.com/books?id=RXpHo1qD0QQC&pg=PA264&dq=Carlos+Betancur,+Herej%C3%ADas+constitucionales&source=bl&ots=Gm5H6\\_hGNz&sig=jRX--tzLYVvk6X\\_6teu4koeIgyrg&hl=es&sa=X&ei=GD8EUqmyK7Xe4AOcpoGoBA&ved=0CDQQ6AEwAg#v=onepage&q=Carlos%20Betancur%2C%20Herej%C3%ADas%20constitucionales&f=false](http://books.google.com/books?id=RXpHo1qD0QQC&pg=PA264&dq=Carlos+Betancur,+Herej%C3%ADas+constitucionales&source=bl&ots=Gm5H6_hGNz&sig=jRX--tzLYVvk6X_6teu4koeIgyrg&hl=es&sa=X&ei=GD8EUqmyK7Xe4AOcpoGoBA&ved=0CDQQ6AEwAg#v=onepage&q=Carlos%20Betancur%2C%20Herej%C3%ADas%20constitucionales&f=false)
- RICARDO SEGURA, Mario. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL VS UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL
- VARGAS RINCÓN, Alfonso (Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado) Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código.