

INFORME FINAL

JERARQUÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

**ANA MARÍA ESPITIA MEDINA
GABRIEL MARIO GÓMEZ SERNA**
Investigadores

**ASESORA:
DRA. MÓNICA BUSTAMANTE RÚA**

**MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN – UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ORIENTE
COHORTE 2
2017**

TABLA DE CONTENIDO

1- TITULO.....	5
2- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
3- MARCO TEÓRICO.....	14
3.1- CAPITULO 1.....	17
FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.	
3.1.1 Aproximación histórica sobre las fuentes de Derecho.....	17
3.1.2 Sobre la definición y clasificación de fuentes del Derecho.....	21
3.1.3 Sistemas de fuentes en Colombia antes de la expedición de la Constitución de 1991.....	26
3.1.4 Las fuentes del Derecho en Colombia después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.....	31
3.1.5 Clasificación de fuentes de Derecho.....	36
3.1.5.1. La Constitución Nacional.....	36
3.1.5.2. La Ley.....	37
3.1.5.3. La Costumbre.....	41
3.1.5.3 Principios generales.....	41
3.1.5.4 La jurisprudencia.....	41
3.2 CAPITULO 2.....	45
PRECEDENTE VINCULANTE.....	45
3.2.1. Diferencia entre precedente y jurisprudencia.....	45
3.2.1.1. Doctrina probable.....	51
3.2.1.2 Precedente como fuente de derecho.....	53
3.2.2. Precedente vinculante en el sistema Continental Europeo.....	59
3.2.3. Precedente vinculante en Colombia.....	65
3.2.4 Autonomía Judicial.....	71
3.3. CAPITULO 3.....	83

EL PRECEDENTE COMO FUENTE DE DERECHO PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	83
3.3.1. Nociones de Administración Pública.....	83
3.3.2. Referentes históricos del Derecho Administrativo.....	85
3.3.3. La administración como función reglada.....	88
3.3.4. El precedente como fuente de derecho para la Administración Pública.....	95
3.4. CAPITULO 4.....	107
EL MECANISMO DE EXTENSION DE JURISPRUDENCIA.....	107
3.4.1. Sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado.....	113
3.4.2. La extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades Administrativas.....	132
3.4.3. La extensión de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado.....	136
3.4.4. Aspectos problemáticos.....	149
4- OBJETIVOS.....	152
4.1 OBJETIVO GENERAL.....	152
4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	152
5- PROPÓSITO.....	153
6- HIPÓTESIS.....	154
7- METODOLOGÍA.....	155
7.1. Método y tipo de estudio.....	155
7.2. Diseño del plan de datos.....	155
7.2.1. Gestión del dato.....	155
7.2.2. Obtención del dato.....	156
7.2.3. Recolección del dato.....	156
7.2.4. Control de sesgos.....	157
7.2.5. Prueba piloto.....	158
7.2.6. Plan de análisis.....	158

7.2.7. Procesamiento del dato.....	158
8- RESULTADOS.....	160
9-DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	160
10-CONCLUSIONES.....	170
11-RECOMENDACIONES.....	179
12-ÉTICA.....	182
13- BIBLIOGRAFIA.....	183
ANEXOS.....	197

1. TÍTULO

JERARQUÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LAS FUENTES FORMALES DE DERECHO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A fin de establecer a través del análisis de diferentes conceptos cómo el problema de administrar justicia o de emitir actos administrativos se torna en una actividad compleja, se verá cómo en ambos escenarios es necesario identificar primero cuál es la fuente que respalda sus actuaciones, lo que da pie a identificar las fuentes del derecho. Se tiene entonces que las fuentes del derecho en su aplicabilidad, en cuanto a preferenciales e ilustrativas, se dividen en dos tipos: fuentes formales y fuentes materiales.

Las fuentes materiales del derecho se entienden como aquellas circunstancias inherentes a la naturaleza humana que influyen de alguna manera en la formación jurídica de la sociedad, pues aspectos como los cambios políticos del momento, el régimen gubernamental que impere, el aspecto económico y las creencias sociales, necesariamente enfocan en uno u otro sentido el ordenamiento jurídico (Peña, 2011, pp. 91-111), y dependiendo de este tipo de situaciones, muy particulares de cada conglomerado, se otorga mayor o menor estima a valores que posteriormente, al positivarse en el ordenamiento, desembocan en principios y normas rectoras a partir de las cuales se desarrolla el sistema jurídico normativo.

Por otro lado, referente a las fuentes formales del derecho, se habla inicialmente de que la ley es por excelencia su fuente principal, sin embargo, conforme se han constitucionalizado los Estados, la carta política ha cobrado un papel protagónico, tanto así que incluso ha subsumido la legislación. Ello da pie entonces a considerar la necesidad de otros elementos para desarrollar de mejor manera el sistema de fuentes, y es allí donde se ha permitido a la jurisprudencia hacer carrera como fuente principal del derecho, para lo cual se ha recorrido un arduo camino en el que se ha reconocido su validez de manera paulatina, entendiéndose en diferentes momentos de la historia como criterio auxiliar o como precedente vinculante para la adopción de decisiones judiciales, y se ha reconocido también que no toda decisión

de un tribunal de cierre constituye precedente ni tampoco lo es toda providencia completa (López, 2009, pp. 3-28).

En vista de que ambos escenarios donde se bifurcan las fuentes del derecho son bastante extensos, es preciso centrarse en el área que enmarca el problema jurídico que se ha delimitado en acápite anteriores, y por ende desde ahora se dirá que la ubicación del tema que nos convoca se centra en las fuentes formales del derecho, pues, además de la Constitución y la ley, también la jurisprudencia es fuente basilar del derecho.

El tema de obligatoriedad del acatamiento jurisprudencial ha sido motivo de pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, que reconoce tres situaciones puntuales que otorgan el carácter de vinculatoriedad u obligatoriedad a la jurisprudencia y son ellas:

1. El carácter vinculante que tienen los precedentes de las altas cortes, que se extiende hasta la administración pública.
2. La jurisprudencia constitucional.
3. Las cargas que deben cumplir las normas legales que reconocen ese carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes jurisprudenciales (Corte Constitucional, C-539, 2011).

Antes de llevar a cabo el análisis puntual acerca del *precedente*, se hace necesario esbozar que la sola interpretación del concepto se suele confundir con otra figura jurídica, como lo es la *jurisprudencia*, y ambos términos se pueden utilizar indistintamente para aludir a la obligatoriedad de una decisión judicial, ya sea de una alta corporación o de un órgano superior o incluso la emanada del mismo operador jurídico, pero lo cierto es que ambos conceptos, aunque tienen relación en cuanto a que emanan del operador judicial, presentan serias diferencias que impiden que sean tenidos como sinónimos.

Como se trató con anterioridad, la necesidad de interpretación de las normas y su utilización o inaplicabilidad en casos puntuales hicieron que las providencias judiciales de las altas cortes fueran de gran acogida a título de ilustración de las normas jurídicas; por ende tenemos que de allí nació el concepto de jurisprudencia, como el cúmulo de decisiones emitidas por los tribunales de cierre que en sí mismas abarcan y analizan diferentes casos que generalmente arrojan un criterio unificador, que despliega luz sobre la resolución de los casos concretos y genera un escenario de seguridad para los destinatarios de la norma, al percibir una similitud entre la decisión dada a su problema, frente a un caso similar en el que son otros los protagonistas; ello teniendo en cuenta que dichos criterios unificadores pueden variar conforme avanza el tiempo y se crea la necesidad de dar un enfoque nuevo a la resolución de conflictos, y las pautas utilizadas con antelación ya no resultaren suficientes para aplicar al espacio y tiempo actuales, es decir que la evolución social puede generar variación jurisprudencial, sea implementando elementos nuevos o desechando aspectos decantados por considerarse inoperantes para la época.

Para el caso del precedente, una de las principales diferencias que lo separa de la jurisprudencia es que no se encuentra inmerso en toda la decisión, sino que se constituye básicamente en el argumento central de aquella y tiene la suficiente fuerza como para fijar un criterio fuerte para resolver de la misma forma los casos venideros. Esto permite, entonces, abarcar otra diferencia entre ambos conceptos, y es que no necesariamente el precedente se forja en los pronunciamientos de las altas cortes, puesto que en no pocas oportunidades el caso puntual no ha sido abarcado por éstas, o si bien lo ha sido, puede no resultar aplicable en ese escenario en particular y generar los mejores resultados, lo que permite ver que un juez de primera instancia pueda crear precedente para sí mismo, eso sí, con la carga inmersa de que para variar su postura deberá otorgar razones suficientes que permitan concluir que ya no es dable dar la misma solución a un nuevo problema.

A fin de complementar lo relacionado más arriba, acerca del alcance de la obligatoriedad de un precedente, es pertinente clarificar que la decisión judicial en sí

comporta diferentes elementos, y que no todos ellos de manera indiscriminada son los que legitiman el aspecto vinculante. Habrá entonces que diferenciar entre la parte resolutive de la providencia, conocida también como *decisum*, el argumento central que debe ir directamente relacionado con el enfoque de la decisión, sin el cual habría sido imposible arribar a esta conclusión, designado como *ratio decidendi*, y los argumentos complementarios, conocidos como *obiter dicta*, que pueden incluso apartarse de los elementos propios del problema jurídico por resolver, y que se adelantan a fin de clarificar aspectos o establecer dichos de paso.

Estos tres aspectos hacen parte integrante de la providencia judicial, pero no en todos nace lo que se conoce como precedente vinculante, pues se verá cómo la decisión de un caso particular únicamente resuelve un tema discutido entre los sujetos procesales designados al inicio del proceso, y los aspectos que el fallo consagre solo a ellos les serán exigibles, impidiéndose la extensión indiscriminada a terceros. Por otro lado, en lo que respecta a los argumentos *obiter dicta*, aunque son útiles y tienen fines ilustrativos que pueden resultar muy interesantes, no es menos cierto que aun prescindiendo de ellos el cuerpo de la decisión quedaría incólume y no causaría un efecto diferente en la sentencia. Así, la *ratio decidendi* queda como cuna del precedente por ser un argumento central que enmarca el problema jurídico, realiza un recuento de este, lo analiza y extrae para sí una solución que será la base para afrontar problemas venideros encaminados en el mismo sentido.

El tema puntual ha sido abordado por la Corte Constitucional en sentencia de unificación, que estableció las bases para arribar a la presente conclusión de la siguiente manera:

Ahora bien, estos diversos componentes de una sentencia tienen distinta obligatoriedad en el Common Law. Así, el *decisum*, una vez que la providencia está en firme, hace tránsito a cosa juzgada y obliga a los partícipes en el proceso. Sin embargo, y contrariamente a lo que a veces se piensa, esta parte resolutive no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Por ello, en el sistema

del Common Law es claro que el precedente vinculante es la ratio decidendi del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra Lord Jessel, en el caso *Osborne v Rvlet* de 1880, en donde precisó que "la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión". Finalmente, los obiter dicta tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un dictum constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces. (Corte Constitucional, SU-047, 1999).

La aplicación directa de la ley como fuente formal de derecho no siempre es un escenario tan sencillo y claro, pues no son pocas las oportunidades en las que se observa que el operador judicial o administrativo referencian una disposición legal, pero la aplicación que se le da deviene necesariamente de la interpretación a ella otorgada, la cual varía de un despacho a otro, precisamente por la ambigüedad en la redacción de algunos textos. Esta situación representa inseguridad para los administrados, que obtienen una resolución del caso concreto dependiendo del criterio del operador en reparto; una situación que, evidentemente, se torna en un problema, habida cuenta de la inseguridad que ello causa.

Precisamente esta problemática hace indispensable que los conceptos derivados de la interpretación normativa tengan un asidero común, es decir que los operadores judiciales o administrativos, sin transgredir el principio de discrecionalidad, tengan claro cuál es la aplicación unificada que debe darse a las leyes vigentes, y por ello el órgano de cierre es el que debe desplegar esa labor unificadora y garante de la aplicación efectiva del principio de igualdad, y los organismos inferiores deben a su vez enraizar el compromiso de analizar la problemática a la luz de los postulados ya dados por estas cortes y determinar si se aplican o no, y, en caso de apartarse, dar razones de peso que justifiquen una resolución diferente y no dejar esa inaplicabilidad sin fundamento, es decir, no apartarse simplemente por desconocimiento de la jurisprudencia, por desidia hacia ella o por negligencia de efectuar un análisis responsable del problema en marras, porque separarse del criterio unificador de manera arbitraria puede desembocar en consecuencias para

la decisión de fondo, por ejemplo una revocatoria o un decreto de nulidades, lo que necesariamente suma un inconveniente más al problema de administración efectiva de justicia, como es la dilación innecesaria de una decisión ejecutoriada o la recurrencia a mecanismos extraordinarios como acciones constitucionales o, descendiendo al caso puntual, la promoción de acciones contencioso administrativas frente a resoluciones de la administración pública atacando aquellas por causales tales como vías de hecho, falso raciocinio o motivación, y la más clara de ellas, desconocimiento del precedente; ello sin mencionar las acciones disciplinarias que de allí pueden desprenderse para los funcionarios responsables por esta clase de situaciones.

En el caso de extensión de jurisprudencia a terceros, se tiene que por la reiterada problemática social en temas puntuales (como son: reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de trabajadores o afiliados, daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos o conscriptos, o conflictos tributarios o aduaneros), se ha dispuesto que el órgano de cierre administrativo, que es el Consejo de Estado, emita cinco disposiciones en un mismo sentido para que se dé aplicación directa a la solución del conflicto, lo que implicaría incluso que el administrado se ahorre el desgaste, el costo y el tiempo que un trámite judicial ordinario conlleva.

Bajo este presupuesto, es importante indagar si las fuentes del derecho decantadas para la administración pública distan o se concatenan con las que imperan en el nivel jurisdiccional. Si bien es cierto que la aplicación normativa en el territorio nacional debe estar encaminada en una sola dirección, donde precisamente es prioridad la solución a la problemática social, no es menos cierto que existe otro evento importante, como lo es la división de poderes, que acarrea en sí mismo una autonomía operativa y en cierta medida resolutive, y de allí nace la necesidad de indagar si las decisiones que emanan del tribunal de cierre de la administración signan para esta un mecanismo auxiliar interpretativo, o si por el contrario lo que representan es una directriz obligatoria, cuyo desconocimiento necesariamente

signifique una consecuencia para el operador; de igual forma, si esta consecuencia existe cuál sería y bajo qué circunstancias habrá de hacerse efectiva.

Igualmente, se hace necesario indagar sobre la forma de aplicar el precedente en asuntos que impliquen conciliación o disposición del derecho por parte de la entidad pública, pues, por un lado, está la obligación de aplicar el precedente, dado que las decisiones en el mismo sentido emitidas por el tribunal de cierre así lo permiten, y, por otro lado, la de acudir al procedimiento establecido en la ley de agotar una conciliación, que implica realizar la audiencia para tal fin ante la Procuraduría General de la Nación, y su posterior aprobación por parte del juez o el tribunal contencioso administrativo.

Este caso es relevante en el entendido que se ha venido analizando hasta ahora, que el fin último de extender el precedente judicial a la administración pública es optimizar tiempo y recursos públicos, al resolver asuntos de aparición frecuente de una forma celerе a sabiendas de que se encuentran suficientemente decantados, e inane se hace desgastar al órgano jurisdiccional con un debate que de antemano ya se sabe cómo habrá de resolverse, pues resolverlo de otra manera atentaría necesariamente contra los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Es allí donde el control judicial posterior se convierte en un aspecto de especial análisis, que permita concluir si esta figura extensiva lo excluye tácitamente a modo de cumplirse con el fin propuesto o si, por el contrario, el control continúa fungiendo como requisito indispensable de validez para la resolución del conflicto por vía de conciliación, y hasta qué punto va en contravía de los fines abordados mediante la aplicación de la extensión de jurisprudencia a terceros.

Si se concluyera que no es necesario agotar la conciliación y la entidad pudiera decidir directamente, al no existir controles surge otro punto interesante para la investigación, y es indagar acerca de las consecuencias que esto traería, pues al

eliminar el control judicial podría pensarse a priori que habría lugar a la materialización de actos de corrupción.

Otra dificultad que se puede presentar es que para que este mandato adquiera plena eficacia respecto del operador jurídico, se deben colmar las exigencias de la publicidad, entendida no solamente en su sentido formal de notificar y publicar las sentencias, sino también en su connotación material de dar mayor accesibilidad y difusión masiva en forma sistemática al precedente judicial de las altas cortes, puesto que sin publicidad la exigencia de legalidad se torna inocua, porque mal podría exigirse su aplicación sin haber garantizado previamente su publicidad (Mantilla, 2011, p. 126).

El asunto de la publicidad no solamente enmarca a los administradores como destinatarios de las reclamaciones efectuadas para el reconocimiento de derechos, ella también se extiende para los administrados, que serían quienes acuden a reclamar los derechos que consideran radicados en cabeza suya, porque a partir del conocimiento de los precedentes sentados por el órgano de cierre, podrán escoger si elevan la reclamación a través de la aplicación de la extensión de jurisprudencia o si acuden a la reclamación a través de la jurisdicción ordinaria.

Para lograr arribar a estas u otras conclusiones es menester primero formularse el siguiente interrogante. ¿Cuál es la jerarquía, el precedente judicial dentro de las fuentes formales del derecho en la administración pública en Colombia?

3. MARCO TEÓRICO

En lo que atañe al precedente jurisprudencial se pudo establecer que ha sido tema de interés en diferentes áreas del derecho, incluso se hallaron análisis en el área de la administración pública; sin embargo, en el proceso investigativo, no se encontró un abordaje del precedente, desde la perspectiva que se pretende dilucidar en esta instancia, como es la jerarquía que éste tiene; si es fuente de derecho obligatoria en la toma de decisiones o si por el contrario se torna en un criterio auxiliar del que puede disponer a su arbitrio el operador administrativo.

Del rastreo realizado a las investigaciones comunes, se hicieron algunos hallazgos que a continuación se relacionan, a fin de concluir como ya se anticipó, que el presente trabajo aborda un aspecto novedoso, como es la búsqueda del lugar que el precedente tiene en la administración pública.

Para obtener su título de abogada, Clara Rocío Usme Camacho (2013) presentó un trabajo de grado ante la Universidad Católica de Colombia que titula “Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al recurso de unificación de jurisprudencia”. En él la investigadora pretendía encontrar la influencia del precedente en el sistema judicial, diferenciando para ello criterios propios del sistema del Common Law, y estudiar cómo los fallos del Consejo de Estado son herramientas para resolver problemas jurídicos y atender necesidades sociales.

A fin de abordar el objetivo propuesto, realizó un análisis descriptivo acerca del desempeño de los fallos judiciales del Consejo de Estado al tener en cuenta criterios de unificación.

Al final de la labor realizada, concluyó que de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, los elementos de una sentencia son: la decisión, que es la misma resolución del caso concreto, que va en igual sentido de la *ratio decidendi*, que obligara a adoptar la misma decisión en casos similares; a su vez arriba a la

conclusión de que el Consejo de Estado utiliza el precedente como criterio para que los jueces subordinados y las autoridades administrativas resuelvan en forma similar negocios jurídicos. Señala, además, que la Corte Constitucional da un valor excepcional a la jurisprudencia, y que la unificación y la excepción de jurisprudencia son figuras que permiten al ciudadano hacer requerimientos con celeridad y eficacia.

Como se acaba de ver, este trabajo aborda la problemática del precedente desde un plano general, sin hacer distinción entre la administración de justicia y la administración pública, y hace más énfasis en el primer aspecto, no indaga acerca del papel que en sí misma la figura representa en el objeto de estudio, pues hace una relación de la utilidad del elemento, pero no analiza su alcance ni lo jerarquiza.

Continuando con el análisis del estado del arte en el medio, otro trabajo de grado denominado “Por qué el precedente judicial debe ser un parámetro de legalidad por vía de excepción en los actos administrativos”, desarrollado por la estudiante de especialización de la Universidad de Medellín, Xiomara Gaviria Cardona (2012), se enfoca en determinar la forma de operación del precedente en los actos administrativos y verificar si es posible su control por vía de excepción.

Se cuestiona acerca de la razón por la cual el precedente debe ser un parámetro de control de legalidad por vía de excepción de los actos administrativos. Como hipótesis refiere que el precedente es una expresión directa de la ley y por ende se constituye en sí mismo en parámetro de control legal, incluso por vía de excepción.

Se concluye en este trabajo que los jueces tienen a su alcance normas y hechos para la resolución de los casos puntuales sobre los que tienen conocimiento, pero la administración municipal no, sin embargo, debe adecuar sus decisiones a parámetros legales, lo que incluye la observación del precedente.

El control a este tipo de situaciones se puede ejercer por vía de excepción, lo cual remediaría las irregularidades de un acto expedido en forma indebida. La

investigación de Gaviria Carmona se distancia de la presente propuesta en el objetivo abordado, pues si bien es cierto que se enfoca en el tema de la administración de justicia, abandona todo interés por indagar acerca de la figura del precedente desde su misma naturaleza y el bagaje histórico que tiene para adoptar la posición en que se encuentra hoy en día, elemento que nutre la labor de la presente investigación.

Así las cosas y visto que la presente propuesta es viable por permitir el acceso a nuevos conceptos, se abordará en cuatro capítulos de la siguiente forma.

CAPÍTULO 1

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

1.1 Aproximación histórica sobre las fuentes del derecho

Hablar de fuentes del derecho significa hacer referencia al estado puro del derecho, lo cual se entiende como la exploración de los cimientos originarios en que funda toda su estructura. Para entender la evolución de este concepto, ha de hacerse remisión a la época del predominante iusnaturalismo, en la cual se asumía el derecho como un ideal eterno, perenne e invariable, que estaba implantado en la naturaleza humana. Así lo afirma Portalis (2014, p. 12) al indicar que existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, y es la razón natural, en tanto que gobierna a todos los hombres.

En esta perspectiva convergen la ética jurídica metafísica y la sociología del derecho, y se entendería que el derecho emanado de la naturaleza puede ser aprehendido por medio de la razón, y se convierte, como lo decía Rousseau (1999, p. 7), en una expresión de libertad e igualdad.

Posteriormente, hacia finales del siglo XVIII, muchos de estos postulados fueron recogidos por la Revolución francesa, especialmente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁹, a partir de la cual se definieron por primera vez los derechos de los ciudadanos y de las comunidades, y por supuesto los derechos universales, cuya influencia directa emanaría de aquel derecho natural. Así las cosas, la ley surgiría para entonces como fuente primigenia del derecho, vinculando de manera absoluta al juez, quien se convertiría simplemente en un operador de ella. En palabras del barón de Montesquieu, “los

⁹ Esta declaración fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789 y se convirtió en el prefacio de la primera Constitución francesa del año 1791.

jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley” (1906, p. 237).

Años después se consumaría lo anterior en la ilustre obra jurídica napoleónica, el Código Civil Francés de 1804, el cual instituía un sistema regulado de leyes como fiel expresión del racionalismo jurídico, es decir, de un derecho natural racional, unificador del Estado y afirmador de los derechos del ciudadano, la libertad y la igualdad, que de dicho modo constituyen un sistema jurídico. Así lo definió Gómez Serrano (2008, p. 19): “Con el Código, ya no serían provenzales, bretones, alsacianos, sino franceses. El derecho es la razón universal, la razón suprema fundada en la naturaleza misma de las cosas”. Poco a poco se fue instaurando un culto por la ley escrita, al mismo tiempo que se erigía la preponderancia del legislador en la medida en que toda decisión judicial tenía que estar fundada sobre la base de las leyes escritas, es decir, sobre la voluntad de quien las crea.

Durante décadas, fueron muchos los fervientes propulsores de la codificación y del imperio de la ley escrita, entre ellos los agrupados en la llamada escuela de la exégesis¹², quienes sostenían radicales posiciones como la expuesta por Bonnecase:

Un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella, más no acerca de ella. (...) Nada está sobre la ley, y eludir las disposiciones so pretexto de su contraste con la equidad natural, no es otra cosa que prevaricar. (Citado en Vigo, 2012, p. 196)

En las postrimerías del siglo XIX, el Código de Napoleón comenzó a entrar en decadencia y se empezaron a encontrar sus lagunas e injusticias. Raymond Saleilles (1904, p. 122) destacó que, además de la ley, el estudio del derecho debía

¹² La escuela exegética surgió en Francia a raíz y con motivo de la publicación del Code Civil, y se mantuvo durante casi todo el siglo XIX. Su metodología consistió en la fe en el hombre como portador de la razón, y la fe en el poder omnímodo del legislador en cuanto le era dado transformar la razón en ley escrita, lo que se convirtió en la verdadera causa determinante del Código.

comprender a su vez el de las fuentes subsidiarias, es decir, debía emplearse también el método de la analogía, la precisión de las formas de conciencia colectiva y sobre todo el derecho comparado, de este modo reconocía que existían además unos principios superiores a la ley escrita, devenidos del derecho natural y que servían como inspiración para la creación del derecho positivo.

A partir del siglo XX, entre las distintas culturas jurídicas del mundo, se destacarían principalmente dos mayoritarias. La primera, justamente influenciada por las codificaciones liberales del siglo XIX, creadas a partir de las revoluciones estatales que se abanderaron bajo los principios de libertad, igualdad y seguridad, y donde se utiliza la ley como principal fuente del derecho. A esta cultura se la ha denominado “sistema continental europeo”, y dentro de él se ha identificado usualmente a un grupo de países, entre ellos Francia, Alemania, Italia, así como los países que éstos han colonizado o influenciado.

La segunda cultura jurídica mayoritaria se denomina “sistema anglosajón” — también conocida como *common law*—, cuyo sistema jurídico fue el heredero del que se aplicó en la Inglaterra medieval, y que precisamente hoy en día aplican en la mayoría de territorios que tuvieron influencia de la colonización británica, tales como: Gales, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, entre otros (Mago y Alegre, 2008, p. 230). A diferencia del sistema continental europeo, se caracteriza por la preponderancia de la jurisprudencia como fuente principal del derecho, por encima de la ley escrita.

Para comprender mejor lo anterior, las escuelas jurídicas anglosajonas se valen de dos aforismos: el primero, un postulado kantiano que señala que algo puede ser correcto en teoría, pero no sirve para la práctica (*Über den Gemeinspruch Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*) (Kant, 2002). Y el segundo, un apotegma de tradición inglesa que permite distinguir y establecer la

contraposición que pueda existir entre la ley propiamente dicha y el derecho: “*It is law, but is not right*”¹⁷.

Finalmente, en contraposición, para el positivismo jurídico toda acción jurídica debe estar inscrita dentro del marco de la *rule of law* (regla de derecho), esto es, que revista un grado de previsibilidad para los destinatarios, lo que se traduce en una cierta especie de confianza jurídica para salvaguardar la ley de la arbitrariedad, partiendo de que la justicia no puede depender ni de la voluntad del legislador ni de la decisión personal de un juez, y así se logra —según esta corriente— construir un sistema de justicia sólido e independiente (Papadopoulos, 2008, p. 23).

Lo cierto es que, en la actualidad, los diferentes Estados no basan sus sistemas jurídicos en similares disposiciones, pues algunos dan plena aplicación a la norma escrita como base del ordenamiento jurídico nacional y otros, por el contrario, privilegian las disposiciones jurisprudenciales incluso dejando de lado el sistema de derecho escrito, sin mencionar a aquellos que comparten ambos sistemas pero varían en el grado de importancia que dan a uno u otro, y se reconoce que aún hoy se pueden hallar conglomerados sociales que basan su derecho netamente en fuentes consuetudinarias, a pesar de que no es ésta la figura más común. Por ello desde el siglo XX ha venido haciendo carrera el término *familias jurídicas*, que no es otra cosa que el estudio de los diferentes sistemas jurídicos a través de la agrupación de estados o países que fundamentan de manera similar su ordenamiento interno, entendiendo esta similitud no como sistemas completamente acoplados, pues se reconoce que cada Estado utiliza en distinta medida los elementos para la conformación de su derecho, sino más bien como el uso de elementos comunes.

Exploraciones recientes en la configuración del sistema de estudio de familias jurídicas las clasifican en cinco grupos principales: familia jurídica romano germánica, familia jurídica del common law, familia jurídica socialista, familia jurídica

¹⁷ Aforismo utilizado en las escuelas jurídicas inglesas que traduce: “Es la ley, pero no es el derecho”.

religiosa y sistemas híbridos (Iregui, 2014, p. 15). Las dos primeras se destacan por su tendencia. La primera de ellas se ciñe a disposiciones normativas escritas, y la segunda esboza una tradición más inclinada a la aplicación jurisprudencial directa para la resolución de los problemas en derecho.

En conclusión, cada Estado utiliza en distinta medida estos elementos para la conformación de su propio sistema de derecho.

1.2 Sobre la definición y clasificación de fuentes del derecho

Para la ciencia del derecho, cuando nos referimos al concepto de fuente hacemos alusión al entramado de aplicación judicial de la norma, es decir que consideramos como fuentes todos aquellos elementos que pueden servir al juez como guía, orientación o directriz al momento de decidir sobre un caso concreto.

De acuerdo con esta definición, podemos señalar que las fuentes del derecho están compuestas por cada uno de los factores que permiten al juez fundar sus providencias. En el mismo sentido se pronuncia Alf Ross, al indicar que las fuentes del derecho son:

El conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación por parte del Juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar desde aquellas fuentes que proporcionan al Juez la norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio Juez formule la norma que necesita. (1999, p. 35)

Por su parte, Aguiló Regla señalaba que “las fuentes de Derecho son el origen de las normas jurídicas (...) el Derecho está compuesto por normas generales y abstractas, que son el resultado de ciertos hechos y actos jurídicos” (2015, p. 1025), a partir de lo cual se puede plantear que las fuentes del derecho, tradicionalmente, se han clasificado en dos grupos: materiales y formales.

Las fuentes materiales, como fuente primigenia, están dedicadas al desarrollo de conceptos históricos, económicos, sociales y coyunturales que definen un modelo de estado y perfilan una tendencia de regulación interna, lo cual no podría ser de otra manera si tenemos en cuenta que es la sociedad misma el caldo de cultivo del derecho y son todos aquellos acontecimientos los que lo nutren. Según Alejandro Torré:

Las fuentes materiales son los factores y elementos que determinan el contenido de las normas. Estos factores son las necesidades que el legislador tiende a resolver y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla. (1965, p. 274)

En este escenario cobra importancia el desarrollo filosófico y el análisis de realidades propias que se encaminan más adelante a la creación del derecho en sí. Es el sistema mismo, creado desde la naturaleza y formado a raíz de la más pura convicción humana que, como raza primitiva, requiere someterse a una sistemática reguladora para diferenciarse de las demás especies, pues el hombre comienza a entender que como especie dominante en la naturaleza necesita organizarse en sociedad estableciendo escenarios predeterminados, en los que cada acción esté acorde con unas permisiones sociales que permitan la cohabitación dentro del conglomerado social, lo que a su vez propende conjuntamente por su prosperidad y evolución, de manera que cuando algún miembro desborde dichas permisiones o actúe de una forma que ponga en peligro la estabilidad de la comunidad o del sistema en sí, deberá soportar una consecuencia desfavorable.

Esta sistemática va sujeta por supuesto a modificaciones que se desarrollan de manera concomitante con la realidad social estatal, lo que conoceremos más adelante como la teoría del derecho viviente, que lo ubica como una ciencia social, susceptible de cambios, correcciones y supresiones; variaciones que posteriormente enriquecen el sistema y no lo deslegitiman, como ocurriría en la ciencia natural al presentarse algún tipo de variación en una de sus reglas.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las fuentes formales, se conocen así aquellas que desarrollan el sistema de derecho plenamente; trazando parámetros reguladores que son el marco para la resolución de conflictos entre los administrados y de éstos con el Estado.

Adicionalmente, dichos criterios fijarán a su vez los procedimientos que se deben seguir en caso que se necesite implementar elementos nuevos al sistema jurídico dominante, eliminar otros e incluso variar posturas, bien sea por tornarse a la postre irrelevantes o perjudiciales para alcanzar el objetivo inicial, bien sea en desarrollo de un sistema judicial más puro, donde las disposiciones de los jueces se tornen en el punto angular para resolver conflictos futuros, ciñéndose a un sistema abiertamente jurisprudencial, pero que consagre también criterios obligatorios y sistemática de creación de derecho, de modo que al converger ambos sistemas nos encontramos ante un hecho innegable de teoría del derecho viviente²⁴. Sobre este punto Jiménez Gil expone:

El “nuevo derecho” predica la necesidad de una hermenéutica basada en la tópica, la retórica, la nueva lógica, la teoría estándar de la argumentación jurídica, la teoría del discurso moral práctico, el precedente jurisprudencial, la teoría del discurso como diálogo que están más cercanos a la política que al Derecho (Jiménez, 2008).

Hans Kelsen, por su parte, define así las fuentes del derecho:

²⁴ De esta manera, los operadores judiciales, y especialmente el juez constitucional, adquieren un papel más visible incluso que el que ocupa el legislador, al verificarse que en el país se presentan cambios sociales que exigen este tipo de reacciones, avizorándose un nuevo paradigma en el que el sistema jurídico, que se ha abanderado en la ley como fuente única de derecho y cuya aplicación se ha efectuado tradicionalmente de forma escrita, estricta y literal, ha mutado en un sistema diferente, de tinte menos inquisitivo, tendiente a ser aplicado de manera más laxa, donde se da mayor relevancia a otros valores (como sería la administración efectiva de justicia sobre la seguridad jurídica), más libre, menos atado a la regla positiva escrita y enfocado esencialmente en el paradigma de la justicia, y necesariamente al variar estos valores cambian también los métodos de aplicación de justicia, que trascienden, por ejemplo, del método silogístico al método argumentativo, que implica un mayor análisis al caso concreto y demanda una valoración más exhaustiva de las circunstancias que lo rodean y la aplicación de la ley no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento, lo que significa que en el evento de no ser útil puede ser reemplazado, modificado o fusionado con otro instrumento para garantizar una complementariedad.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son “fuentes” del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental. (Kelsen, 2009, p. 111)

Kelsen conformaría la teoría de la existencia de una norma fundamental basilar (*Gründnorm*), de la que se desprende la validez del resto de normas del ordenamiento jurídico y a su vez la validez de sí misma, para justificar así que la existencia de las demás normas debe ir encausada a la norma fundamental.

Desde esta perspectiva, Agudelo Ramírez, referenciando a Kelsen, sostiene que normas como las procesales solo encuentran sentido en la norma primaria, las cuales dan poder a un determinado órgano para que imponga consecuencias jurídicas cuando se den los supuestos de hecho, y su pertenencia a un ordenamiento jurídico tiene como fuente común la validez de una norma fundamental de la cual derivan el carácter dinámico las demás normas, al ser aquélla el punto de partida (Agudelo, 2004).

Está claro que la evolución jurídica al interior de los estados ha dado lugar a la implementación de nuevas figuras jurídicas. Si bien aún es posible hablar de ciertas tendencias, principalmente normativas, ya no es posible hablar de tendencias puras, pues se reconocen dentro del sistema una serie de preceptos preponderantes que positivizan principios y que están por encima de la legislación ordinaria, donde se contemplan los fines e ideales estatales, tal como es el caso de las constituciones, las cuales, desde su implementación, excluyen del ordenamiento jurídico todas aquellas disposiciones legales que les sean contrarias, independientemente de que tales normas hayan observado o no un riguroso apego al proceso de creación, o de que la disposición que consagran haya regido durante un extenso periodo; incluso tampoco reparan en el hecho que de dichas normas se deriven instituciones o

normas complementarias, pues lo cierto es que si transitan en vía contraria a la Constitución, o a las disposiciones o tratados que esta ubique en similar rango y rijan a título del llamado bloque de constitucionalidad, serían contrarias a todo el ordenamiento.

La versión más estricta, considera a la legislación como la única fuente formal de derecho, mientras que la costumbre así como otras clases de normas, son consideradas solo cuando la legislación indica las circunstancias en las cuales deben ser tomadas en cuenta. (...) Si una decisión judicial se deriva de la legislación, no le agrega nada a esta última y si no se deriva de ella no debería ser tomada en cuenta porque el juez no ha cumplido con su deber de aplicar el derecho sin modificarlo. (Alchourron, 2000, pp. 15-16)

Este argumento de Carlos Alchourron permite concluir que con el tiempo se le otorga la importancia y trascendencia a la interpretación que los tribunales de cierre realizan de la Constitución y la ley, lo que abre la puerta para contemplar la jurisprudencia en las fuentes formales del derecho. Así, poco a poco ha hecho carrera la necesidad de configurar una igualdad en la interpretación y aplicación de las leyes y establecer una confiabilidad en los organismos administrativos y judiciales, y paulatinamente se ha dado a la jurisprudencia una posición preferente en cuanto a su aplicación, lo que impide que hoy en día se siga hablando de ella como un mero criterio auxiliar, en la medida en que se afirma como puente entre la norma abstracta y el caso concreto, pues si bien la ley escrita apareja una consecuencia jurídica para un evento abstracto, al descender al caso de estudio, en no pocas oportunidades se torna compleja la interpretación que debe dársele al texto para encajar tal realidad, por ello se hace indispensable conocer las decisiones que en casos similares se han adoptado para encontrar una solución acertada. De ese modo, la interpretación que de la ley realicen los tribunales de cierre puede enriquecer en gran medida el sistema jurídico, ya que aporta elementos unificadores del derecho, pero dista del sistema codificador, en cuanto no es un elemento pétreo, sino que va a la vanguardia de la realidad social y ello le permite evolucionar.

1.3 Sistema de fuentes en Colombia antes de la expedición de la Constitución de 1991

En nuestro ordenamiento tradicionalmente se ha hablado de cuatro fuentes formales, a saber: la legislación, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia; si bien las dos últimas no han sido consideradas como fuentes en sentido estricto, sino como autoridades (Monroy, 2010, p. 42).

Del mismo modo, puede afirmarse que el derecho colombiano se circunscribió a los planteamientos de la escuela exegética, es decir, al derecho fiel a la norma escrita, también llamado derecho positivo, cuyo principal valor se otorgaba a la ley y a la voluntad del legislador, bajo la defensa de aquel postulado de Bobbio según el cual “un sistema de fuentes organizado en la ley y a través de la codificación, impide la dispersión y el caos” (1993, p. 57).

Adicionalmente, como menciona Fonseca Ramos (1992), “en Colombia, fuente formal del derecho es sinónimo de norma jurídica de contenido general, impersonal y abstracto, aplicable a todas las situaciones que puedan enmarcarse en el supuesto de la norma, pues el derecho tiene forma de norma”.

Así las cosas, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico colombiano tenía un corte meramente iuspositivista, que se corresponde con el estado clásico liberal en el cual la supremacía de la ley se entiende como la voluntad general; es decir que de acuerdo con la influencia del racionalismo francés, pilar del sistema del derecho continental, la ley escrita es la principal fuente de derecho y, de ese modo, otros criterios como el de la jurisprudencia tienen carácter únicamente auxiliar.

Particularmente, el Código Civil colombiano, sancionado mediante la Ley 57 de 1887 y posteriormente reformado por medio de la Ley 153 del mismo año, es fiel reflejo del Código Civil chileno de Andrés Bello, que a su vez fue redactado a la luz del Código Civil francés (Valencia, 1994, p. 251), al cual ya hemos hecho referencia.

Lo anterior se traduce en que, antes de la expedición de la Constitución de 1991, la ley era la voluntad soberana, tenía carácter obligatorio para todos y ocupaba un lugar principal en el ordenamiento colombiano.

Así fue como lo dispuso el artículo 4 del Código Civil: “Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”. Y el artículo 18 del mismo Código, indicaba: “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. El artículo 17 del Código observaba que: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas”, de modo que las decisiones del juez no tenían aplicación general, como sí ocurría con la ley, lo que permite concluir que la jurisprudencia en aquel entonces no era una fuente formal de derecho. Entretanto, el artículo 8 del mismo compendio refería lo siguiente: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen materias o casos semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Mientras que en su artículo 25 señalaba:

Los jueces y los funcionarios públicos, en aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Por último, el artículo 5 del Código rezaba: “Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal”.

Todo lo anterior es importante resaltarlo para significar que, hasta ese entonces, al momento de fallar en un caso en particular, los jueces debían recurrir a otras fuentes formales del derecho, dado que ni la jurisprudencia ni la doctrina eran consideradas fuentes en sentido estricto, e imperaba únicamente la ley. Diana Quintero lo expresó de la siguiente manera:

Durante mucho tiempo se desconoció el papel de las decisiones judiciales o precedentes como fuentes de derecho y se dejó a los juristas la tarea de describir una legislación considerada fruto de un legislador racional incapaz de dejar vacíos o de incurrir en contradicciones. (Quintero, 2001)

De ese modo, nuestro ordenamiento jurídico se basaba fundamentalmente en un conjunto de normas que se presumía estaban revestidas de legitimidad y el órgano judicial únicamente se encargaba de aplicarlas. En resumen, era tal la subordinación del juez a la ley en la tradición jurídica colombiana que la jurisprudencia, en su calidad de fuente, durante mucho tiempo fue reconocida simplemente como un criterio de interpretación auxiliar, postura muy criticada por algunos autores, como Donald Dworkin (2011), quien rechaza enfáticamente el culto a la ley y señala que es primordial el papel creativo del juez a la hora de su interpretación.

A posteriori, la Ley 169 de 1889 introdujo algunas novedades importantes, pues justamente contempló que cuando hubiese tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, éstas se constituirían en la llamada “doctrina probable”, y los jueces podrían aplicarla en casos análogos.

Esta nueva disposición normativa abría paso a una visión distinta de la contenida en el Código Civil, y a su vez hacía parte de la visión implantada por la Ley 61 de 1886 a partir de las ideas del llamado movimiento regenerador, que consistían en la creación de mecanismos que sirvieran para cuidar la correcta aplicación de las normas ordenadoras nacionales, a través de la implantación de la figura de la casación (González, 2007).

En efecto, se reconocería por primera vez valor jurídico adicional a la jurisprudencia y ya no simplemente como un criterio auxiliar de interpretación jurídica, porque cuando se consideraba que se había trasgredido o no se aplicaba de manera correcta la “doctrina legal”, se estaba introduciendo a la jurisprudencia como fuente,

que si bien era complementaria, llegaría a ser vinculante en aquellos casos en los cuales la ley no era suficiente para la resolución de asuntos concretos.

El artículo 39 de la Ley 61 de 1886 disponía el siguiente tenor:

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los 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.

Para algunos tratadistas, con esta expresión se le dio fuerza normativa a la providencia judicial, lo que a la postre se tradujo en el momento culminante en que el sistema de precedentes se volvió vinculante en Colombia. Eduardo Piloneta (2013) lo afirma en estos términos:

El estudio bibliográfico y de análisis comparado permite colegir que las autoridades administrativas deben tener en cuenta, en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el Consejo de Estado, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, merced a la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 4º C.P.) y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el Artículo 243 de la Carta Política.

Propender por el entendimiento contrario de esta lógica jurídica, significaría desconocer el Artículo 241 superior, mandato que confía a la Corte Constitucional la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución. El artículo 10 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo deja claro que el funcionario administrativo no debe desconocer los pronunciamientos de las Altas Cortes y el carácter vinculante de la jurisprudencia.

Desde entonces, aquella tensión entre el Código Civil y la Ley 61 de 1886 se acrecentaría: el primero asignaba a la ley un carácter de fuente principal, mientras que la segunda no solo introducía el concepto de “doctrina legal”, sino que también incorporaría el recurso de casación como un mecanismo para dar solución a casos concretos que la ley no alcanzaba a resolver, lo que consecuentemente daría lugar

a que la jurisprudencia adquiriera un papel mucho más significativo, que antes no gozaba, en el tradicional sistema de fuentes colombiano.

Contrario a lo esperado, el excesivo fortalecimiento del poder de la Corte Suprema de Justicia, gracias al mencionado concepto de la doctrina legal, fue prontamente criticado por la misma Corte, que no veía con buenos ojos la aplicación de un sistema que ella misma consideraba “excesivamente rígido” (Jaramillo, 2011).

Por esta razón, hacia 1892, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia solicitaron al Congreso de la República reevaluar el alcance de la doctrina legal en razón de que, a su juicio, con esta doctrina se olvidaba el fin primordial del papel del juez al hacer que sus fallos se formularan como un verdadero artículo de ley, al ser una declaración general y abstracta, lo cual hacía una clara invasión de competencias específicamente con las del legislado (López, 2009).

Fue así como en ulteriores desarrollos legislativos se ahondó en el debate acerca del papel de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico, y surgieron nuevas regulaciones al respecto. López Medina hace el siguiente recuento:

La Ley 105 de 1890 continuó con la misma tendencia, que solo fue modificada por la Ley 100 de 1892 y posteriormente por la Ley 169 de 1896. La razón de este cambio de tendencia estuvo influenciada por la posición crítica que la Corte Suprema de Justicia asumió respecto a la rigidez que imprimía el sistema de ‘doctrina legal’, en tanto que, no permitiría modificar con facilidad la jurisprudencia de la Corte Suprema, así que se resolvió el debate dado entre 1886 y 1896, moderando dicha doctrina a una doctrina meramente probable, imprimiendo un sistema de libre jurisprudencia no vinculante que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. (López, 2006, p. 25)

Fue precisamente el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 el que modificó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, indicando que:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la

Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

De esa manera, explícitamente se sustituyó la doctrina legal por la doctrina probable, lo que en resumidas cuentas consistió en que el carácter obligatorio de aplicar dicha doctrina desaparecería, y tanto los jueces como la Corte Suprema de Justicia tenían la facultad de apartarse de las decisiones que previamente hubiesen proferido.

Tenemos entonces que, hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, este concepto de jurisprudencia como criterio auxiliar se fue revaluando de manera paulatina, pues no solo se creó una Carta Política diferente, sino que también nació un tribunal constitucional encargado de su guarda e interpretación, lo que indica que las providencias emitidas por él revisten una importancia superior al meramente indicativo que se venía pregonando de la jurisprudencia de las demás altas cortes. Por esa razón, incluso su denominación distaba de la anterior, al identificarse la interpretación emitida por la Corte Constitucional como doctrina constitucional, que no es otra cosa que la aplicación extensiva de la Constitución a casos concretos y que necesiten de ella para ser dilucidados correctamente, con aplicación obligatoria incluso si va en contravía con las disposiciones normativas.

Y es que hoy en día es tan fuerte el concepto de doctrina constitucional, que desplaza incluso todo el sistema normativo que imperaba hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución. En el caso puntual, si una disposición normativa va en contra de la Carta o de la interpretación que de ella haga la Corte, simplemente no debe aplicarse o, en casos más extremos, excluirse del ordenamiento jurídico.

1.4 Las fuentes del derecho en Colombia después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se desarrollan cambios notables en el Estado colombiano, tanto en su composición y organización

como en su orientación⁴¹. Una muestra de ello es que se pasa de ser un Estado liberal de derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica una serie de cambios formales, sustanciales y materiales. Quizás el más grande de ellos es el que se consagra en el Artículo 4º de dicha Norma Superior, que termina autoproclamando la Constitución como “norma de normas”, lo que contiene algunas implicaciones, entre ellas la modificación de las fuentes formales del derecho, que se podían dilucidar a la luz de la anterior Carta Política de 1886.

La principal implantación de este nuevo régimen constitucional tiene que ver con el hecho de que no hay ningún tipo de norma o de ley que sea superior a la Constitución. Al abrigo de la recién creada Corte Constitucional, poco a poco la jurisprudencia y la doctrina nacionales abrieron la puerta a la tendencia neoconstitucionalista, lo cual implica todo un proyecto de constitucionalización del derecho, que debe contar con un tribunal especializado para la guarda e interpretación con miras al logro de la materialización de la Constitución. Se propicia de esta manera una modificación sustancial sobre el sistema de fuentes hasta ahora imperante (Núñez, 2012, p. 532). Al respecto, el profesor Bernal Pulido (2008) expone lo siguiente:

A la luz de la visión neo constitucionalista, la creación de la Corte Constitucional afecta el sistema de fuentes Colombiano, porque se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero además se transforma el equilibrio de poderes porque, por un lado, se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse como un legislador negativo, sino como una Corporación judicial capaz de colaborar con los demás poderes del Estado en la producción normativa, y por otro lado, se eleva a la Corte Constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y se establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidas las altas cortes, a la jurisprudencia de dicha Corte. (Bernal, 2005)

Es así como el nuevo régimen constitucional entra en discusión con la tradición legalista del sistema jurídico colombiano anterior a 1991, máxime cuando se trató

⁴¹ La Constitución de 1991 recibió la influencia del modelo social de España y Alemania, más que un proyecto estructurado llamado neoconstitucionalismo, el cual se desarrolló posteriormente con la actividad de la Corte Constitucional colombiana.

de interpretar lo que dispone el Artículo 230 de la Constitución, que reza lo siguiente: “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”. El mismo artículo dispone que la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina “son criterios auxiliares de la actividad judicial”, lo que supone que la fuente principal ha de ser el ejercicio legislativo, pero en caso de oscuridad, de contradicción o de ausencia de norma se puede acudir a los otros criterios antedichos.

Adicionalmente, la Constitución en su Artículo 234 reconoció a la Corte Suprema de Justicia su rol de ser el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, del mismo modo que el Consejo de Estado lo sería en materia contencioso administrativa a la luz del numeral 1 del Artículo 237 de la misma Norma Superior. Es decir que dichos estamentos actúan como órganos de cierre dentro de su respectiva competencia, ya que tienen como función la revisión final de las sentencias sometidas a su conocimiento, de manera que las decisiones que proclaman serán respetadas por los jueces que tengan inferior jerarquía, salvo que medie un argumento jurídico lo suficientemente sustentado.

Del mismo modo, al reconocerse el principio de igualdad que promulga la nueva Constitución, se induce que los jueces deben brindar tratamiento igual a situaciones iguales, dando así aplicación a la jurisprudencia. En palabras del profesor Cueto Rúa: “Las sentencias de los jueces son fuentes del derecho porque ellas inspiran a otros jueces, a los funcionarios administrativos, a los legisladores y a los integrantes del grupo social, llevándoles a actuar de una manera similar en el futuro” (Cueto, 1999).

Por otro lado, el Decreto 2067 de 1991, en su artículo 21, consagró que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tendrían “el valor de la cosa juzgada constitucional” y vincularían a todas las autoridades responsables en la aplicación de la ley. Este punto es posteriormente retomado por la Ley 270 de 1996,

que en su artículo 48 establece una clara diferencia entre lo que puede entenderse como precedente constitucional y lo que no; en otras palabras, señala que lo que es de obligatorio cumplimiento y tiene efecto *erga omnes*⁴⁵ es la parte resolutive de la sentencia, y por el contrario, la parte motiva del fallo constituye un criterio meramente auxiliar para la actividad judicial y en general para la aplicación de otras normas. La Corte da a entender que aunque la parte motiva es la parte más abstracta de la sentencia, no por ello debe ser completamente descartada, sino que, en principio, tendría el valor auxiliar —y no obligatorio— que le concede el ya mencionado Artículo 230 de dicha Norma Superior.

Más adelante, la Sentencia C-131 de 1993 declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991⁴⁶, mediante el cual se reglamentó el procedimiento que debía surtir ante la Corte Constitucional; si bien confirmó la obligatoriedad de las sentencias, se encargó también de declarar su inexecutable, porque consideró que debe ser la propia Corte la encargada de fijar el alcance de sus sentencias y no otra norma jurídica. En tal sentido, la Corte precisó en dicha sentencia:

Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias. Se trata pues de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional.

Y sobre este respecto, Gutiérrez González puntualizó:

(...) la sentencia muestra que el criterio de la Corte es razonable, pero incompleto, razonable porque se comparte el hecho de que la cosa juzgada explícita —parte resolutive— es obligatoria para todos y de igual manera aquellas consideraciones que guardan una inescindible relación con la parte resolutive del proveído, resultan obligatorias. Incompleto, porque dentro de sus

⁴⁵ Locución latina que significa: para todos o respecto de todos. Es muy utilizada en la ciencia del derecho para referir el alcance de una norma, de un acto jurídico o de un contrato.

⁴⁶ “Artículo 23. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.”

funciones, o más bien sus pronunciamientos, la Corte no solo resuelve en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, sino que también es sede de revisión de tutelas, por lo que los hasta ahora estudiados pronunciamientos no toman en todos sus frentes la discusión del efecto vinculante de TODAS las sentencias, de TODAS las cortes.

El profesor Bernal Pulido argumenta que otra estrategia de la Corte Constitucional para alzar como vencedor al precedente judicial sobre la tradición legalista imperante, fue el uso del *sub silentio*, que en esencia era una especie de sujeción tácita de la Corte Constitucional a sus decisiones anteriores a través de las sentencias de “reiteración”, es decir, la Corte reitera sus decisiones adoptadas en providencias anteriores cuando el juez inferior se aparta de dicha jurisprudencia, y los primeros ejemplos de esta práctica, según el mismo autor, se empezaron a evidenciar en sentencias como la C-511 de 1994 y T-363 de 1995 (Bernal, 2005).

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional no presentó mayores variaciones y se mantuvo constante, a pesar de la resistencia de algunos sectores de la judicatura al momento de acatar sus precedentes, pero con la sentencia C-836 de 2001 se abrió paso la segunda clase de precedente judicial: la de los demás tribunales del país (Contreras, 2011, p. 335).

La sentencia C-836 de 2001 fue proferida para desatar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, porque a criterio del demandante tal norma no cumplía con los objetivos constitucionales de eficacia de los derechos, prevalencia del derecho sustancial y seguridad jurídica y derecho de igualdad, cuando un juez en su decisión se aparta de la doctrina probable que constituye un precedente.

La Corte Constitucional aprovechó la oportunidad para defender una postura fuerte de precedente judicial, al indicar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios e incluso para ella misma, delimitó los casos en los que los jueces pueden apartarse de la doctrina y

precisó el alcance de la fuerza vinculante de las sentencias en los siguientes términos:

Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución. (Corte Constitucional, C-836, 2001)

1.5 Clasificación de las fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz de la Constitución de 1991

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, partiendo de su supremacía y teniendo presente el Artículo 230, se han establecido como fuentes del derecho: la Constitución y la ley (como fuentes formales), la costumbre, la analogía, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (como criterios auxiliares), pero es preciso aclarar respecto de su jerarquía que (salvo la Constitución y la ley en ese estricto orden) de las demás no se ha definido expresamente nada y por ende no hay claridad.

Por lo anterior, muy brevemente se exponen algunos aspectos generales y precisiones de la fuerza obligatoria que se desprende de cada una de las fuentes:

1.5.1 La Constitución Nacional

Partiendo de la regulación contenida en su Artículo 4.º, se desprende la superioridad jerárquica de la Constitución en tanto es norma de normas y toda ley o norma jurídica debe ajustarse a sus preceptos. En este mismo orden, la Corte

Constitucional, en la Sentencia C-836 de 2001, refiriéndose a la constitucionalidad del artículo 4.º de la Ley 169 de 1896 aseveró:

Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial (...) La referencia a la Constitución y la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho.

Y en ese mismo sentido, en la Sentencia C-083 de 1995 expresó: “Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley”. Al referirnos a la Constitución, hacemos alusión directa a la fuente suprema del derecho, estatus que el mismo constituyente le otorgó. De su Artículo 4.º se desprende que ella es fuente principal del derecho, por cuanto irradia todo el ordenamiento ajustándolo a sus principios y valores, los cuales prevalecen en el orden interno.

De manera que la obligatoriedad de los preceptos constitucionales deviene de los mismos postulados incorporados en su articulado, y todos esos principios y valores diseminados en todo su contenido normativo se encuentran revestidos de fuerza obligatoria y vinculante.

La supremacía constitucional comprende un alcance incalculable. Dentro de su esfera de aplicación se encuentra la autoridad que ejerce para establecer los límites propios de la creación de las normas, autoridad que le viene dada de su condición de Norma de Normas o Ley Suprema.

1.5.2 La Ley

Es el elemento fundante o representativo en el sistema de fuentes formales del derecho, es la expresión por excelencia de la directriz que rige tanto el aparato judicial como el administrativo, se entiende también que emana de un cuerpo colegiado previamente conformado para tales fines e investido con facultades

especiales para su creación, y que para causar efectos jurídicos se somete a un proceso de elaboración que trae inmersos elementos como tiempo, competencia y número de miembros del órgano creador que deben aprobar dicha figura. Es decir, esta figura no nace espontáneamente sino que es una creación humana, producto de la observación de las necesidades sociales y de la usanza de soluciones para encarar los conflictos diarios, se genera en forma escrita para mayor seguridad en un sistema reglado, cuyo mandato tiene efectos vinculantes a nivel social y su desconocimiento trae consigo la imposición de una consecuencia jurídica.

Otro aspecto importante que se observa en un sistema normativo es la diversidad de normas, no toda disposición legal ostenta el mismo rango, pues ellas mismas ocupan diferentes lugares de importancia dentro del sistema jurídico y abordan distintas especialidades, y esta situación repercute incluso en su proceso de creación, ya que para algunas de ellas se exige un protocolo más estricto y un sistema más hermético para su entrada en vigencia.

Este sería el caso de las leyes estatutarias, que en Colombia, por ejemplo, solo las puede expedir el Congreso de la República en una sola legislatura, que no supera el término de un año, y deben estar respaldadas por la mayoría absoluta de sus integrantes y únicamente regulan los siguientes temas: los derechos y deberes fundamentales de las personas, los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; el régimen de los partidos políticos; los mecanismos de participación ciudadana, y los estados de excepción. Mientras que para otras leyes reguladoras de temas ordinarios la exigencia para su entrada en vigor es mucho más reducida.

Otra diferencia palmaria entre la figura legislativa es su alcance, es decir que el factor territorial entra a jugar un papel importante, pues el alcance normativo puede extenderse por todo el territorio nacional o reducirse solamente a pequeñas poblaciones, dependiendo del órgano emisor que en ejercicio de su competencia emita.

Algunos tratadistas han definido el concepto. Rogelio Peña conceptúa de la siguiente manera:

La ley, o sea la norma emanada de los legisladores y el claustro materno de la actividad judicial, también se pronuncia en dos sentidos: formal y material. La ley formal es la dictada por el poder legislativo siguiendo el procedimiento establecido por la Constitución Política, pero carecen del contenido de las verdaderas leyes, como sería, por ejemplo, una ley de honores. Las leyes en sentido material son las que reúnen las características propias y el contenido de verdaderas leyes, como una ley reformativa del Código de Procedimiento Penal.

Las leyes pueden ser imperativas, prohibitivas, permisivas, declarativas y dispositivas. Las leyes imperativas son las que tienen caracteres de orden público, interesan a la moral y a las buenas costumbres, imponiéndose a las personas sin posibilidad de que las deroguen o modifiquen por acuerdos particulares; leyes prohibitivas "son las que mandan no hacer algo, prohíben o impiden determinada conducta", como las leyes penales; leyes permisivas son las que conceden una facultad a una persona para que ejecute a su arbitrio determinado hecho; leyes declarativas o supletorias son las que tienen que ver primordialmente con asuntos contractuales y sucesorales por causa de muerte cuando se trata de sucesión intestada. La autonomía privada está dotada para regular sus propios intereses. (Peña, 2008, p. 3)

Por su parte, L. A. Hart considera:

Un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente el riesgo de sufrir el castigo; así por lo común, el enunciado de que una persona tiene una obligación y el enunciado de que es probable que se lo castigue a causa de la desobediencia, serán ambos verdaderos. En verdad, la conexión entre estos dos enunciados es de algún modo más fuerte: por lo menos en un sistema nacional bien puede ocurrir que, a menos que en general sea probable, se apliquen las sanciones a los transgresores, de poco o nada valdría hacer enunciados particulares acerca de las obligaciones de una persona. En este sentido, se puede decir que tales enunciados presuponen la creencia en el funcionamiento normal continuado del sistema de sanciones, del mismo modo que en el fútbol la expresión "saque lateral" presupone, aunque no afirma, que los jugadores, el árbitro y el linesman probablemente tomarán las consiguientes medidas. Sin embargo, es crucial para la comprensión de la idea de obligación advertir que en los casos individuales el enunciado de que una persona tiene una obligación según cierta

regla, y la predicción de que probablemente habrá de sufrir un castigo a causa de la desobediencia, pueden no coincidir. (1963, pp. 105-106)

En las citas expuestas se pueden hallar puntos de encuentro entre las definiciones propuestas para el presente concepto. Y es que el elemento normativo es un mandato escrito dispuesto para causar efectos jurídicos y aplicarse plenamente en un entorno social, que no solamente describe un comportamiento, sino que dispone para su inobservancia una consecuencia jurídica, y ello necesariamente deriva en la pretensión estatal para encausar el comportamiento de los asociados en una sola dirección, evento necesario para desarrollar los fines del Estado y propender por el orden y el equilibrio.

En materia de fuentes del derecho, y haciendo referencia estricta al ordenamiento jurídico colombiano, la ley ha ocupado un lugar privilegiado cuando del tema se habla. A ella se ha atribuido la creación del derecho y se le ha reconocido su valor fundante en el surgimiento y la regulación del orden normativo, al punto que desde siempre se ha afirmado, y podría seguir afirmándose hoy, que nuestro derecho es eminentemente legislado a pesar de la fuerza y trascendencia que ha venido logrando la jurisprudencia con el precedente judicial.

Respecto de la ley, el Artículo 230 de la Carta Política nos da el mejor referente de esta fuente que analizamos, al estipular que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. Este imperativo constitucional fue interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia C-486 de 1993:

El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico".

La Corte no le restó importancia a la ley, sino que la dotó de un contenido más amplio que el esbozado por el artículo superior, y esto en ningún momento limita o

reduce su efecto de fuente formal del derecho. Queda de esta manera planteado el papel que asume la “ley” como fuente del derecho.

1.5.3 La costumbre

Como fuente auxiliar del derecho, solo tiene vigencia o competencia creadora para operar en caso de ausencia de ley positiva. Sin embargo, en materia de derecho mercantil la incidencia de la costumbre en la creación del derecho es protagónica y privilegiada, crea derecho sin más exigencias que las obvias, es decir, el respeto dado a la ley.

En ámbitos diferentes al mercantil la fuerza creadora de la costumbre tiene un desvío extremo, en tanto su protagonismo ya no es tan privilegiado y preferente, y a pesar de conservar su capacidad de crear derecho, no lo hace ya de manera principal.

Evidencia de lo afirmado lo constituye el entendido de la costumbre al tenor de lo establecido en la sentencia C-224 de 1994 de la Corte Constitucional, en la cual se plantea como:

Un elemento imprescindible de la cultura de un pueblo —inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación—, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.

La costumbre no puede percibirse separada del derecho, tanto en su creación como en su aplicación, por tanto queda clara su consideración de fuente del derecho.

1.5.4 Principios generales

Es un tema cuya cuna radica en el mundo de los derechos fundamentales inherentes al hombre, razón por la cual no deja de ser polémico, en el sentido de

que muchos sistemas no han de reconocer los principios generales como fuente del derecho, como es el caso de Alemania, Francia y Suiza, por la estrecha relación que en su devenir observan con el derecho natural.

El concepto de principios generales del derecho es comprendido fácilmente como un elemento aplicativo en aquellos casos en los que la ley no la logrado establecer una solución puntual para un problema específico, o en otras palabras, se utilizan para suplir las lagunas jurídicas que se presentan en temas de vacíos, imprecisiones o contradicciones legales, lo que imposibilitó a los jueces para denegar justicia alegando oscuridad en las normas, ya que precisamente el concepto de principios generales del derecho apareja soluciones para resolver en equidad y justicia cuando el caso así lo demande.

Los principios generales del derecho son anteriores a la sistemática codificadora y, más aún, fuente de inspiración normativa, variando la estima que se da a uno u otro, en virtud de las circunstancias en que se enmarque el problema jurídico por resolver, la población en que se genera o las calidades de los sujetos destinatarios, por ende, ninguno es superior a otro, sino que, en caso de un enfrentamiento entre ellos, deberá hacerse una ponderación para establecer cuál debe aplicarse en ese evento sin que implique un escalafón posterior.

En cuanto a la evolución del concepto, desde sus definiciones a través de la filosofía griega, su configuración en el derecho romano y hasta nuestros días, William Jiménez Gil refiere lo siguiente:

La manifestación de los principios de la filosofía griega se traslada al derecho Romano. Dentro de la concepción clásica de los principios ocupa especial preeminencia los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) en que el Derecho romano y el natural confluyen. «La tradición ius-filosófica nos aporta una serie de principios jurídicos: los *tria praecepta iuris*, donde la propia palabra *praecepta* nos aparece como semánticamente idéntica al plural *principia*».

Los tres preceptos del Derecho son enunciados por primera vez por Ulpiano en sus instituciones y recogidos posteriormente en el Corpus iuris civilis (D. I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3 —«*luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»—) y en España son recogidos por Raimundo de Peñafort en su *summa iuris* y en el Código de las Siete Partidas (3ª, Título I, ley 3ª) que llega hasta el siglo XIX por vía de trasplante a los regímenes jurídicos coloniales en América. (2008, p. 24)

Por lo expuesto, es dable reconocer que si bien es cierto los principios se remontan a discusiones propias del derecho natural, no es menos cierto que enmarcan valores sociales y positividades a través de la norma escrita. Así las cosas, constituyen una fuente tangible del derecho, y formal en tanto a la fecha se da aplicación plena cuando no es claro el panorama jurídico y surge algún vacío legal.

1.5.5. La jurisprudencia

En cuanto a esta fuente, ya se expuso de manera suficiente en el punto 4 de este capítulo, que se vislumbra una cierta tendencia a encontrar en la jurisprudencia una fuerza mayor a la de mera fuente auxiliar, y para ello se analizó un recorrido con alguna alusión cronológica.

De todas las fuentes de creación del ordenamiento jurídico se pudiera afirmar, aunque no con un rigor de certeza, que es la jurisprudencia la que ha generado un mayor análisis y estudio en atención a la trascendencia que conlleva. En ella se concentra el interés principal de los tribunales de cierre de nuestro sistema jurisdiccional, dados los efectos que de ella se desprenden, ya sea por su obligatoriedad y acatamiento, por su producción o, en último término, por sus alcances.

Para concluir se puede afirmar que las fuentes, después de la Constitución de 1991 y gracias al desarrollo jurisprudencial, quedarían así: la Constitución, la ley, la jurisprudencia, y dentro de ésta el precedente judicial, la costumbre, la doctrina y, por último, los principios generales del derecho.

El análisis hecho hasta aquí, y que obligadamente suscita el debate por las fuentes del derecho hoy día, no debe estancarse —como suele suceder en el presente— en definir a quién corresponde ostentar el poder o quién tiene un poder más supremo sobre ellas. Urge, por el contrario, la necesidad de dar un paso, o salto si se prefiere, para dejar de lado una discusión que no pasa de ser bizantina y que, dicho sea de paso, sólo deja fatiga, incertidumbre e inseguridad entre los inferiores jerárquicos y los administrados como destinatarios de la normas. Hay que propender por un abordaje constructivo y productivo que deje atrás intereses mezquinos del orden político, social y económico y se aúnen esfuerzos para hacer cumplir, en beneficio de las personas, los principios y valores constitucionales.

CAPÍTULO 2

PRECEDENTE VINCULANTE

2.1 Diferencia entre precedente y jurisprudencia

Es preciso señalar, antes de exponer la noción de precedente vinculante, que en muchos escenarios se suelen tratar como sinónimos los términos precedente y jurisprudencia, y se emplean indistintamente para hacer referencia a la obligación que la autoridad judicial o administrativa tiene de aplicar de forma directa las disposiciones dadas en las sentencias de las altas cortes. Dicho uso no necesariamente tiene que calificarse como errado, ya que aquellos términos tienen la característica de ser polisémicos, y por tanto su distinción es compleja en principio, y en usanza se han trabajado como sinónimos. Sin embargo, la diferencia entre ambos existe en varios aspectos, y es preciso intentar aproximarnos a esa distinción e incursionar en un tercer elemento que acrecienta las confusiones, como lo es el término de *doctrina probable*, y para ello se hace a continuación un recuento de las propuestas presentadas por algunos autores.

La jurisprudencia es entendida como

(...) el conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes, que implica la existencia de una serie de principios y doctrinas o normas generales que se han deducido de la repetición uniforme de los fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares. (Pérez, 2007)

Por su parte, Aníbal Torres Vásquez define la jurisprudencia en los siguientes términos:

La jurisprudencia, denominada también precedente judicial, *stare decises*, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un caso concreto,

establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. Así se entiende a la jurisprudencia tanto en el sistema romano germánico como en el anglosajón. (Torres, s. f., p. 225)

Lo cierto es que en nuestro sistema de derecho continental dicho paradigma ha ido cambiando poco a poco con la aparición del llamado precedente judicial, lo que supuso que el sistema tradicional de fuentes, tal como se expuso en el capítulo anterior, se empezara a flexibilizar a tal punto que la jurisprudencia alcanzaría desde entonces un nuevo estatus.

Michelle Taruffo aborda el tema y propone algunas distinciones entre jurisprudencia y precedente. Según este autor, “el término «precedente», describe una decisión particular, que suministra una regla universal que debe aplicarse en los casos futuros que presenten hechos idénticos o análogos; y «jurisprudencia» alude a una extensa pluralidad de decisiones adoptadas en diferentes casos” (2007, p. 85).

Si bien el uso indiferenciado de estos conceptos genera confusión, podemos entonces señalar, a partir de lo anterior, que jurisprudencia es el conjunto de todas las decisiones emitidas por la Corte Constitucional. Sin embargo, es importante indicar que también es jurisprudencia la que emite cualquier otro alto órgano tribunal del país, y por ello en muchas ocasiones encontraremos expresiones como “jurisprudencia del Consejo de Estado” o “jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en cuyos casos se tratará de la jurisprudencia en particular de cada una de estas corporaciones. Asimismo, tampoco puede descartarse hablar de jurisprudencia de los tribunales o de los juzgados, así sea vinculante únicamente de manera relativa, pues mientras menor jerarquía ostente el emisor, menor será su alcance y su divulgación. El precedente, por su parte, es aquella decisión vinculante (en principio no obligatoria, ya que los operadores jurídicos se pueden apartar, como se verá más adelante) que puede ser constituida de una o varias decisiones judiciales, sin importar el número, y que está conforme a la *ratio decidendi*.

En otras palabras, podríamos decir que las llamadas a sembrar precedente en el país por su propio peso, son las decisiones de la Corte Constitucional, precisamente por ser el órgano encargado de la guarda y de la interpretación del texto constitucional, ya que de por sí son vinculantes (sentencias T) o vinculantes y obligatorias (como las sentencias C y SU), y su desconocimiento implica una flagrante vía de hecho, lo que no ocurriría si se desconociesen los planteamientos de los demás tribunales de cierre.

Sin lugar a dudas, el fin último que se persigue con el reconocimiento de fuerza vinculante a algunas de las decisiones previas que hacen parte de la jurisprudencia, es precisamente que las controversias judiciales tengan decisiones más justas, esto es, que haya más seguridad jurídica en la medida en que se dé un tratamiento similar a los casos semejantes, lo que permite ir dejando de lado la arbitrariedad en las decisiones judiciales y acrecentar la confianza de los administrados en dicha institución, ya que la resolución de casos similares con decisiones distintas solo por cuestiones de reparto ha hecho mella en la sociedad, lo que hace indispensable la constitución de métodos de globalización que permitan la unificación de criterios sin el sacrificio de la independencia judicial.

De ahí que encontremos posturas tan fuertes como la de Jorge Andrés Contreras que concluye:

Ahora, la Constitución no ofrece ningún motivo que indique que los precedentes no vinculan de manera inmediata y, no obstante ello, por disposición legal, los precedentes judiciales —exceptuando por supuesto los de la Corte Constitucional— sólo vinculan cuando hayan sido reiterados por el mismo juez o Tribunal en al menos tres de sus providencias. La razón de esto es clara: el único sentido constitucional del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 sería aquél según el cual “tres decisiones uniformes dadas por los jueces de la república sobre un mismo punto de derecho constituye doctrina probable, y los jueces deberán aplicarla”.

Dos consecuencias lógicas se derivan de lo anterior: primero, que el legislador está constitucionalmente facultado para establecer cuántas providencias se requieren para que los precedentes sean vinculantes —exceptuando los de la

Corte Constitucional que obligarán siempre de manera inmediata—; segundo, si dicha norma legal fuera derogada total o parcialmente, el deber de aplicar el precedente aún subsistiría, por mandato de la Constitución, y en adelante todo precedente judicial, sin importar la autoridad del cual emane, vincularía de forma inmediata. (Contreras, 2011, p. 359)

En ese orden de ideas, podemos ir entendiendo la diferencia planteada: se entenderá por jurisprudencia la pluralidad de sentencias que emiten las autoridades judiciales, mientras que el precedente judicial tiene que ver más con la decisión anterior que se haya tomado respecto a un caso concreto y que será utilizada para la solución de casos posteriores.

María Victoria Parra define precisamente el precedente judicial en los siguientes términos:

Partiendo de reconocer, como se dejó reseñado con antelación, que el arbitrio judicial no es ajeno a la función judicial, se evidencia la necesidad de elaborar estrategias que permitan la corrección y racionalidad de la decisión judicial, técnicas dentro de las cuales se destaca el acogimiento de un modelo de vinculación relativa a los precedentes, a los cuales se reconoce utilidad interpretativa y argumentativa, al momento de aplicar el derecho frente a cada caso en concreto. (Parra, 2004, p. 248)

Si bien la autora no esboza la bifurcación terminológica ya expuesta, si apareja el concepto de precedente como el punto vinculante en la decisión judicial.

Sobre el mismo tema, Juan Igartua señala que en la expresión “precedente judicial” hay mucha vaguedad, puesto que puede referirse a tres cosas distintas, a saber:

En primer término, como una sentencia o conjunto de sentencias, que lógicamente emanan de un órgano judicial⁶¹. Igualmente puede significar una parte de una sentencia, específicamente aquella que contiene la decisión del caso y por último el término precedente judicial se usa para hacer referencia a la parte de una sentencia que contiene la *ratio decidendi* del caso. (Igartua, 2006, p. 193)

⁶¹ Lo cual entra en conflicto con la definición de jurisprudencia y es allí donde los términos parecen ser ambivalentes.

Para Taruffo la *ratio decidendi* es la regla del derecho que fundamenta de modo directo la decisión y por ende es la que tiene eficacia vinculante, en tanto que los *obiter dictum* son las demás motivaciones de la sentencia, y aunque resultan útiles, no son su fundamento (2007, p. 87). Como herramienta para distinguir entre una y otra, señala el tratadista italiano, que deben establecerse los hechos de la causa, porque a partir de ellos se conoce la razón jurídica efectiva que dio lugar a la determinación.

En el mismo sentido, Bernal Pulido afirma (2008, p. 82):

En este contexto me referiré al precedente con las dos ideas que, de acuerdo con Bell, conforman este concepto, es decir: “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes” y exigir a los “jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante.

Así las cosas, es posible señalar que una sentencia tiene en su motivación distintas razones o argumentos en los que se funda, pero los imprescindibles, para resolver el problema jurídico de fondo, serán siempre los contenidos en la *ratio decidendi*, los cuales adoptan caracteres casi similares a los de las normas positivas en cuanto se convierten en vinculantes con las restricciones que implica dar su lugar a la discrecionalidad judicial, que no hace pétreo un precedente sino que obliga a quien lo inaplique a argumentar arduamente por qué el criterio unificado no se ajusta al caso concreto. Mientras que los *obiter dicta* no tienen efectos vinculantes, sino que quedan reducidos a ser razones persuasivas en las que se apoya la *ratio decidendi*, y podrían excluirse de la decisión sin que la solución quede incompleta, es más, en muchos eventos ni siquiera guardan hilaridad con el tema puntual, pero son de gran ayuda ilustrativa para el interlocutor.

En resumen, si jurisprudencia es el conjunto de sentencias proferidas por un alto tribunal, el precedente es la parte de la sentencia que fija unas pautas de interpretación frente a unos hechos y normas específicos, los cuales deberán ser considerados de manera explícita cuando haya que decidir frente a casos de las mismas o similares connotaciones fácticas y jurídicas. Por eso se dice que el razonamiento contenido en el precedente conduce a una regla, o lo que es lo mismo, a una norma jurídica.

Con respecto a esta primera diferenciación conceptual entre precedente y jurisprudencia, podemos afirmar que la sentencia o sentencias que constituyen un precedente permiten extraer las normas o reglas que regirán en adelante y de modo general. Por eso se dice que es una clase de derecho jurisprudencial en sentido estricto, porque tales decisiones precedentes llevan implícita o explícitamente valor normativo y tienen, en consecuencia, eficacia vinculante para el juez que tendrá que decidir teniendo como marco de referencia lo que otros jueces (precedente vertical) o él mismo han dicho en casos similares (precedente horizontal). De modo que en sistemas como el colombiano es una herramienta ineludible, al lado, claro está, del derecho legislado.

Por ello, los jueces que están ante un hecho de iguales o similares connotaciones fácticas deben tener, además de las normas aplicables al caso, como una de las herramientas para adoptar la decisión, el precedente fijado por la autoridad judicial correspondiente, a fin de determinar si se está frente a un precedente vinculante o si son hechos distintos y por ende no es aplicable. Esto lleva a que el precedente, en la práctica, tenga el mismo nivel de las normas positivas emitidas por el legislador ordinario, toda vez que si bien la sentencia que contiene el precedente resuelve un caso individual, las razones en que se fundamenta, esto es, el enunciado jurídico, regla o norma que de allí dimanar (*ratio decidendi*) se convierten en una disposición normativa de alcance general, abstracta e impersonal que vincula en adelante, toda vez que habrá de aplicarse siempre que la situación fáctica se repita, no solo en el

derecho anglosajón, sino en sistemas como el colombiano, salvo que se presenten circunstancias que permitan desechar su aplicación.

2.1.1 Doctrina probable

Por otra parte, se debe aclarar también la diferencia que existe entre los dos términos ya referidos y la expresión “doctrina probable”, la cual consiste en la existencia de tres decisiones o más sobre un tema específico emanadas del mismo órgano o tribunal de cierre. Esto significa que la doctrina probable por sí conlleva jurisprudencia, pero la jurisprudencia no necesariamente conlleva doctrina probable. En otras palabras, mientras que la jurisprudencia puede ser una, dos o más decisiones judiciales, ya sean conexas o inconexas sobre un mismo punto o no, la doctrina probable parte de tres decisiones en adelante sobre un tema y conexas sobre un mismo punto. De ahí que la doctrina probable tenga mayor rigor que la misma jurisprudencia, porque parte de temas específicos que dan relación a tres o más decisiones similares o análogas que se hayan tratado, e ir en contravía de ella implica, para quien la desconoce, una carga argumentativa mayor.

Se reconoce, entonces, que la jurisprudencia debe contar con la suficiente flexibilidad para ir a la vanguardia de una sociedad que evoluciona con el tiempo, y por eso si se petrifica la doctrina judicial como la normatividad misma, y se les otorga un criterio meramente obligatorio, se estanca la evolución del derecho y se torna en un elemento inútil para resolver problemas sociales, pues ambos irían por vías diferentes.

Ante la disparidad que representa la jurisprudencia, los jueces no pueden simplemente ignorarla, sino que en el evento en que discrepen de aquella, deben manifestarlo de manera explícita y adoptar o incluso crear —en caso de ausencia de jurisprudencia que aluda al caso puntual— por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley (Corte Constitucional, C-836, 2001), a partir de los hechos materialmente relevantes en el caso. Dicho de otro modo, se puede

considerar que aunque existan similitudes entre casos, pueden existir también diferencias relevantes no consideradas con el primer análisis y que impiden que el caso sub judice encaje perfectamente en lo que se considera precedente, por lo cual, al operador jurídico le estaría prohibido desviarse de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. Mirando la situación en otro plano, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados en detalle, tengan un término de comparación que permita asimilarlos en algún aspecto y aplicar para ellos una consecuencia jurídica igual.

El lugar que ocupa la jurisprudencia en el sistema de fuentes de derecho no se puede reducir a un simple criterio auxiliar, y menos aún si ella constituye doctrina probable por superar el número de sentencias similares sobre temas conexos, ya que es una figura que ha venido evolucionando hasta el punto que ha demostrado su importancia en cuanto a la aplicación dentro del sistema jurídico, y se ha convertido, más que en una opción para el juez o la administración, en una fuente formal y principal de derecho, cuya inobservancia debe basarse en aspectos claros y fundados, pues su desconocimiento, bien sea por ignorancia o por arbitrariedad, acarrea un desequilibrio en el desarrollo de los fines del Estado. De ahí que las decisiones ligeras necesariamente acarreen consecuencias para sus emisores, bien sea en sí mismas al desembocar en nulidades o revocatorias, o bien en contra del funcionario al hallarse posiblemente inmerso en una investigación disciplinaria penal por configurarse el hecho punible denominado prevaricato, ya sea por acción u omisión.

Por esto, a nuestro criterio, debe entenderse esta figura como fuente de derecho que varía, según el ordenamiento jurídico en el que se ubique y dada su importancia, en fuente principal o secundaria, pero su desconocimiento se imposibilita en cuanto a los aportes que hace en la administración de justicia, ya que armoniza el ordenamiento jurídico al tomar elementos de otras fuentes y fusionarlos en pos de una efectiva aplicación del derecho. Así, se puede ver que toma como base la norma escrita que habrá de descender al caso puntual, la analiza a la luz de la aplicación

de justicia y equidad con observancia estricta de los planteamientos constitucionales, y unifica criterios para lograr con ello fomentar la confianza del administrado en el sistema y la efectividad propia de este, así reduce la posibilidad de anarquía y error judicial.

2.1.2 Precedente como fuente de derecho

En lo que respecta al precedente como fuente de derecho y su obligatoriedad, en años recientes la Corte Constitucional discutió este tema y declaró la exequibilidad condicionada del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, bajo el siguiente presupuesto:

Siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como Juez de Casación, y los demás Jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.
(Corte Constitucional, C-836, 2001)

Luis Fernando Hernández toma como referente el mismo artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y la jurisprudencia constitucional, y sintetiza los requisitos de validez del precedente así (2009, pp. 163-165):

1. Estructura normativa implícita: “El valor vinculante de la doctrina probable presupone que los fallos continuados de los órganos de cierre, en su ratio decidendi, tengan estructura normativa, esto es, que la misma (i) cuente con un destinatario de obligaciones o sujeto pasivo, (ii) un titular de derechos y garantías o sujeto activo, (iii) un contenido deóntico, esto es, una formulación en términos del “deber ser” y, en fin, (iv) un medio de coerción que viabilice su objetivación en casos concretos”.
2. Jerarquía funcional superior del órgano de origen: “Para que el precedente tenga valor normativo es necesario que las providencias que lo componen hayan sido proferidas por el órgano judicial de cierre”.
3. Vigencia de las normas aplicadas en la creación de la subregla jurisprudencial: “las normas legales que sustentan las subreglas jurisprudenciales, o al menos sus contenidos jurídicos esenciales, han de

encontrarse vigentes al momento de proferir nuevos fallos en los que deba ser aplicado el precedente como fuente, pues los cambios normativos sustanciales legitiman, de suyo, la inobservancia de la doctrina probable, no por rebeldía frente a esta, sino por sujeción del juez al imperio de la ley”.

4. Coherencia interna de la línea jurisprudencial: “El valor imperativo del precedente depende, en buena medida, de la existencia de un alto grado de ‘coherencia interna’ en lo sustantivo de la línea jurisprudencial, dado a que las incongruencias manifiestas o la ruptura inapropiada del precedente horizontal por parte del órgano de cierre, restan vocación preceptiva a la doctrina probable del mismo”.

5. Contenido axiológico: las sentencias “han de concretar con solvencia la justicia material, pues, de lo contrario, el juez (...) previa observancia de una carga argumentativa y de transparencia que justifique su disidencia, podrá tomar partido por una decisión diversa (...) tanto el precedente horizontal como el vertical, pueden —y deben— ser desconocidos cuando los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico son afrontados por aquel”.

6. Paridad material entre los supuestos de hecho del precedente y el caso sub-judice: “Únicamente ante la paridad sustancial de los supuestos de hecho de los casos objeto de comparación, estará el juez obligado a observar el precedente como fuente de derecho”.

7. Pervivencia social, política y económica del precedente: la aplicación del precedente “depende, en fin, de que la decisión que funge como venero de la subregla jurisdiccional conserve la aptitud de resolver nuevas situaciones, no obstante las constantes variaciones de la realidad social, política y económica”.

Se puede concluir de éste acápite que, no cualquier sentencia judicial o serie de sentencias se erigen como precedente jurisprudencial con fuerza vinculante con vocación de convertirse en fuente primaria del derecho, sino que deben cumplir con una serie de requisitos como: tener estructura normativa, haber sido emitido por un alto tribunal, estar vigentes las normas en las que se fundamenta, ser la interpretación racional, coherente y sostenida, que concreta la justicia material, y que se aplicará con fuerza vinculante solo a casos con paridad fáctica y a los que la realidad social, política y económica permita su aplicación.

Si bien el ordenamiento jurídico nuestro emplea modelos de aplicación legal y racional del derecho (esto es, que la aplicación de la norma jurídica al caso concreto se acompaña de una justificación racional), hay que decir también que el debate que se presenta durante los últimos años tiene que ver con que esos razonamientos sean o no vinculantes y por tanto fuentes creadoras de derecho cuando son proferidas por las altas cortes. Y es allí justamente donde aparece la noción de precedente judicial, cuyo argumento principal se sustenta en que es beneficioso para el sistema jurídico en general, en cuanto ofrece mayor seguridad a los ciudadanos, quienes ahora apreciarán el derecho de una forma más predecible, y que al mismo tiempo es una figura capaz de evolucionar con el tiempo para poder solucionar aquellos casos oscuros o difíciles, ajustándose a una sociedad rápidamente cambiante.

Respecto a lo anterior, Pabón Mantilla señala:

Se encuentran aquí en disputa las ideas de certeza y dogmatismo, se busca construir un sistema alrededor del precedente que logre un equilibrio entre estos dos valores, de forma que se pueda hacer viable el seguimiento de decisiones anteriores, sin negar con ello la necesidad de movilidad que requiere el Derecho. (Pabón, s. f.)

Citando nuevamente a María Victoria Parra, se traen a colación tres argumentos que justifican y fundamentan la doctrina del precedente judicial:

El primero de ellos el denominado argumento *ab ejemplo*, donde el operador judicial acude a decisiones precedentes para aclarar el significado de una norma; el segundo argumento es el argumento de autoridad, que basa el fundamento del precedente en su fuente material, esto es, la autoridad judicial que configuró el precedente puede fundamentar su uso posterior y, el tercer argumento se basa en la denominada regla de justicia, esto es, que supuestos fácticos similares deben ser objeto de un trato equivalente, para lo cual se requiere cumplir con sub reglas de universalidad, consistencia y coherencia. (Parra, 2004)

En cuanto a la universalidad, el significado que un juez ofrece a un enunciado normativo debe ser expresado en términos universales, con lo cual se logra

establecer una serie de normas interpretativas universales que constituyen barreras contra la arbitrariedad, ya que los jueces decidirán los casos de manera similar a como fueron resueltos en el pasado y a como, en teoría, se deberán resolver en el futuro. Cuando se alude a la consistencia de las decisiones judiciales se hace referencia, a su vez, al criterio de justicia formal, conforme al cual se proclama que dos o más supuestos similares deben recibir igual tratamiento. Y, finalmente, la coherencia, por cuanto los precedentes en su justificación externa hacen referencia a la carga de la argumentación, parten de aceptar que casos similares deben resolverse en forma igual y mediante una interpretación que sirve como parámetro para la concreción de un enunciado normativo.

La jurisprudencia, vista de una manera pragmática y claramente distinta a los planteamientos consagrados en los párrafos anteriores, se viene utilizando en nuestro país de manera aleatoria e indiscriminada; o, para mayor precisión, su aplicación en las decisiones de los jueces de primer grado y de los entes administrativos a través de sus resoluciones está acogiendo sin distinción los argumentos dispuestos por los órganos de cierre, ya que, como se vio anteriormente, la gran cantidad de disposiciones que dichas autoridades emiten a diario provocan que el funcionario inferior elija adrede una providencia o, incluso, cualquier disposición consagrada en ella y le dé aplicación de manera directa, referenciándola como precedente, lo que Taruffo designa como máximas, y que en esta propuesta se interpretan como argumentos de derecho. Esto, en últimas, hace que se aluda al precedente, pero en realidad lo que ocurre es que se acude a la jurisprudencia de manera sesgada y fragmentaria, y para ello el operador de primer grado se apoya en su exuberancia, lo que hace más difícil conocer si realmente el pronunciamiento que se cita corresponde efectivamente al criterio unificado de la corte frente al problema jurídico que se invoca, o, por el contrario, es una providencia aislada que contradice la solución unificada, y en virtud de la cantidad de providencias aquello termina convertido, más que en la aplicación del precedente, en la utilización de un argumento de autoridad que por emanar de un

superior confunde incluso al funcionario de segunda instancia que tiene a su cargo la labor de desatar un recurso de alzada.

De esta manera, la jurisprudencia contendría en sí tanto argumentos principales como subsidiarios, sin consideración de los hechos puntuales, solo se exige para su aplicación la citación directa del cúmulo de sentencias si aquellas referencian un tema común, que no necesariamente implica una identidad fáctica, como sí se exige en el escenario del precedente, porque de entrada se reconoce que su carácter vinculatorio tiene sus bases en la necesidad de brindar una igualdad en la resolución de los problemas que los administrados presentan al operador a través de sus pretensiones, y como antesala exponen los hechos puntuales. De este modo, si lo que se busca con la aplicación del precedente es resolver casos similares con decisiones ya emitidas en el mismo sentido, el papel del acontecer fáctico es fundamental, y lo que se mira es que los hechos se concatenen, lo cual hace innecesario traer a colación una cantidad exorbitante de pronunciamientos, ya que con uno solo que resuelva el problema de manera clara, bastaría.

En lo que atañe a la finalidad que uno y otro persiguen, a partir del análisis realizado con base en los conceptos aportados por los autores, se propone en este momento una diferencia entre precedente y jurisprudencia, y es en lo que tiene que ver con los aspectos de ilustración y unificación.

Si se parte de la base de que uno de los factores que representan el precedente es precisamente la necesidad de otorgar una solución igual a un caso que represente los mismos supuestos de hecho, mal haría entonces en concluirse que a este punto llega la jurisprudencia, cuando de antemano se explicó que ella, entendida como un conjunto de sentencias, se expide enfatizando en supuestos de derecho, mientras los hechos quedan relegados a un segundo plano, y así ciertamente se encuentran similitudes entre una providencia y otra, pero se amplifica la diferencia de las situaciones que en principio dieron lugar a la emisión de la solución inicial, lo que posibilita la inaplicación de tal disposición por parte del operador de primer grado,

quien fácilmente podría argumentar que esta distinción abre una puerta para no aplicarla. De este modo se desdibujan dos de los cimientos que impetra el precedente en el ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica y la unificación conceptual.

La jurisprudencia se ha de entender entonces como el cúmulo de decisiones emitidas por un alto tribunal en ejercicio de sus funciones y obrando como órgano de cierre. Para configurarse requiere la existencia de varias disposiciones emitidas bajo el abordaje de un tema común, en las que se plasman criterios jurídicos; se conforma con tres tipos de argumentos principales: *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum*; y por lo demás no tiene un carácter realmente vinculante por ser precisamente un estamento genérico.

Por otro lado, el precedente, especialmente el vinculante, se diferencia de la jurisprudencia en que es identificable en un solo pronunciamiento, sin detrimento de que se repita en decisiones posteriores, pero lo cierto es que para su existencia no requiere voluminosas providencias. Del precedente también habrá que decir que no se desprende de cualquier tipo de argumento, pues se halla únicamente en la *ratio decidendi* o argumento central y fundante de una providencia.

Referenciando a otros autores en este punto, se halla otra diferencia conceptual, y es la siguiente: “Cuando se habla de Jurisprudencia o precedente, en sentido simple, no se habla de decisiones que deban ser seguidas por otros tribunales, pues su significado es genérico, situación que difiere del precedente vinculante que sí tiene carácter de obligatoriedad” (Bustamante y Agudelo, 2015, p. 163).

Finalmente, el precedente vinculante no necesariamente se encuentra en lo dispuesto por un alto tribunal o un organismo de cierre, que en últimas se conocería como precedente vinculante vertical, en el cual el órgano de primer grado se supedita a lo dispuesto por otro de mayor jerarquía. Se puede dar el caso de que no exista, y entonces el juez resuelva un caso puntual y de esta manera cree su

propia interpretación de la norma y brinde una solución al problema jurídico que se encuentra bajo su tutela. Esto lo obliga, en estricta aplicación de principios, a continuar ligado a ese criterio autoimpuesto, y de ese modo se crea un precedente horizontal, cuya variación pueda justificarse cuando los hechos del siguiente caso comporten elementos sustancialmente diferentes, cuando se pudiere ocasionar un daño social mayor si se aplica esta solución, o cuando la disposición normativa que le dé fundamento no se encuentre vigente o haya sido excluida del ordenamiento jurídico.

2.2 Precedente vinculante en el sistema Continental Europeo

Como ya se ha avizorado desde los acápites anteriores, los sistemas jurídicos escriturales, o *civil law*, basan su ordenamiento jurídico preponderantemente en la ley escrita, y únicamente reconocen rango superior a las constituciones, sin embargo, no han desconocido la jurisprudencia como parte integrante del sistema. Lo que se discute en este punto no es entonces la existencia o legitimidad de la jurisprudencia, sino más bien la fuerza que tenga dentro del ordenamiento.

Hay tendencia del Civil Law a privilegiar los conceptos jurídicos derivados de la aplicación de la ley, que a tomar en cuenta la solución pensada específicamente para el caso (...) la jurisprudencia entendida como una determinada comprensión de una regla permite acudir al resultado de la meditación sobre su correcta aplicación que por su movilidad ayuda a definir casos futuros y orienta sobre como ellos serán decididos. (Oteiza, 2015, p. 43)

De lo anterior se colige la efectiva aplicación de la jurisprudencia, al hallarse su valor en este tipo de sistemas, en la interpretación que puede hacerse de la norma escrita, redireccionándola en un mismo sentido y dejándola al alcance de los operadores judiciales o administrativos de inferior categoría. Esto quiere decir que, sin abandonar o restar valor al sistema normativo escrito, la interpretación jurisprudencial poco a poco va enraizándose en el ordenamiento, por la utilidad que ella conlleva.

Claramente se ha observado que esta figura se ha ido revistiendo de fuerza dentro de los sistemas continentales, y se ve en unos estados más marcada su aplicación que en otros, pero en todo caso la tendencia apunta a que cada día alcance un papel más protagónico, pues su utilización facilita más la práctica judicial al permitir unificación de criterios a través del seguimiento hecho a las decisiones de los jueces de mayor jerarquía, que a su vez analizan un caso concreto y fijan lineamientos para dar solución a posteriores casos en el mismo sentido.

Diferentes estados observan la figura del precedente, unos le otorgan mayor fuerza vinculante, otros la reconocen como herramienta práctica pero auxiliar, y otros diferencian dicho carácter vinculatorio según el órgano emisor de la providencia invocada.

En Argentina se observa que su Constitución tiene aspectos muy similares a la Constitución norteamericana. Pero como el sistema jurídico argentino no se basa en el *common law*, no rigió en el país (de modo expreso) la doctrina del “precedente”, o del *stare decisis*, y el tribunal inferior, como regla, no está obligado por las decisiones del superior. Por tanto, la jurisprudencia no es unificada. La Constitución Nacional data de 1853, y se asemeja a nuestro sistema en cuanto se ejecuta la división de poderes y la Carta la resguarda un tribunal o corte constitucional, cuyos pronunciamientos reflejan la interpretación que debe hacerse de ella.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia argentina, no se obliga a sí misma con sus decisiones, ya que puede simplemente apartarse o variar posturas anteriores en cualquier momento, Ahora bien, en lo que atañe a la vinculatoriedad para los jueces inferiores, se tiene que es obligatoria si resuelve temas federales, de resto no tiene fuerza vinculante, pero sí un valor ilustrativo y un deber moral de acatamiento. Otorga la Corte, entonces, de manera expresa a los tribunales inferiores facultad para apartarse de sus postulados, si evocan razones o

argumentos valederos y si lo hacen expresamente (Amaya, 2015). Sobre este tema Néstor Pedro Següés (2006) concluyó lo siguiente:

En Argentina, un país ajeno al common law, su Corte Suprema nacional también creó una especie de stare decisis criollo, respecto de los fallos de ella misma. No tan fuerte como el estadounidense, permite apartarse de su eficacia vinculante quizá con mayores excusas y posibilidades de éxito, en tanto que el tribunal del caso proporcione nuevos y relevantes argumentos para eludir la directriz de la Corte. Actualmente, muchos tribunales supremos provinciales, con o sin norma habilitante, están intentando lo mismo respecto de su jurisprudencia. En ciertos casos se trata de un derecho consuetudinario en gestación.

De esta manera, se puede concluir frente al ordenamiento jurídico argentino, que si bien se ha reconocido un valor a la jurisprudencia, no trasciende verdaderamente hasta el punto de estandarizar la administración de justicia, por el contrario, es amplia la facultad del operador judicial para apartarse de las decisiones de sus superiores, simplemente señalando que no se habrán de seguir por no considerarse necesarias, sin que aparentemente aquello implique algún tipo de sanción ni para el operador ni para el pronunciamiento que emitió; sin embargo, se reconoce que es un Estado en evolución y el concepto ha venido haciendo carrera en el sistema judicial interno.

España, por su parte, también cuenta con un tribunal constitucional cuyos pronunciamientos se reconocen incluso por la misma legislación como vinculantes, de hecho, si en ellos se determina que una disposición legal ordinaria va en contravía con la Constitución, deben ser retirados del ordenamiento jurídico. Además, valora aspectos inherentes a derechos fundamentales y sus determinaciones en este sentido, si bien producen un efecto interpartes, plantean lineamientos generales que deben ser tenidos en cuenta al momento de interpretar una norma (Bujosa, 2015).

Ahora bien, dada la pertenencia del País Vasco a una comunidad internacional y la fuerza que esta refleja, el escenario de aplicación jurisprudencial se amplía a las

disposiciones que estos tribunales internacionales emiten, más aún porque los temas debatidos en esa instancia se relacionan estrechamente con derechos humanos, lo que hace menos viable apartarse de la aplicación de esos fallos que aparejan un efecto *erga omnes*.

Sin embargo, situaciones que tienen que ver con la emisión de decisiones judiciales en materia ordinaria por parte del Tribunal Supremo (TS) no tienen el mismo carácter vinculatorio, y en este caso el precedente no tiene los efectos que tendría una norma escrita, ya que esto implica un cambio de paradigma que si bien se ha venido implementando lentamente, aún se encuentra en proceso de institucionalización.

Sobre este tema Juan Igartua Salaverría (2006, p. 197) concluye lo siguiente:

¿Cuál sería entonces la fuerza vinculante de los precedentes del TS? La nomofilaxis y la unidad jurisprudencial (con sus valores anejos: universalizabilidad, seguridad, justicia formal, etc.) no bloquean las nuevas soluciones sino establecen una “regla de juego” imponiendo a quien se distancie del precedente del TS la carga de argumentar las innovaciones (en la línea de Alexy o de Kriele), pero también —y en reciprocidad— obligando al TS a reexaminar críticamente su propia doctrina para ver si la diformidad tiene o no razón de ser y, de seguido, anular la sentencia impugnada si procede o cambiar de jurisprudencia, pero motivando tanto una cosa como la otra. De cualquier modo, nada que ver con la extremosa tesis de —entre otros alguno de nosotros— defendiendo “el carácter vinculante de su doctrina (del TS) y la eventual posibilidad de *prevaricar* al ignorarla a sabiendas o por ignorancia inexcusable (Laporta: 273); tesis que —por si aún faltara algo— ata inexorablemente al mismo TS a sus propios precedentes; porque ¿cómo podría permitirse el TS aquello que para el resto de jueces y tribunales supone *prevaricar*? (cfr. Chiarloni: 626-628).

Por ello se concluye que la fuerza vinculante del precedente realmente no es mucha si se incluye en la motivación de la sentencia una buena carga argumentativa para apartarse de los postulados del Tribunal Supremo. Incluso éste no se ata a sus propios preceptos, ya que los puede modificar per se o por los nuevos argumentos

que exponen los jueces inferiores al abstenerse de dar ciega aplicación a sus ponencias.

En Brasil se ha establecido una distinción en las decisiones judiciales: al primer grupo se le otorga un criterio auxiliar, de mera consulta o fuente secundaria de interpretación sobre la que no existe obligatoriedad de seguimiento aunque no se desconoce su valor ilustrativo, y otro grupo de decisiones que habrán de acatarse sin asomo de discusiones, que, como se puede inferir luego de haber leído los presupuestos aplicables en los demás países, las emite el Supremo Tribunal Federal quien tiene a su cargo la salvaguarda constitucional.

El recuento jurisprudencial se conoce como *Súmulas*, que vendría a ser la emisión de un texto en el que se resumen las decisiones más importantes de los tribunales de cierre, y se tiene que la obligatoriedad emana entonces del órgano emisor, por lo que es posible hablar de súmulas vinculantes y meramente ilustrativas.

El sistema jurisprudencial en Brasil trabaja a partir de dichas súmulas del Supremo Tribunal Federal, las cuales versan preponderantemente sobre recuentos de la jurisprudencia dominante en temas polémicos, actuales o de intereses especiales, y es la forma de hacer públicas las decisiones que adoptan el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia. En principio los tribunales inferiores no están obligados a seguir las súmulas, pero la tendencia se encamina a que el Tribunal dicte súmulas vinculantes en materias especiales y cuando en ello exista mayoría calificada.

Otro país de sistemática continental donde se aborda el tema del precedente es Perú, un país de tradición normativa pero donde la figura del precedente no es desconocida. Lo que se ventila ahora es el carácter vinculatorio que el criterio representa, y se concluye de entrada que el tema es tratado con más informalidad de la que se quisiera por no alcanzar aún un estándar tan alto como el de la disposición normativa, y los efectos de las decisiones de los tribunales a lo sumo se

pueden tornar en vinculantes dentro de las mismas especialidades, lo que hace que sus efectos sean *erga omnes* relativos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí adopta decisiones que cataloga de entrada como obligatorias, sin consideración de la especialidad en que deban adoptarse, sino que sus efectos se extienden de manera indistinta para todos los operadores inferiores (Aguila, 2015, p. 202 y ss.).

Eduardo Oteiza refiere en su obra “El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina” que Monroy Gálvez menciona lo siguiente:

La legislación peruana requiere que los “principios jurisprudenciales” de las salas de la Corte Suprema sean publicados, son obligatorios. En el caso de que un juez decida apartarse de los “principios jurisprudenciales”, o la Corte Suprema resuelva modificarlos, deberá motivar esa decisión. A pesar de la obligatoriedad de los referidos principios jurisprudenciales, el número de sentencias dictadas por la Corte impiden su clasificación, ordenamiento y sistematización. (Oteiza, 2007, p. 26)

De estas breves referencias se pueden extraer puntos comunes, que más adelante se cotejan con lo dispuesto para Colombia. Y es que la figura del precedente vinculante si bien se ha venido implementando gradualmente y no es una figura desconocida, tampoco viene revestida con la fuerza suficiente para cambiar la sistemática normativa que estos países han desarrollado a lo largo de la historia, o por lo menos no por ahora, pero sí encuentran un punto de convergencia inequívoco en temas de derechos humanos y temas constitucionales, en los que las emisiones propuestas por los tribunales o cortes que tienen a su cargo su salvaguarda e interpretación son de obligatorio cumplimiento y producen efectos *erga omnes*, y ello significa que su desconocimiento, incluso motivado, representa una violación directa al texto que interpreta y por ende representa una ilegalidad flagrante.

La vinculatoriedad en las decisiones de estos órganos, que asumiremos como precedente, desarrolla principios comunes en cada Estado, como son la igualdad, la seguridad jurídica y la unificación.

2.3 Precedente vinculante en Colombia

Como se ha desarrollado desde el capítulo anterior, la jurisprudencia en Colombia ha variado en cuanto a su connotación desde el nacimiento mismo de las altas cortes, y durante diferentes periodos históricos se ha considerado bien como criterio auxiliar o bien como fuente principal del derecho.

A partir de la creación de la Constitución de 1991 y su correspondiente Tribunal Constitucional, el concepto de precedente también ha sido abordado de diferentes maneras, ello ante la necesidad de dar una interpretación a lo dispuesto en el Artículo 230 de la Carta Política, que esboza los conceptos a los que viene atado el juez, y en virtud de su promulgación anterior a la norma de normas colombiana, se crea también la necesidad de definir si las disposiciones consagradas en las leyes 169 de 1896 y 153 de 1887 seguían vigentes, estaban derogadas por la nueva Constitución, o requerían ser reinterpretadas bajo exequibilidad condicionada, tarea asignada a la Corte Constitucional.

2.3.1. El precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es el alto tribunal de más reciente creación en Colombia, pues si bien la Corte Suprema de Justicia tenía algunas funciones de control constitucional, abarcaba mucho más que esto y surgía la necesidad de un tribunal independiente que centrara todo su interés en la Norma Constitucional cuyos preceptos son de naturaleza disímil a los de la ley ordinaria.

Como corte independiente, la Corte Constitucional, creada a partir de la Constitución de 1991, entró a operar realmente en el año 1992 y sus sentencias, cuya función primigenia no es otra que interpretar el nuevo texto legal superior, han venido nutriendo con nuevos elementos la forma como se venía entendiendo el sistema jurídico, en virtud del análisis de normas superiores que hacen inviable continuar con un sistema netamente legalista y normativo.

Respecto de la fuerza vinculante de su jurisprudencia, la discusión ha suscitado gran interés, pues la misma Corte en sus sentencias fijó su alcance, amparada por los artículos 241 y 243 de la Constitución.

ARTÍCULO 4o. 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.

ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo.

ARTÍCULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Respecto de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional, la misma Corte, en la sentencia SU-640 de 1998, dijo:

La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico.

Como se observa, la Corte establece con claridad que sus sentencias son de obligatorio cumplimiento y derivan su fuerza directamente de la Constitución, por ser la norma de normas, vértice y eje articulador del ordenamiento jurídico, por tanto sus sentencias, al ser la interpretación autorizada de la Constitución, tienen el mismo carácter.

Una de las primeras sentencias en las que la Corte se refirió al tema fue en la sentencia C-104 de 1993, en la cual sostuvo que:

La diferencia entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la constitucional, es que (i) las sentencias de la Corte Constitucional, como las del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad —art. 175 del código contencioso administrativo— tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes; de manera que (ii) la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, constituyendo solo un criterio auxiliar —art. 230 Superior—, mientras que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional —art. 243 CP—, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

En otras sentencias también diferenció la fuerza vinculante que tienen las partes de sus decisiones: la parte resolutive o *decisum* tiene efectos de cosa juzgada, y cuando son sentencias de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes*; igualmente, la *ratio decidendi*, o razones sobre las que fundamenta sus decisiones, tiene efectos vinculantes ya que se trata de “cosa juzgada implícita”; y los *obiter dicta*, o cosas dichas de paso, no tienen carácter obligatorio, pero sí les reconoce un carácter persuasivo.

En la sentencia C-131 de 1993, dijo:

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

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

La *ratio iuris* de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la

Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta.

Igualmente, en la sentencia C-241 de 2010, la Corte Constitucional recogió la distinción que había hecho en la sentencia T-292 de 2006, así:

El decisum o parte resolutive, debe ser entendido entonces como la solución concreta a un caso de estudio, es decir, la determinación de si la norma es o no compatible con la Constitución. Esta parte de la decisión tiene efectos erga omnes en las sentencias de constitucionalidad (artículos 243 de la Constitución y 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996) y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos.

(...)

La ratio decidendi, por el contrario, corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la “formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial”. (...) La ratio decidendi está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por “los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”, sin los cuales “la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento”.

(...)

El obiter dicta no tiene fuerza vinculante y como se expresó, constituye criterio auxiliar de interpretación.

En Conclusión, no ha habido tanta polémica respecto de la obligatoriedad del precedente de la Corte Constitucional, debido a que prontamente, después de su creación y por vía de su propia jurisprudencia, la Corte aclaró el alcance y la fuerza vinculante que en sí consagraba, de lo cual se extrae que existen consecuencias jurídicas al momento de apartarse de dichos postulados.

Lo anterior se puede resumir así: por ser la Corte Constitucional la intérprete autorizada de la Constitución, sus sentencias de constitucionalidad tienen carácter obligatorio, prevalecen sobre las leyes por ser el juez del Congreso, y como tal

puede excluirlas del ordenamiento jurídico. Así, tanto el *decisum* como la *ratio decidendi* de sus sentencias de constitucionalidad tienen fuerza vinculante y efectos *erga omnes*; y en cuanto a sus sentencias de tutela, su parte resolutive o *decisum* tiene efectos interpartes, pero la *ratio decidendi* fija el contenido y alcance de los derechos fundamentales, lo que las convierte en precedente obligatorio, aceptando de suyo que los dichos de paso no ostentan la misma condición, pues se aclara nuevamente que al no configurarse como argumentos centrales bien podrían ser prescindibles a la hora de la emisión de la sentencia, mas resultan útiles para ilustrar su alcance.

Así las cosas, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional es obligatorio para todos los operadores jurídicos y todas las ramas del poder público, sea legislativo, ejecutivo o judicial, y sólo el poder constituyente, al modificar la Constitución, puede restarle valor al precedente al cambiar las normas constitucionales en las que se basó la decisión, con la limitante para el poder constituyente primario que no puede sustituir al constituyente primario modificando totalmente la Constitución, o la misma Corte al determinar la necesidad de implementar una variación, dada la actualidad de las circunstancias o el contexto en que esta deba ser acogida. Así lo dijo en la sentencia C-816 de 2011, en la que resolvió:

Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia (subrayado de los autores).

Además tiene la peculiaridad que con una sola sentencia que la Corte emita se constituye un precedente jurisprudencial obligatorio, no requiere la pluralidad de sentencias exigidas para el precedente de las demás Cortes y esto, a la luz del análisis que se hizo en el subcapítulo 2.1 de la presente propuesta, es la expresión

verdadera de la definición de precedente, que aísla la posibilidad de confusiones o interpretaciones selectivas por parte de los jueces inferiores, lo que no ocurre con la aplicación de la doctrina probable, que se funda en la cantidad de emisiones de decisiones en la misma línea.

Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias tanto de la Corte Constitucional -art. 21 del Decreto 2967 de 1991-, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad -art. 175 del código contencioso administrativo- tienen efectos *erga omnes*, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos *inter partes*.

Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio⁸⁵, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior. (Corte Constitucional, C-104, 1993).

Este tipo de conclusión se emite entonces de manera anticipada y referente a la generalidad de la temática del precedente analizada a la luz de los pronunciamientos y posición del máximo tribunal constitucional. Sin embargo, y para descender al caso concreto y enfocarnos en el objeto de análisis de esta propuesta, debe hacerse un recuento de la situación del precedente en materia específica como es la administración pública, razón por la cual es preciso avanzar hasta el siguiente capítulo, en el que después de estudiar las funciones de la autonomía judicial y de la administración como función reglada, se abordará el tema del precedente en la administración de justicia, para lo cual se analiza la normativa emitida para esta área.

⁸⁵ El precedente obligatorio es denominado "stare decisis" en el sistema anglosajón.

2.4 Autonomía judicial

En un sistema social y democrático de derecho como el que adopta Colombia, se observan varias particularidades que lo diferencian de otros sistemas de gobierno. En primer lugar, los ciudadanos que lo integran participan de un modo activo en la temática gubernamental, si bien no ejerciendo el poder de manera directa por tornarse imposible materialmente al derivarse aquello en una anarquía sin sentido, si lo hacen eligiendo a sus gobernantes y legisladores en una actividad reglada, ya que tanto gobernantes como administrados ejercen sus funciones con apego estricto a las leyes preexistentes que, en el caso de los primeros, otorgan una serie de poderes para regentar el país, pero imponiendo limitantes, a fin de que el poder efectivamente se ejerza en pos de un bienestar común.

En ese orden de ideas, y a fin de que el poder cedido por el pueblo no se enfrasque en un núcleo que pueda desdibujar el sistema y desembocarlo en una dictadura, se ha depositado en instituciones, conocidas como ramas del poder público, independientes, autónomas e iguales por lo menos en teoría; son ellas la ejecutiva, la legislativa y la judicial.

La rama ejecutiva es liderada por el mandatario estatal o presidente electo, y a su vez está integrada por gobernantes departamentales, distritales y municipales con sus respectivos ministerios, secretarías, superintendencias y demás dependencias que los conforman. En esta rama se despliegan funciones tales como hacer cumplir las leyes, mantener el orden público, organizar los servicios para la población, recaudar y destinar los impuestos, administrar las relaciones internacionales, distribuir las riquezas del país en todos los sectores que lo integran y proponer ante el poder legislativo proyectos de ley que se tornen necesarios para el buen funcionamiento del Estado, entre otras muchas funciones, en las que no nos detendremos por no tratarse del tema central de la investigación que se adelanta, sino un elemento importante para acreditar un punto que se expondrá más adelante.

En otro plano se encuentra el poder legislativo, cuya facultad no solo se vierte en la creación de leyes, sino también en la modificación y extinción de aquellas en el ordenamiento jurídico. Tal facultad implica la posibilidad de regular las conductas de los administrados, en nombre del pueblo, quien a su vez eligió a los integrantes de este órgano, y de establecer cuáles son los derechos y las obligaciones de sus habitantes, siempre teniendo en cuenta que dichas disposiciones normativas deberán concordar con las disposiciones constitucionales que consagran en todo caso la voluntad del constituyente primario, es decir, el pueblo mismo.

Para ejercer dicha facultad, el poder se ha depositado, no en un representante unitario o un líder ejecutivo como en la rama anterior, sino en un cuerpo colegiado que representa a todas las corrientes de pensamiento del país. En Colombia se estaría hablando a nivel central del Congreso de la República, integrado por el Senado y la Cámara de Representantes, cuyos integrantes son elegidos por voto popular. La emisión de las leyes se hace con apego estricto a un procedimiento que incluye una ponencia, bien sea de un determinado sector, por iniciativa de uno de sus integrantes o por petición expresa de un gran número de ciudadanos, lo cierto es que después de radicado el proyecto, continúa con el debate interno en cada una de las cámaras y la posterior votación del Congreso en pleno, y de salir adelante, culminaría con la sanción presidencial de la ley y su ejecución. En los niveles departamental y municipal, son las asambleas departamentales y los concejos municipales los que ejercen la misma función, pero sectorizada.

Finalmente, otra parte del poder se encuentra depositada en la rama Judicial. En Colombia, a diferencia de otros países, sus representantes no son elegidos por el pueblo, sus mayores exponentes nacionales, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son elegidos así: la Corte Suprema, que la integran 23 magistrados, elige ella misma sus integrantes, al igual que el Consejo de Estado, cuyo cuerpo se compone de 31 magistrados (Ley 270 de 1996, art. 15). Los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República (Ley 270 de 1996, art. 34) para períodos individuales de ocho años, de

ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Constitución Política de Colombia, Art. 239).

Esta rama del poder público está conformada por magistrados de las altas cortes, magistrados de tribunales de distrito, jueces especializados, de circuito y municipales, todos ellos, a diferencia de los magistrados de las altas cortes, ejercen sus funciones tras superar un concurso de méritos, al que pueden acceder los abogados titulados que cumplan con los requisitos consagrados en la Ley 270 de 1996, cuyo nombramiento se hace en carrera judicial.

Una vez hecha esta distinción, es preciso abordar entonces la temática de la función judicial.

La discriminación anterior es importante con respecto a la autonomía, por cuanto para abordar dicha temática se hace necesario saber si se habla de una autonomía externa o interna; en el primer evento como se vio, es requisito *sine qua non* que el poder judicial esté separado totalmente del ejecutivo y del legislativo para hablar de verdadera autonomía, ya que si este poder converge o se subordina a alguno de los citados no podría entenderse que despliega sus funciones con verdadera autonomía, puesto que es claro que estaría actuando en cumplimiento de la voluntad de alguien más y de hecho no se hablaría de la justicia como expresión del poder estatal, sino como una simple autoridad, que cumple una labor estratégica dentro de la sociedad (Guevara, 2011, pp. 148-152).

En el caso colombiano, en principio no habría problema en aseverar que el órgano jurisdiccional cuenta con verdadera autonomía externa, ya que la rama judicial es autónoma en cuanto a su conformación, pues sus exponentes no son nominados directamente por el ejecutivo o el legislador, sino que, como se expuso más arriba, las altas cortes eligen a sus propios integrantes y los tribunales y despachos judiciales se proveen con nominadores que ingresan al cargo a través de concurso de méritos. Asimismo, las decisiones que adoptan no tienen controles del ejecutivo

para su materialización, y los recursos que sobre ellas deben desatarse se resuelven en el mismo órgano, en cabeza de un superior funcional que determina su adecuación a la norma vigente y al sistema jurídico en general.

Subsanado entonces este primer requisito de independencia de poder, inherentemente ligado al tema de autonomía judicial por ser imposible separar al ser del operador jurídico, conviene desarrollar el problema de la autonomía interna, que no es otra situación que la independencia que tienen los jueces de menor jerarquía frente a sus superiores funcionales, y establecer si los pronunciamientos de los primeros generan algún tipo de limitante en las decisiones de los últimos; resulta entonces crucial determinar, en caso de concluirse que en efecto existe tal limitante, de qué tipo es y qué consecuencias acarrea su inobservancia.

La pregunta podría responderse a la luz de lo expuesto en el artículo 5 de la Ley 270 de 1996, por medio de la cual se regulan los temas inherentes a la administración de justicia que al tenor literal reza: “Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para oponerle las decisiones o criterios que debe adoptar en sus providencias” (Congreso de la República, Ley 270 de 1996, art. 5). De manera que el superior funcional no podrá indicarle al inferior cómo debe ir encaminada una decisión, a menos que se esté desatando un recurso de alzada, en el que al ejercer precisamente una de sus funciones, el funcionario de mayor jerarquía, al descubrir un yerro en la providencia de *a quo*, deba revocar su decisión, teniendo el inferior que estarse a lo resuelto por el superior; pero en un escenario extraprocesal, esta situación no sería de recibo.

Al juez superior no le es dable interferir en las decisiones de los funcionarios de menor rango, ya que ni siquiera es su superior jerárquico, ni dependen directamente de su voluntad para fungir como juzgadores; únicamente son funcionarios que ostentan una superioridad funcional que les permite desatar recursos y modificar

decisiones, pero sólo en atención a la normatividad vigente y dentro del marco procesal.

Ahora bien, no queda resuelto el asunto de la independencia judicial a la luz de los objetivos trazados en el presente trabajo, que tocan directamente con la temática del precedente jurisprudencial y de la vinculatoriedad que genera; por lo que es preciso, después de haber abordado estos puntos objetivos, pasar al tema puntual.

El funcionario judicial tiene a su cargo la administración de justicia, es decir que sus disposiciones están encaminadas a resolver de fondo las peticiones de los administrados en cuanto atañe a la resolución de conflictos, no conforme a su íntima convicción sino bajo la observancia celosa del sistema jurídico preestablecido; es una carga inherente a la función judicial acatar la ley positivizada, sin tergiversar o saltarse su contenido o su forma. Lo anterior podría catalogarse entonces como la sumisión o el respeto de la Ley, pues como se vio en párrafos anteriores, ella es la expresión de la voluntad del pueblo, creada a través de un trámite complejo del órgano designado por voto popular para tales efectos. La observancia del juez del ordenamiento jurídico implica un deber de respeto de la soberanía legislativa como poder previamente establecido.

Así las cosas, el problema jurídico que nos enmarca no está en el hecho de que el juez deba ceñirse a la norma como fuente formal de derecho para la emisión de sus sentencias, ya que ello no está en tela de juicio, lo que realmente debe analizarse en este punto es si el juzgador está atado, por decirlo de alguna manera, a la norma como expresión codificada únicamente, o si la expresión “el juez sólo está sometido al imperio de la ley” (Corte Constitucional, C-836, 2001, p. 64) apareja otras opciones, por ejemplo la jurisprudencia como fuente del derecho, como parte integrante del sistema jurídico.

En la sentencia C-284 del 2015 se establece el concepto del alcance de la ley en la siguiente forma:

Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimiento o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la República sino también —y entre otros cuerpos normativos— los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas —en desarrollo de sus atribuciones constitucionales— por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la República (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257). El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado.

En dicha providencia también se analizó el concepto de *jurisprudencia* y el papel que desempeña dentro del ordenamiento jurídico, y el concepto de *precedente vinculante judicial* como fuente del derecho, en los siguientes términos:

La jurisprudencia comprende el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial. A pesar de su calificación como criterio auxiliar, este Tribunal ha concluido “que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales.” Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable. (Corte Constitucional, C-284, 2015)

Como se vio anteriormente, en Colombia la jurisprudencia ha atravesado un largo camino. Tanto es así que, como se dijo antes, en la Constitución Nacional de 1886 y en las normas que en virtud de ésta rigieron, se fijaron criterios de aplicación de

la jurisprudencia y se determinó que era doctrina legal obligatoria para los funcionarios de inferior rango, evento que se sostuvo hasta 1896 cuando la misma Corte Suprema de Justicia, al determinar lo perjudicial que ello resultaba por la desnaturalización del sistema y el estancamiento del derecho, logró que desde el Congreso se reconociera la jurisprudencia solo como criterio auxiliar; situación que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuando este concepto de jurisprudencia como criterio auxiliar volvió a reevaluarse y a valorarse su necesidad, y se llegó a la pasiva conclusión de que por lo menos en lo que atañe a las decisiones emanadas del guarda constitucional, sí deben tener una vinculatoriedad, lo cual se conoce como Doctrina Constitucional.

En este punto y frente al tema puntual, es dable analizar los preceptos consagrados en el Artículo 230 de la Constitución, que refiere cuáles son las fuentes del derecho que observarán los jueces y las autoridades administrativas en sus providencias; la importancia de esto radica en los múltiples intentos que ha habido, a partir de su emisión, para modificar lo allí dispuesto.

En virtud de que dicho artículo determina que es la ley la fuente principal del derecho y que las demás figuras, como la jurisprudencia, la doctrina, los principios, entre otras, son solo criterios auxiliares, se ha tenido que decantar este tema a nivel jurisprudencial, para reconocerle a la ley carácter de fuente principal del derecho y poderla ubicar en un escenario importante, entendiendo que de la lectura exegética, aquella no sería vinculante.

Vista la ambigüedad que ésta disposición desataba, se han propuesto proyectos de reforma del Artículo 230. El 29 de octubre de 2002 el señor ministro del Interior, la Justicia y el Derecho, Dr. Fernando Londoño Hoyos, propuso una nueva redacción al artículo que quedaría así: "Artículo 230. Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley. Los principios generales de derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración

normativa”. Sustenta lo dicho en la explosión de motivos consagrada en el proyecto, donde se indica que la administración de justicia es el elemento basilar de un modelo democrático y el pilar de una sociedad organizada, y con ella se busca la resolución de los conflictos sociales, bien sea entre los ciudadanos o entre éstos y el Estado. El objetivo es encontrar respuestas a los problemas de convivencia ciudadana con la emisión de respuestas justas consagradas en sentencias prontas y oportunas (Ministerio del Interior, Justicia y el Derecho, 2002).

Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia.

El proyecto tenía como finalidad ampliar las fuentes del derecho esbozadas por el legislador, y también buscaba formalizar la jurisprudencia como fuente principal del derecho.

En el año 2008, el ministro del Interior, Dr. Fabio Valencia Cossio, emitió un nuevo proyecto legislativo tendiente, entre otros aspectos, a modificar lo dispuesto en el Artículo 230 de la C. P., para que quedara redactado así: Artículo 8º. El artículo 230 de la Constitución Política quedará así:

Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. La ley podrá determinar los casos en que la jurisprudencia sea obligatoria.

En la exposición de motivos del acto legislativo se indica que existe la imperiosa necesidad de garantizar la independencia judicial en vía de respetar la primigenia división de poderes, como medio para salvaguardar la imparcialidad de los jueces, lo que a su vez es una garantía para el usuario y para la credibilidad del sistema. Con este proyecto se buscó lograr la obligatoriedad del precedente, no entre los jueces, sino con relación a las autoridades administrativas (Ministerio del Interior, Justicia y el Derecho, 2008).

En el 2010, la llamada “Comisión Bonivento” propuso el siguiente texto:

Artículo 230. Los jueces en sus providencias están sometidos a la Constitución y la ley. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en lo de su competencia, deberá ser considerada y acatada por jueces y magistrados, quienes, según el caso, podrán apartarse de dicha jurisprudencia, exponiendo, de manera expresa y clara los motivos que justifiquen tal separación. Las demás autoridades públicas deberán aplicar la doctrina jurisprudencial respectiva, so pena de la imposición de las sanciones que establezca la ley. La equidad, la doctrina y los principios generales del derecho son criterios complementarios de interpretación. (Reforma a la Justicia, 2010)

De lo anterior se extrae que desde la emisión original del Artículo 230 de la Constitución, se ha analizado la necesidad de otorgar un papel más protagónico a la jurisprudencia, y por ende en varias ocasiones se ha tratado de modificar el texto original. Algunos autores han abordado el tema, y es pertinente citar un aparte del texto propuesto por Natalia Bernal Cano, en el que concluye que:

(...) si la Ley se considera la fuente más importante del razonamiento, la jurisprudencia sólo podría considerarse como un criterio auxiliar de interpretación sin mayores exigencias. Esta interpretación basada en la separación estricta de las fuentes del derecho según su origen anglosajón o romano-germánico desequilibra el valor de las fuentes en los razonamientos judiciales y restringe los procesos de creación del derecho. Al respecto manifestamos que los sistemas citados no excluyen el poder creador del juez constitucional, ni siquiera cuando se busca garantizar la prelación de la Ley positiva. Si el sistema anglosajón y los sistemas codificados o romano-germánicos pueden ser convergentes en cuanto al activismo judicial, ¿por qué se afirma que son totalmente separadas la forma abstracta y concreta de justicia constitucional o por qué puede afirmarse que la sujeción a la Ley puede implicar una desobediencia o el menor valor de la jurisprudencia? (Bernal, 2010, p. 15).

Siguiendo los postulados de la autora habría que concluir que el juez es autónomo en lo que atañe a la adopción o no de la jurisprudencia, ya que considera que únicamente está atado por la ley estricta si se habla de un sistema jurídico romano germánico o codificado como el nuestro; además, claro está que debe obligarse a

seguir los preceptos constitucionales. Bernal Cano considera que la jurisprudencia es un criterio auxiliar que brinda gran apoyo a las decisiones judiciales, un elemento que nutre el sistema jurídico, sin embargo, asevera que no es vinculante en cuanto ello desnaturalizaría un sistema codificado.

Se refiere de forma puntual al precedente, señalándolo como un argumento reiterado que se observa en las providencias judiciales y que sirve como herramienta para que otros jueces resuelvan más fácilmente litigios similares. No se observa en este trabajo discriminación alguna de las clases de precedente, pues se concluye que ninguno es vinculante, y es enfática en determinar que en un sistema codificado mal podría hablarse de otorgar a la jurisprudencia un papel protagónico en el sistema jurídico, y la reduce sólo a un elemento ilustrativo para el ejercicio judicial.

Por otro lado, para Carlos Bernal Pulido la jurisprudencia sí resulta ser una limitante a la autonomía judicial en algunos eventos, cuando aquella supere cuatro requisitos que en suma serían:

a) Precisar si en la jurisprudencia, si en el precedente, existe una norma jurídica que prescribe la realización u omisión de una conducta; b) Precisar si existe un destinatario que tenga el deber jurídico de realizar u omitir la conducta señalada por la norma contenida en la jurisprudencia; c) Precisar si existe un titular que tenga el derecho a exigir judicialmente la realización de la conducta contenida en la norma jurisprudencial, y d) Precisar si existe una sanción que se pueda imponer al destinatario, en caso de no cumplir la conducta debida fijada por la regla jurisprudencial (Bernal, 2003, p. 32).

Este autor, a diferencia de Bernal Cano, ilustra sobre una serie de eventos en los que refiere necesario que el juzgador acate los lineamientos jurisprudenciales a la hora de tomar decisiones, ya que lo vinculan directamente y su desconocimiento debe acarrear una sanción, como sería el caso de dejar su decisión sin efecto a

través de una acción de tutela por materializarse una vía de hecho. A través de su perspectiva, se observa cómo la función judicial, además de ser reglada, ostenta una serie de controles que indican la limitación en la autonomía del operador.

Manuel Fernando Quinche Ramírez aduce en su ponencia sobre la autonomía judicial lo siguiente:

El contenido de este principio atañe a la labor interpretativa del juez, refiriéndose a la libertad que tiene este tanto para interpretar los enunciados normativos aplicables al caso, como para valorar la prueba allegada al proceso. En este sentido se ha afirmado que “la interpretación de la norma aplicable al caso concreto y la valoración de la prueba dentro de un proceso, constituyen una atribución propia de los jueces de conocimiento, derivada de la naturaleza misma de su actividad, el cual goza de una discrecionalidad que debe ser ejercida con base en una fundamentación jurídica razonable”. Sin embargo, se ha precisado, esa labor de interpretación y las decisiones de los jueces, no son completamente libres y discrecionales, ni siquiera en el caso de los jueces de las altas cortes, pues todas ellas son pasibles de control. Por el contrario, se ha insistido en que la autonomía interpretativa no es absoluta, pues tiene como límite a la Constitución y a los tratados públicos, en la medida en que “los jueces son independientes y autónomos. Su independencia es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución”. (Quinche, 2010a, p. 620)

Desde las anteriores normas y desde la actividad de los propios ciudadanos, se asistirá a la reformulación del valor de la doctrina y de la jurisprudencia constitucionales dentro de la teoría de las fuentes, hasta plantear que la jurisprudencia constitucional es fuente formal y principal del derecho en Colombia. (Quinche, 2010a, p. 629)

Del tema inherente a la función judicial podrán establecerse entonces algunas conclusiones. En primer lugar, ha sido posible diferenciar los términos de independencia y autonomía judiciales, como situaciones externas e internas; pues en lo referente a la independencia, en el caso de Colombia, la labor judicial la viene ejerciendo una rama del poder público aislada de los órganos ejecutivo y legislativo, lo que hace que exista una coexistencia y no una dependencia, razón por la cual la función se ejerce sin presiones burocráticas y se desarrolla en sí misma.

Frente al mismo tema se tiene que por mandato legal, exactamente por lo dispuesto en la ley estatutaria para la administración de justicia, los jueces de superior categoría tienen la prohibición directa de interferir de cualquier manera en las decisiones de los juzgadores de inferior categoría, ni siquiera a título de sugerencia; además, el hecho de que su vinculación al cargo dependa de una carrera judicial basada en un concurso de méritos otorga mayor independencia al ejercicio profesional.

Referente a la autonomía, el juez está inexorablemente atado al mandato legal escrito y a los preceptos constitucionales; en cuanto a la jurisprudencia, se encuentra una pacífica postura acerca de que los planteamientos expuestos por la Corte Constitucional son una limitante en la labor judicial, porque estas providencias tienen fuerza vinculante por ser desarrollo directo de los planteamientos constitucionales.

En lo referente a la jurisprudencia emanada de los tribunales de cierre, las opiniones están divididas, ya que algunos tratadistas, a pesar de reconocer la jurisprudencia como fuente formal del derecho, no la tienen como una limitante al poder discrecional del juez, y la describen como un elemento meramente ilustrativo y útil para el desarrollo de la labor, en tanto que otros la ubican a la par de los preceptos legales, y se entiende que limitan al juez, y su desconocimiento puede acarrear sanciones como la nulidad en las providencias.

CAPÍTULO 3

EL PRECEDENTE COMO FUENTE DEL DERECHO PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.1 Nociones de Administración Pública

Abordar esta temática es imperioso, e iniciamos por su significado etimológico. La Real Academia Española define el vocablo *administración* así: “Oficina o establecimiento dedicados a la gestión de ciertas actividades que tienen intervención del Estado” (RAE, 2014). Y en lo que atañe al axioma *público* se particulariza lo siguiente: “Pertenciente o relativo al Estado o a otra Administración” (RAE, 2014). Es decir, partiendo de esta aproximación incipiente podría entenderse que la administración pública refleja la actividad tendiente a la disposición y manejo de los asuntos comunes.

El tema puntual ha sido desarrollado por diferentes autores que tratan tal concepto en diversas formas. Para Baena Belarcázar (1995, p. 54), la administración actúa a veces como poder, mientras que en otras ocasiones es la percepción directa de los funcionarios; es un ejército de agentes que constituyen parte importante del sector laboral del país. Por su parte, Ricardo Uvalle expone:

En sentido estricto, la administración pública moderna es producto histórico de la sociedad liberal. El siglo XIX es el tiempo en el que se acuña el concepto “administración pública”. Es la Revolución Francesa el marco político en donde germina la administración pública, no sólo como actividad del Estado, sino como institución responsable de cumplir fines sociales. Son los valores, hábitos, expectativas y objetivos de la sociedad los que influyen en la concepción que de ella se tiene. Son, pues, los liberalismos político y económico los que dan lugar a la formación del Estado moderno y los que le confieren un sentido social a la administración pública. (Uvalle, 1995, p. 32)

En Colombia, García Herreros señala que

(...) el estudio y la estructura de la actividad de la administración pública forma parte de la temática del derecho administrativo. Como que él tiene entre su objeto el régimen jurídico de esa administración y de la función administrativa que ella cumple. (1994, p. 11)

Como último referente se cita a Francisco Javier Bernal, quien frente a este particular establece que el concepto de derecho administrativo es una noción que vive en constante movimiento derivado de la gestión y el cambio permanentes de los enfoques y el desarrollo del Estado, así como de su estructura y funcionamiento, además de las relaciones con sus ciudadanos (Bernal, 2008, p. 19).

Así las cosas, se tiene a bien señalar que la administración pública es el andamiaje estatal, compuesto por funcionarios adscritos a la entidad territorial o nacional que tiene a su cargo el desarrollo de fines sociales, se compone de diversos departamentos o equipos de trabajo encargados de la explotación de cada uno de los sectores comunes, y dirigen actividades con miras a su progreso, como sería el caso de los sectores de la salud, la educación, la planeación y el desarrollo territorial, el agrícola o el desarrollo de obras públicas e infraestructura.

En todo caso, la elaboración de proyectos sociales tiene un común denominador, y es que su objetivo central siempre versa sobre actividades públicas que velan por el crecimiento y el bienestar poblacional, como contraprestación a la sesión que los administrados han hecho de su autonomía para ser gobernados.

Es un órgano que en países centralizados como Colombia tiene una cabeza visible que es el gobernante electo por el mismo pueblo, pero la estructura administrativa va mucho más allá de aquella figura, pues la intervención de personal ejecutor y la división por departamentos son cruciales a la hora de garantizar que la mano del Estado se vea efectivamente reflejada en la ejecución de obras públicas que representen crecimiento social.

Además, dichos sectores ostentan una serie de controles que implican necesariamente que el ejercicio de su labor conserve en esencia la publicidad que debe caracterizarlos, y que a su vez aquello se refleje en resultados positivos al interior de la administración.

Lo anterior implica que el éxito de la función administradora radica en la ejecución armónica de las labores asignadas a cada departamento y en la dirección eficiente que sobre ella ejerza el gobernante, propendiendo por la eficaz ejecución de labores propias cada uno de ellos y la colaboración constante entre ellas, aunado al hecho de que el manejo operativo lo desarrolle personal calificado.

3.2 Referentes históricos del Derecho Administrativo

Como viene de verse, la Administración Pública es el órgano encargado de disponer de los recursos comunes, regular actividades sociales, intervenir activamente en temas de infraestructura de obras públicas y expansión de propiedad privada; velar por las condiciones de seguridad de sus administrados, entre otras; pero para ejercer las labores inherentes a su naturaleza requiere una reglamentación clara, razón por la cual entra en escena el derecho administrativo que es el régimen jurídico propio de la administración pública.

Diferentes autores han resaltado la importancia de regular las actividades ejercidas por el ente estatal, es del caso referir lo expuesto por Georges Vedel, cuyos postulados indican que un país civilizado debe implementar un derecho administrativo, es decir que deberá poseer un conjunto de normas que rijan la acción de la administración. Considera además este autor que ese conjunto de reglas es sustancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre particulares, y que dichas reglas deben ser obligatorias para los gobernantes y las autoridades que conforman un cuerpo coherente y sistemático, que permita afirmar la existencia de una rama especializada del derecho diferente de las ramas jurídicas tradicionales (Vedel, 1980, pp. 40 y ss.). Pero la creación de este tipo de regulación no se da de

manera espontánea; como los demás aspectos del ordenamiento jurídico, cuenta con un devenir y una evolución que llegan hasta nuestros días.

Desde los tiempos del derecho romano encuentra asidero esta disciplina, pues en el Imperio ya se hallaban creadas instituciones públicas cuyo funcionamiento estaba atado a una reglamentación. Asimismo, en los Estados monárquicos característicos de la Edad Media inician las primeras nociones y reglamentaciones del poder político público, que fuese fuente de inspiración en la posterior creación de leyes a las que los gobiernos debían ceñirse al regular las relaciones entre administración y administrados, por lo que para esa época no es ajena la noción del derecho administrativo, aunque las limitaciones eran amplias al enraizarse el concepto social de amplias libertades monárquicas.

De acuerdo con Agustín Gordillo (2004):

El derecho administrativo es un conjunto de normas reguladoras de las relaciones entre el Estado y particulares, ha existido desde el nacimiento del Estado. Pero ello no ha sido suficiente ab origen para la creación de una disciplina. La época de las monarquías absolutas dieron origen a principios jurídicos idénticos en distintos países y momentos históricos: *quod regis placuit legis est*, *the King can do no wrong*, *le Roi ne peut mal faire*. En esos momentos el derecho administrativo se agota en un único precepto: Un derecho ilimitado para administrar; no se reconocen derechos del individuo frente al soberano; el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona *con él*.

Para ese momento el carácter poco vinculante de las leyes de gobierno y la falta de regulación escrita dan cuenta de aquel período histórico como un antecedente incipiente.

Pero aquello es apenas un lejano reflejo de la necesidad aceptada actualmente para el despliegue de la labor administrativa, pues la disciplina como tal es una creación moderna, cuyo origen, según Libardo Rodríguez (s. f.), no excede los dos siglos, divididos en dos etapas: la primera va desde finales del siglo XVIII a la última parte del siglo XIX, y la llama etapa de formación del derecho administrativo acunado en

la Revolución francesa, que incorpora los ideales del Estado de derecho, cuyo estandarte está en creer que las normas jurídicas son obligatorias tanto para el administrador como para el administrado, lo cual es apenas un somero punto de partida y no la constitución de tal disciplina.

El segundo momento transcurre desde la última parte del siglo XIX hasta nuestros días, que Rodríguez llama etapa de consolidación del derecho administrativo, cuando se inicia una conciencia acerca de la necesidad de constituir un régimen jurídico especial regulatorio de los asuntos estatales, que se fue consolidando lentamente con bases jurisprudenciales emitidas por el Consejo de Estado francés, lo que más adelante se plasmó en disposiciones normativas escritas, aisladas de las disposiciones regulatorias del derecho privado en vista de su distinta finalidad. Aquella filosofía fue adoptada posteriormente por otros países que reconocieron y aplicaron ese nuevo derecho, pero que variaba de un país a otro en cuanto a la prelación de los asuntos internos.

En su obra *El derecho administrativo francés en el mundo*, Jean Rivero (2002, p. 1219) realiza un recuento de la influencia que ha ejercido el derecho francés en el derecho de otros países, influencia que se extiende hasta el campo del derecho administrativo.

El proceso de formación del concepto de Estado y su articulación administrativa fue un proceso más complejo en los países de América Latina, por cuanto la existencia de estados federales que conformaban las naciones reñía con el término en su naturaleza misma. Al reconocer y respetar diferentes modelos de gobierno dentro del mismo país, según afirma Fernando López Alvez, Colombia desarrolló un proceso de formación del Estado menos inclusivo que otros Estados de la región, y los formadores de Estado tuvieron grandes dificultades en construir un proceso efectivo de centralización política, y no fue sino en las últimas décadas del siglo XIX que el país experimentó un proceso intenso de centralización del poder y construcción del ejército (López, 2003, p. 3).

3.3 La administración como función reglada

Como se vio en el capítulo anterior, la división de poderes asignó al ejecutivo funciones administrativas que permiten desarrollar planes de gobierno en los sectores nacionales, distritales, departamentales y municipales según sea el caso, y en virtud de ello, a medida que evoluciona el modelo estatal, dichas actuaciones son cada vez más formales, ya que deben encontrar respaldo normativo para efectos de evitar monopolios de poder y actos de corrupción y también deben emanar de funcionarios revestidos de competencia para su emisión, so pena de anularse tal actuación.

Anteriormente, y en virtud del poder que ha ostentado el ejecutivo y ante la inexistencia antaño de controles a la labor que realizaba, se establecía que en desarrollo de sus funciones y dada la finalidad social que perseguía, podía realizar casi cualquier cosa en nombre del bien común. La naturaleza de la administración pública y el escaso marco normativo que la regulaba permitían que se ejecutara casi cualquier cosa, si se hacía por el desarrollo social.

Acerca del tema, la autora Mónica Madariaga Gutiérrez refiere lo siguiente:

Durante años las normas jurídicas de carácter administrativo fueron miradas como manantial inagotable de potestades estatales, que se estimaban facultadas para actuar frente a los particulares en todos los ámbitos de la vida en sociedad. Las disposiciones administrativas parecían tener, así, una legitimidad consubstancial para intervenir en el campo de las relaciones sociales, incluso respecto de aquellos vínculos de índole netamente privado.

Se creía que el Derecho Público por lo imperativo de su naturaleza, podía imponer, dirigir y programar cualquier aspecto de la vida nacional, reduciendo los espacios individuales a la expresión restante luego de la ilimitada expansión de los órganos del Estado, que era la consecuencia obligada de un inorgánico crecimiento de los poderes públicos. (Madariaga, 1966, p. 9)

Este modelo de Estado intervencionista que se había adoptado, se caracterizaba por falta de regulación administrativa, y el escaso marco existente se particularizaba por las amplias facultades asignadas al mandatario en turno. Este evento de por sí, trajo consigo una inestabilidad social bastante marcada, ya que en el tránsito de un mandato a otro las prioridades sociales variaban conforme los ideales del líder territorial de turno, y los métodos de gobierno no respetaban los derechos particulares, lo que generaba como consecuencia que no pudiese haber un verdadero progreso por la falta de continuidad en proyectos sociales.

De ello da cuenta el autor Libardo Rodríguez (s. f., p. 294) cuando indica:

(...) podría identificarse una primera etapa relacionada con el origen del derecho administrativo, referida a los que podrían denominarse antecedentes remotos, que vendrían inclusive, desde el derecho romano, pues en la época de ese imperio ya existían instituciones públicas que requerían de algún mínimo de normas para regular su funcionamiento. Igual situación se presenta con etapas históricas más próximas a los diferentes países, como la época monárquica y la colonización española en América. Pero es evidente que en esas épocas, fuera de la necesidad práctica de tener algunas reglas para organizar la actuación de las autoridades, no existía la más mínima intención de conformar un cuerpo sistemático de normas que regularan esa actuación y que, además, fueran de obligatorio y efectivo cumplimiento para las mismas autoridades.

Lo anterior está estrechamente ligado con otro problema que ha atravesado la administración pública para efectos de su configuración y consolidación, se remonta hasta la época de la Colonia y se extiende en alguna medida a la época actual, y versa sobre la idoneidad de quienes han tenido a su cargo el ejercicio de la función pública. Pues bien, aunado al hecho ya referenciado, de que no se encontraba una cortapisa escrita para el desarrollo de las funciones de los administradores, se suma el hecho de que quienes ostentaban tales calidades, antes de la implementación de los concursos de mérito para acceder a cargos públicos, no siempre eran personas idóneas, y quienes ocupaban tales cargos burocráticos accedían a ellos, en algunas oportunidades, por razones totalmente ajenas al mérito o al despliegue de habilidades para gobernar, ya que las vacantes se suplían incluso para efectos de retribuciones o dádivas de quienes tenían a su cargo esas asignaciones.

Esta práctica se observa desde los tiempos más remotos cuando aquello no era extraño ni polémico, por el contrario, era tan clara que los cargos públicos incluso eran subastados. Sobre lo expuesto, André Noel Roth Deubel, en su artículo “La génesis del Estado republicano en Colombia”, hace un recuento de la formación de los entes administradores, y al enfocarse en la selección de sus funcionarios advierte lo siguiente:

La modernización de la administración pública, en particular su expansión y profesionalización, se enfrentó a serias dificultades durante este periodo republicano inicial. La proclamación de la Independencia de España, que implicó la expulsión de los españoles de los cargos públicos y la destitución y/o destierro de sus partidarios, generó probablemente una escasez de personal con competencias profesionales que no pudo ser reemplazado, o no de manera suficiente, mediante una apertura del régimen político hacia otros sectores de la población, esto debido a la reducida difusión de las letras y de la filosofía moderna entre ésta. De modo que la ruptura republicana y moderna, efectiva en el discurso oficial, no pudo inscribirse suficientemente y profundamente en la realidad y en las acciones de las instituciones públicas de la Gran Colombia como para marcar una diferencia evidente y radical con las prácticas del pasado colonial. La continuación de la tradición en varios aspectos, por ejemplo, considerando la ocupación de los cargos públicos más como una recompensa, un derecho adquirido y/o un acto de caridad con los necesitados republicanos, y la continuidad de los mismos agentes en los cargos, restringieron la amplitud y la percepción de una ruptura con el pasado. También la falta de funcionarios competentes, junto a las dificultades presupuestales para pagarlos —situación que facilita la indolencia y la corrupción—, la débil difusión de la filosofía ilustrada y, por lo tanto, la ausencia de un personal capaz de desplazar a los funcionarios impregnados de cultura premoderna o realistas, facilitó y permitió el mantenimiento de la cultura, la mentalidad y las prácticas coloniales en las administraciones públicas, e impidió un movimiento de inclusión social en el proceso de formación del Estado republicano —por lo menos durante este periodo— a sectores más amplios de la población, perpetuando su exclusión de los asuntos públicos. Estas condiciones socio-históricas peculiares, junto con decisiones políticas, contribuyeron ciertamente a iniciar la construcción del camino de la modernización del Estado en Colombia de forma desequilibrada, dándole este carácter truncado. Las instituciones republicanas colombianas quedaron marcadas profundamente por estas condiciones iniciales (y permitieron que se fortaleciera, desde un inicio, el divorcio entre país formal y país real mediante la perpetuación de la exclusión de la mayoría de la población

del proceso de formación del Estado colombiano y la perpetuación de los mismos grupos sociales en el poder. (Roth, 2006)

Corolario de lo anterior, Ramón Parada trae una reflexión referente al ejercicio de cargos públicos en la que indica:

Frente a la estabilidad en los empleos, base fundamental de toda organización burocrática, el purismo liberal aducía en contra el argumento democrático del riesgo de la apropiación del poder por un funcionariado inamovible. Además, en una época en que no hay financiación pública para la actividad política ni apenas partidos políticos, los empleos públicos son la única moneda con la que se puede recompensar a los que apoyan a los ganadores de las elecciones, lo que también era incompatible con empleos permanentes. En el sistema liberal ideal no hay, pues, necesidad de regular el empleo público. Los funcionarios son nombrados y despedidos por la simple voluntad de quien ostenta la competencia para ello. Basta la vieja figura del Derecho romano del arrendamiento de servicio, en la que el amo puede despedir en cualquier momento a su criado para regular las relaciones jurídicas entre el Estado y sus empleados. (2007, p. 12)

Este tipo de escenarios burocráticos, que antaño monopolizaban el ejercicio de los cargos públicos, no es ajeno al entorno latinoamericano, y así lo refiere Eduardo Lora cuando indica:

Se caracteriza por una baja capacidad y una autonomía relativamente alta. Está compuesta por el aparato que ejerce funciones administrativas en los diversos ministerios y sectores del Estado. Este ámbito está normalmente cubierto por normas formales de mérito, que no se aplican y que representan los intentos frustrados o a medio camino de desarrollar una burocracia weberiana clásica. En esta configuración, los funcionarios han llegado a sus cargos más por criterios políticos que por méritos, pero pueden tener estabilidad. Cuentan con poca capacidad técnica y es difícil utilizar incentivos para mejorar su desempeño. Son los ámbitos más afectados por recortes presupuestarios (en algunos países, como Perú o Uruguay, el ingreso a estos cuerpos está congelado). Aquí se sitúan, en distintos grados de autonomía y capacidad, las burocracias administrativas de Ecuador, Perú o Venezuela (en el nivel más bajo) y de Colombia, Costa Rica y Uruguay en el nivel más alto. (Lora, 2007)

De acuerdo con lo anterior, no es insólito afirmar que el ejercicio de la administración pública que ha de estar sostenido por la labor que ejerce el funcionario público

individualmente considerado, tiene connotaciones importantes en cuanto a la forma como éste desempeña su labor, y refleja un mejor resultado cuando el servidor público está plenamente capacitado para la ejecución de su cargo, y ha accedido a él por mérito y no debe retribuir en alguna medida su nominación con dicho ejercicio.

Sin embargo, y pese a los penosos comienzos del derecho administrativo y la conformación de las entidades que lo configuran, a medida que los campos sociales y económicos fueron evolucionando, también lo hizo el modelo de Estado, tanto es así que se redujo el intervencionismo estatal y cobró un mayor protagonismo el sector privado como escenario para desarrollar libertades individuales, y quedó el sector estatal con unas funciones más restringidas, centradas con mayor ahínco en el desarrollo de obras y programas públicos, el recaudo de impuestos y el manejo de la macroeconomía en general, y dada la importancia de estas funciones, la regulación hecha para su desarrollo se hizo más pormenorizada y puntual, al igual que se crearon entes de control para evitar extralimitaciones del ejecutivo en su función, y de esta manera se restringieron las facultades iniciales que venían a la mente al hablar de la administración pública.

La función administrativa está precedida de actos administrativos que abordan un asunto desde su preparación hasta su ejecución, de no hacerse en este sentido podría hablarse de una extralimitación en la labor del administrador, e incluso de la configuración de un conducta punible; ello en observancia del principio de legalidad, que resulta ser el estandarte del ejercicio de la función pública. Así lo entiende Carlos Mata cuando indica:

Posiblemente el principio dentro del ordenamiento jurídico-administrativo de mayor peso es el de legalidad. Así se observan escritos y argumentaciones en audiencias tanto en sede administrativa como en la jurisdicción contencioso-administrativa, incluyendo discursos políticos, en que se aprecian referencias al principio de legalidad. Sin embargo, no es el único principio que informa el ordenamiento jurídico-administrativo, ni se encuentra aislado en la tutela del interés público y en la defensa de la justicia. Sucede entonces que las administraciones públicas deben en todo momento actuar con apego a la

legalidad en respeto del ordenamiento jurídico en su totalidad, cumpliendo con lo que dicta la Ley General de la Administración Pública. (Mata, 2014, p. 121)

También lo explica la Corte Constitucional a través de la sentencia T-1436 de 2000:

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Entonces, por la especialidad en los requisitos con que debe emitirse un acto administrativo, se entiende que su misma configuración, cuando sale a la luz dispuesto a generar consecuencias jurídicas, lo reviste de idoneidad, es decir, de entrada el acto se presumirá válido y por ende debe ser acatado por los administrados en contra de quienes se dirige, Sin embargo, es tan específica la situación de esta manifestación de la voluntad del ejecutivo, que cuenta con recursos para detenerse, ejercidos de manera interna, como son los recursos de reposición y apelación resueltos por el ente creador y por su superior jerárquico — conocidos antes de la Ley 1437 como el agotamiento de la vía gubernativa—; son controles externos incoados a través de una demanda que se eleva ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el evento de detener un acto administrativo existen varias opciones para quienes ostenten la calidad de afectados. Se debe indicar al juez de lo contencioso administrativo que el mandatario ejecutivo que emitió el acto ha pasado por alto la observancia de las normas ordinarias o incluso constitucionales, y pedir que el acto

sea anulado antes de que su ejecución genere un daño irreversible. Cuando el acto irregular no fue frenado a tiempo y sus efectos se materializaron en el entorno social, también es posible incoar una acción de control que trae consigo una pretensión adicional a la de dejar sin efectos el acto como tal, y es la de obligar al transgresor a reparar los perjuicios causados, bien sea devolviendo las cosas a su estado original, en el evento de ser posible, u otorgando una compensación monetaria cuando ya no es posible dicha reversión (Ley 1437, 2011, arts. 135 y ss.).

Ahora bien, el control que se ejerce a los actos administrativos no solo es posible invocarlo cuando el órgano emisor ha pasado por alto los preceptos normativos y los mandatos superiores constitucionales. Recientemente, y al reconocérsele a la jurisprudencia un carácter vinculante por tratarse de una fuente formal de derechos, se la puede tener como referente e invocar la nulidad del acto que la desconozca. Dicho criterio se extrae de la misma norma que regula la materia administrativa así:

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. (Ley 1437, 2011, art. 10)

De esta manera queda claro que los conceptos emitidos por el Consejo de Estado, el máximo órgano de control de la administración pública, y la Corte Constitucional, el Tribunal Supremo Nacional que es guarda e intérprete de la carta política, son vinculantes para el ejecutivo en cabeza de los mandatarios nacionales y sectoriales y su desconocimiento acarrea consecuencias jurídicas. Ello en cuanto que, al decantar estos tribunales temas inherentes a la administración pública y generar pautas para resolver los conflictos entre esta y sus administrados, no halla asidero el hecho de desconocer los conceptos y acrecentar la carga judicial al radicar debates ya superados.

De lo anterior puede concluirse que la función desplegada por la administración pública se ha ido matizando, pues la labor ejecutiva ya no abarca tantos escenarios como antes, por la intervención activa otorgada al sector privado, como por ejemplo en materia de servicios públicos domiciliarios, cuya prestación ya no está exclusivamente en cabeza del Estado.

Ante de la privatización de muchas funciones el Estado ha centrado sus esfuerzos en temas de mayor interés como la seguridad y la economía pública, y en vista de que la administración pública hoy en día cuenta con un nutrido cuerpo normativo que especifica de qué manera han de efectuarse las intervenciones, no es dable afirmar lo que antaño se creía acerca de que el mandatario en turno podía realizar toda clase de actuaciones invocando únicamente el bien común para menguar cualquier arbitrariedad.

Esta situación ha dado un giro de 180 grados, pues el ente administrativo no sólo debe ceñirse para ejercer su función a la ley escrita y a la Constitución, que ya de por sí trae grandes limitantes en cuanto al ejercicio de poder, sino que también debe tener en cuenta las disposiciones jurisprudenciales a la hora de resolver sobre peticiones de los particulares o emitir actos generales que modifiquen situaciones sociales, ya que su inobservancia puede generar una exclusión del acto.

3.4. El precedente como fuente del derecho para la administración pública

Como se ha expuesto en capítulos anteriores, la vinculatoriedad del precedente de los tribunales de cierre de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no ha sido pacífica; por ende, se hará un recuento de sus providencias que permitan vislumbrar su desarrollo.

La temática del precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia y el plus de su vinculatoriedad tienen fundamento en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, el cual establece:

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. (Ley 169, 1896)

La posición inicial de la Corte Constitucional seguía esta misma postura, consideraba sus providencias como un simple criterio auxiliar de interpretación sin reconocerles fuerza vinculante. Sin embargo, en la sentencia C-104 de 1993, al referirse a las semejanzas y diferencias entre su jurisprudencia y la de las demás cortes se advierte una reevaluación de concepto así:

Tienen diferente fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el resto de la jurisprudencia del país. Es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia. (Corte Constitucional, C-104, 1993)

Más adelante la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 mediante la sentencia C-836 de 2001, y lo declaró exequible

(...) Siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.

En la misma sentencia la Corte expuso que los fundamentos para que el precedente de la Corte Suprema de Justicia tenga fuerza normativa están en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se encaminen en una línea uniforme del ordenamiento jurídico. De esta manera, se observa la materialización de dos importantes garantías constitucionales: los principios de igualdad ante la ley y de

igualdad de trato por parte de las autoridades. Dicha fuerza proviene de la materialización de los siguientes postulados:

(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.

Además, dichos argumentos son aplicables a cualquier jurisdicción, sea la ordinaria, la administrativa o la constitucional, habida cuenta de que en todas ellas se persiguen los mismos fines sociales y que cada especialidad tiene un órgano jurisdiccional que la encabeza y tiene a su cargo la guarda e interpretación de las normas que regulan su disciplina.

El Artículo 1º de la Constitución establece que nuestro país es un "Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria". Esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, que se vería desdibujada si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento jurídico sin tener en cuenta la interpretación que haga la cabeza de la respectiva jurisdicción o Tribunal de cierre. La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá —en principio— un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores. (Corte Constitucional, C-836, 2001)

Por tanto, a pesar de que las jurisdicciones administrativa y constitucional no habían sido creadas para la fecha de expedición de la Ley 169 de 1896, la Corte, sin desconocer que la autonomía judicial cambia de una jurisdicción a otra según su especialidad, extiende a todas las esferas los efectos de ceñirse a las disposiciones jurisprudenciales.

Con lo anterior, se puede concluir que la obligatoriedad para el órgano jurisdiccional del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia tiene fundamento legal en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896; pero también es obligatorio el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional para la jurisdicción, por tener fundamento en los mismos principios, a pesar de que la Corte Constitucional no lo dice expresamente en la parte resolutive de la sentencia C-836 de 2001.

Más recientemente, en la sentencia C-537 de 2010, se aborda la obligatoriedad del precedente. La Corte Constitucional aduce que el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, el cual aborda los temas de doctrina probable y legítima confianza de la Ley, prevé que “tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”, y a su vez hace una relación de pronunciamientos anteriores en los que se determina el valor del concepto de doctrina probable. Veamos:

Las sentencias SU-120 de 2003, T-663 de 2003 y T-635 de 2003 hacen referencia a la doctrina probable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre mesada pensional, y concluyen que aquella debía indexarse. Asimismo, en la sentencia T-169 de 2005 se estableció que no puede hablarse de la materialización de una vía de hecho si se acató la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, se observa que aquel acatamiento no es cláusula pétrea del operador, ya que antaño a través de la sentencia T-688 de 2003 se establecieron las condiciones para apartarse de la doctrina probable vertical y horizontal. En el primer aspecto, cuando se expongan razones poderosas y no con base en simples conjeturas o sesgos individuales del fallador. La motivación tiene que ser el resultado de un análisis sobre los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, y para ello tiene que haber expreso pronunciamiento sobre el criterio de la Corte Suprema. Además, se deben ofrecer razones para separarse del precedente,

en las que quede claro que la *ratio decidendi* de la providencia emitida por la Corte no es aplicable para el caso concreto que el instructor tiene a su cargo, por tratarse de hechos disimiles; que en la providencia tomada como referente la Corte Suprema no haya considerado elementos normativos relevantes; que postulados dogmáticos posteriores ofrezcan una mejor solución al caso concreto; que tribunales superiores, como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tengan una postura contraria a la dictada por el tribunal de justicia ordinaria, o que haya variación legislativa.

En el segundo escenario que apareja la posibilidad de apartarse del precedente horizontal, se dijo que primero deben superarse dos situaciones: por un lado, que el órgano que realice el cambio de precedente y, por otra, las condiciones de realización del mismo. En la primera referencia no hay duda de que existe obligación vinculante para el juez singular, pero cabe la duda de si aquello se extiende al juez colegiado, quien actúa como órgano y no como operador. Sin embargo se concluye que el precedente sí es aplicable dada la función unificadora que los tribunales ejercen en aquellas áreas donde no lo hace la Corte Suprema de Justicia.

Lo que queda claro es que por la facultad constitucional con la que se ha investido a esta corte, no solo se le ha permitido hacer un análisis y aplicación directa del texto de la Carta Política, sino que también se le otorga la misión de que imparta vida a los principios que desarrolla, por lo cual ha determinado recoger la función de la administración de justicia, en un mismo sentido, ya sea la protección de la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima en las autoridades estatales y la aplicación inequívoca de la norma, no sólo para extender la obligatoriedad de la fuerza del precedente a sus decisiones, sino también reconocer la necesidad de que los tribunales de cierre de la justicia ordinaria y de lo contencioso administrativo cumplan dicha función normalizadora. Así, al permitir que el funcionario de primer grado al momento de apartarse de estos criterios, en virtud de su ineidoneidad en el caso concreto, no lo haga por simple capricho, sino que sea mayor su carga

argumentativa, y de ese modo seguir desarrollando un modelo de derecho viviente al no petrificar la jurisprudencia.

Respecto de la obligatoriedad del precedente judicial para la administración pública, la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2011 dijo:

De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, **ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia**, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. (C-539, 2011)

En el mismo sentido ya se había pronunciado la Corte en las sentencias T-566 de 1998, en la que apuntó que “lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos”, y la T-439 de 2000, donde estableció:

La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas —más que ello, obligadas— a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.

Con todo lo anterior, se puede concluir que el precedente judicial de las altas cortes es obligatorio para la administración, la cual se entiende como aquella presencia estatal que debe cumplir funciones sociales y que está al servicio del pueblo, y por tanto debe ceñirse a la observancia de reglas y principios que fundamentan la necesidad de aplicar los precedentes, como ya se vio en ejercicio del principio de igualdad, que busca que el ciudadano que acuda ante el Estado para el reconocimiento de un derecho tenga expectativas reales frente a los resultados de su

reclamación, para que se resuelva su situación como se ha hecho con otras personas en escenarios similares. Con ello se fomenta una seguridad jurídica que haga menos factible la variación del trato según el funcionario al que se le asigne un caso por reparto, y por el contrario se fomente una estandarización resolutive que fortalezca la confianza en las instituciones del Estado.

Quizás por esta situación el legislador vio la necesidad de incluir en la Ley 1395 de 2010 una disposición referente a la aplicación del precedente jurisprudencial de las altas cortes por parte de la administración pública. El precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado consagró el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, que estableció:

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.

Con este artículo se buscó que la administración en algunos casos resolviera los asuntos a su cargo conforme con la jurisprudencia, y así evitar el desgaste innecesario de la jurisdicción. En los casos expresamente mencionados en el artículo 114 es en los que más decantada está la jurisprudencia de las altas cortes, entonces es apenas lógico que se respete la jurisprudencia como fuente obligatoria de derecho que es.

Se hace un análisis de aquella disposición normativa, iniciando por la exposición de motivos, los antecedentes legislativos, el proyecto de ley y los debates que aquel surtió en el Congreso, y que permiten establecer cuáles fueron las razones que esbozó el legislador para emitir la norma.

El 19 de noviembre de 2008 se publicó en la Gaceta 825 del Congreso de la República el proyecto de ley 197 de 2008 en el Senado, presentado por el señor ministro del Interior y de Justicia, doctor Fabio Valencia Cossio, por medio del cual se propendía por la implementación de medidas de descongestión judicial. En dicha oportunidad se realizó la correspondiente exposición de motivos de implementación de la norma indicando que el Gobierno Nacional avizoró la necesidad de presentar un proyecto con el que se pudiera combatir la congestión judicial, y en ese sentido garantizar a los ciudadanos contar con unos estándares mínimos de paz, justicia y seguridad que se han visto menguados con la actual congestión judicial, que cada día se acrecienta y pone en tela de juicio a la Rama Judicial por sus nefastos resultados.

Se reconoció que el problema no es únicamente nacional, ya que en Colombia y en varios países la demanda de justicia crece en forma permanente, pero no se cuenta con los recursos para que la administración de justicia crezca proporcionalmente a su demanda, por ende se tienen que buscar alternativas distintas a la creación de despachos judiciales para combatir la mora.

Para efectos se proponen tres alternativas a priori que son: la desjudicialización de conflictos; la simplificación de procedimientos y trámites, y la racionalización del aparato judicial, para hacer más efectiva la justicia mediante un control más estricto de su demanda. Y ello en atención a lo expuesto en esa oportunidad de la siguiente manera: “El tiempo y la capacidad operativa de que dispongan los tribunales deben ser dedicados a quienes plantean problemas serios dignos de consideración”, pero lo cierto es que es frecuente la queja de que los despachos judiciales se ven cargados de trabajo por litigios, y el aparato de justicia tiene que administrarse con la conciencia de que los recursos que se dedican a su funcionamiento son muy escasos y deben emplearse filtros en la temática de la justicia y la implementación de instancias. Lo que se busca en últimas es poner en práctica disposiciones que simplifiquen procedimientos y trámites, tendientes a racionalizar el funcionamiento

del aparato judicial y hacerlo efectivo mediante el control de su demanda (Proyecto de ley n.º 197 de 2008 Senado, 2008).

En desarrollo de la creación normativa se presentó el primer debate (Gaceta del Congreso n.º 481 de 2008. Acta n.º 47 de 16 de junio de 2009) y luego el segundo debate (Gaceta del Congreso, n.º 1257 de 2008. Acta n.º 28 de 16 de diciembre de 2009), pero en ese momento solo se contaba con 84 artículos y 9 capítulos que introducían modificaciones a los procesos civiles, laborales, penales, contencioso-administrativos, electorales —en sede jurisdiccional—, de extinción de dominio, de conciliación extrajudicial, así como especiales atribuciones al Consejo Superior de la Judicatura y otras medidas aplicables a la generalidad de los procesos, pero no se consagraban las situaciones que posteriormente incluyó el artículo 114.

En mayo de 2009 se presentó informe de ponencia para el primer debate en Cámara de Representantes, comisión primera, del proyecto de ley número 255 del mismo año que amplió la cantidad de disposiciones que albergaba la norma, y surgió el artículo 98 del Capítulo IX, Disposiciones varias, que indicaba lo siguiente:

Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores y afiliados o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, concriptos 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. (Proyecto de ley n.º 255 Cámara, 197 Senado, 2010)

El 9 de junio de 2010 se presentó el segundo debate en Cámara al proyecto de ley número 255 de 2009 Cámara, 197 de 2008 Senado. Allí se introdujeron varias reformas al proyecto de ley, y aunque no se modificó el ya existente artículo 98 en su redacción, si se ubicó más adelante y quedó como artículo 114.

Finalmente, el 15 de junio de 2010, se presentó el informe de conciliación del proyecto de ley número 255 de 2009 Cámara y 197 de 2008 Senado, quedando incólume la disposición aludida (Proyecto de ley número 255, 2010).

Del artículo 114 en particular trata la revisión efectuada por la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-539 de 2011, donde se puede concluir que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, están sometidas a la Constitución y a la ley, y por eso las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las altas cortes de la jurisdicción ordinaria, la contencioso-administrativa y la constitucional. Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que presupone el sometimiento de las autoridades a la Constitución y la ley, por lo que todas las actuaciones de la administración generarán responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6 y 90 de la C.P.) si no se llevan a cabo de esta manera.

A las autoridades administrativas no les es válido el principio de autonomía o independencia, que sí se predica de los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. La diferencia entre la jurisprudencia de los jueces y tribunales del país y la constitucional está en los efectos *erga omnes*, y su efecto vinculante u obligatoriedad.

Aunque la norma demandada se delimita a ciertas entidades públicas o servidores públicos encargados de algunos temas o asuntos puntuales y neurálgicos como los ya citados, la obligación de acatar y respetar la Constitución y la ley y por ende el precedente judicial es general para todas las autoridades administrativas, la razón de delimitar los temas en esta norma es con fundamento en una razón constitucionalmente válida y justificada, como es la descongestión judicial en ciertos asuntos que presentan una gran relevancia jurídica y social y constituyen un problema por la congestión y así evitar que se generen sobrecostos adicionales por las indexaciones y los intereses moratorios que implican las condenas judiciales.

Al abarcar derechos fundamentales las materias de que trata la expresión demandada tienen relevancia constitucional, pero la norma no deja de lado la obligación de las autoridades administrativas de respetar el precedente judicial en otras materias o asuntos administrativos. En lo que respecta a la expresión “en materia ordinaria o contenciosa administrativa”, se observa una exclusión de las consecuencias jurídicas que prevé la norma, lo que implica que no se consagra la consecuencia jurídica relativa al no acatamiento del precedente judicial por parte de las entidades públicas o autoridades administrativas.

La omisión implica una desigualdad para los asuntos o materias excluidos de la regulación legal acusada que, como se dijo, es el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, puesto que se exonera a las entidades públicas o autoridades administrativas de tener en cuenta el precedente judicial constitucional en sus decisiones, lo cual genera, en consecuencia, la vulneración del principio de igualdad.

Los fallos de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas, y el desconocimiento del precedente judicial de las altas cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto es una violación directa de la Constitución o de la ley que puede dar lugar a responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria de las autoridades administrativas.

Finalmente, en esta oportunidad la Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa”, contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el sentido de que se entienda que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.

En materia contencioso-administrativa se implementa un nuevo código de procedimiento, y ello se hace a través de la Ley 1437 del 2011, cuyo artículo 10 reza:

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.

Esta norma fue demandada a fin de que fuera excluida del ordenamiento jurídico, y la Corte realizó el análisis pertinente a través de la sentencia C-634 de 2011 donde se declaró la exequibilidad del artículo aludido, dejando claro que las autoridades administrativas deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, y más aún las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Además, es claro que las disposiciones que interpretan la constitucionalidad o exclusión de una norma en sede constitucional tienen fuerza vinculante para los jueces de menor jerarquía y para los operadores del ente administrativo, pues se derivan directamente de la carta política y su desconocimiento implica una contravención al texto primigenio.

Desconocer abiertamente la aplicación de los principios de seguridad jurídica e igualdad que se han querido administrar va en contravía con los lineamientos planteados en la ley de descongestión judicial, ya que el legislador, al determinar la existencia de un amplio problema por mora judicial, decidió implementar medidas que permitieran que el aparato jurisdiccional funcionara de manera más armónica y eficiente, y reconoció a su vez la innecesidad de someter al litigio ordinario asuntos que ya han sido decantados por los tribunales de cierre, para permitir que cuando aquello ocurra se dé aplicación directa al precedente establecido por las altas cortes, de modo que los resultados sean óptimos y el ciudadano recobre la confianza en las entidades adscritas al sector público.

CAPÍTULO 4

4. EL MECANISMO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Antes de desarrollar los acápites del presente capítulo, es importante hacer una reseña acerca de las sentencias de unificación, en lo que tiene que ver con sus orígenes en la jurisdicción contencioso-administrativa, y referir la función que ellas cumplen. Lo anterior, teniendo en cuenta que el mecanismo de extensión de jurisprudencia es predicable frente a este tipo de sentencias.

Sobre el particular, para el autor Piero Calamandrei (2000) el origen de los recursos de unificación, o lo que él denomina la “tendencia a la unificación de normas del derecho objetivo vigente”, se halla en el concepto mismo de Estado, en tanto éste se considere un ordenamiento jurídico bajo un supremo poder, que se encuentra por encima de los súbditos. Por ello, el Estado es una persona jurídica única que emana normas jurídicas comunes a todo el territorio, a partir de las disposiciones más importantes que son las de carácter constitucional, que al ser desarrolladas se codifican y ello refleja una unificación.

Tal exigencia surge cuando el juez, previo a emitir una decisión, experimenta la necesidad de explicarse el alcance y el significado abstracto de la norma, al saber que su decisión generará consecuencias reales, modificará una situación actual y tendrá efectos de cosa juzgada; además, la interpretación que le dé a la disposición normativa será obligatoria para todos los casos similares que estén bajo su tutela.

Dicha obligatoriedad, explica Calamandrei, surge de la soberanía con la que se encuentra investido el juez, como representante de una de las ramas del poder público, y cuando emite un fallo lo hace en nombre del Estado, por lo que adquiere la calidad de “juez soberano, portavoz de la ley”, o en otras palabras del propio autor, el juez es “la encarnación de la ley”.

El derecho francés ha sido el gran inspirador del sistema contencioso administrativo colombiano y los recursos de unificación no son ajenos a este. Así lo plantea el autor Romero Díaz (2012), veamos:

En principio la unificación de la jurisprudencia para el derecho contemporáneo, se ha hecho a través de recursos extraordinarios como el de casación, y en esto Francia ha sido guía y ejemplo (...) en otros términos, en el derecho continental actual la unificación de la jurisprudencia tiene su origen e importancia tanto para Colombia como para los demás regímenes jurídicos que han adoptado el estilo francés en la casación de este país y no solo a partir de la Revolución sino desde el *ancient régime*.

Por su parte, Juan Pablo Sarmiento manifiesta:

Las normas que regulan la jurisdicción contencioso-administrativa han desplegado un sistema muy particular sobre la creación “pretoriana” del derecho administrativo. Es por ello que se puede afirmar que, notablemente influenciado por la legislación francesa y española, nuestro derecho administrativo parecería haberse desarrollado como el resultado de una actividad judicial con pocos referentes normativos y una rica producción jurisprudencial. (2011, p. 267)

Este autor plantea que la jurisdicción contencioso-administrativa, además de estar influenciada por el derecho francés, lo está también por el derecho español. Sobre este último aspecto, en cuanto a recursos extraordinarios de unificación, López Martínez señala lo siguiente:

A la luz del principio constitucional de unidad jurisdiccional, contemplado en el artículo 117 – 5 de la Carta Fundamental Española, todos los jueces integran una sola estructura jerárquica que tiene un órgano de cierre (Constitución Española artículo 123); función que en materia contencioso administrativa es desarrollada por su Sala de lo contencioso administrativa (Ley 29/1998) (...) Además de los recursos tradicionales de apelación y revisión, la ley reguladora de lo contencioso administrativo contempla el de casación. (López, s. f.)

El autor Carlos Ignacio Jaramillo plantea que el surgimiento del recurso extraordinario de casación —al que también se le atribuye una importante función unificadora— data de la Revolución francesa, específicamente del derecho

revolucionario galo. En la época en que el emperador fungía a la vez como juez supremo y por tanto era él quien resolvía todas las controversias judiciales, y por esa vía se unificaba el derecho imperante.

El tratadista plantea que como producto de la Revolución francesa y el cambio del régimen absolutista al “Estado Liberal de Derecho”, con el propósito de que se privilegiara la preponderancia de la ley y el respeto irrestricto hacia ella, así como la democrática separación de poderes, se creó el *Tribunal de Cassation*, al cual se le encomendó tal función (Jaramillo y Tamayo, 2012, p. 277).

Considera este autor que el recurso extraordinario de casación cumple un fin público y uno privado. El primero de ellos —considerado el más importante— es justamente la unificación de la interpretación de la ley que conlleva un interés general. El fin privado, por su parte, apunta a la resolución del caso particular de quien ostenta interés para recurrir al aparato jurisdiccional y activarlo, y es por ello que su fundamento es particular.

Como corolario de lo anterior, cabe señalar que los recursos de unificación son extraordinarios, puesto que no solo son resueltos por tribunales de cierre, sino que además tienen la finalidad de fijar parámetros a los jueces para sus decisiones; no pueden ser resueltos por jueces de rango inferior, ya que con ello se desnaturalizaría su esencia.

López Martínez (s. f., p. 182) ilustra un poco el asunto cuando afirma que el criterio de utilidad vinculante se materializa en la búsqueda de respeto por los precedentes para vincular al juez. Por otra parte, cuando el examen parte de la verificación de la coherencia entre el fallo y la ley, se discierne la jurisprudencia como criterio auxiliar; en este caso se dice que se unifica para orientar.

Por su parte, Piero Calamandrei, al referirse a la uniformidad de la interpretación jurisprudencial, enuncia dos características de ella, así: a) La uniformidad, se refiere

a un territorio y momento histórico determinados, puesto que la legislación sufre reformas acordes con los cambios sociales, si esto ocurre con las normas, nada distinto puede suceder con la interpretación que de ellas se haga. Para el autor, los cambios normativos y jurisprudenciales son “una saludable virtud de adaptabilidad a los tiempos”, lo que va en perfecta concordancia con la evolución y desarrollo del Derecho. b) Existe un interés público en mantener la uniformidad de la jurisprudencia, puesto que tal actividad no sólo propende por la unidad del derecho positivo, que se materializa en códigos, sino que también vislumbra la necesidad de garantizar el interés colectivo y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (Calamandrei, 2000, p. 70).

En el derecho administrativo colombiano, el recurso de unificación de jurisprudencia se origina en los años sesenta del siglo pasado. De acuerdo con López Martínez (s. f., p. 176), la unidad de jurisprudencia no ha sido una búsqueda reciente en nuestro país, en tanto, desde 1964, el artículo 24 del Decreto 528 disponía la necesidad de convocar a las diferentes salas del Consejo de Estado en caso de pretender alguna modificación en la jurisprudencia. Luego, con la expedición de la Ley 11 de 1975, que modificó el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, se introdujo en el ordenamiento el recurso de súplica. Con el Decreto 01 de 1984 se derogó el recurso de súplica y se instituyó el de anulación. La Corte Suprema de Justicia derogó el artículo 268 del Decreto 01 de 1984, que dio lugar a la coexistencia de los recursos de súplica y anulación, situación que duró solo hasta 1988, año en el que por el Decreto-Ley 597 se derogó el recurso de anulación.

Siguiendo nuevamente a Carlos Jaramillo (Jaramillo y Tamayo, 2012, p. 280), se extrae que la Constitución Política de 1886, en su Artículo 151, fue la gestora del poder casacional soberano que incluso hoy conserva la Corte Suprema de Justicia, puesto que le atribuyó la facultad de conocer de los recursos de casación, atribución que no varió en la Carta Política de 1991, en tanto en su Artículo 235 se estableció que la Corte actuaría como supremo Tribunal de Casación.

La Ley 105 de 1931, relativa al Código Judicial, que tuvo vigencia hasta el año 1971 (cuando se expidió el Código de Procedimiento Civil), señalaba en su artículo 519 que el fin primordial del recurso de casación era “unificar la jurisprudencia nacional”.

Frente a las funciones atribuidas al Consejo de Estado, de acuerdo con Sarmiento Erazo, se tiene lo siguiente:

El Consejo de Estado por su parte, ha sido concebido como el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, incluso desde la pasada Carta de 1886 y su reforma de 1910. Empero, los recursos que se le han adjudicado no hacen parte de aquellos identificables con la unificación en tutela o casación, en la medida en que el Consejo de Estado decide buena parte de sus trámites en calidad de juez de segunda instancia por medio de la impugnación de sentencias provenientes de los tribunales administrativos. (2011, p. 250)

En consonancia con lo anterior, se puede entender que al Consejo de Estado no le había sido atribuida tan claramente como hasta ahora (Ley 1437 de 2011), la función y competencia de unificar la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de un recurso, como sí la ha tenido a lo largo de la historia la Corte Suprema de Justicia a través del recurso extraordinario de casación. De acuerdo con el autor Sarmiento Erazo, para 1896 la Corte Suprema de Justicia concentraba la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisdicción ordinaria y la escasamente formada jurisdicción constitucional.

La necesidad unificadora nace de la obligación impuesta a los jueces de motivar sus decisiones, puesto que es allí donde surgen las diferentes posiciones jurídicas que conducen a la variación de la jurisprudencia y el consiguiente fomento de inequidad (Calamandrei, 2000, p. 78). De acuerdo con la estructura jerárquica del órgano judicial, a quienes están en el último escalafón se les confía la unificación de la jurisprudencia, de modo que los jueces de inferior jerarquía fallen de acuerdo con ella, o se aparten dando las razones jurídicas suficientes que motiven tal decisión.

La duda sobre la aplicabilidad de la norma al caso concreto se resuelve en una duda sobre su significado abstracto, puesto que, la necesidad práctica de

conseguir la igualdad y la certeza del derecho a través de una uniforme jurisprudencia, se manifiesta en grado superlativo precisamente en los casos en que para la mejor formulación de algunos conceptos jurídicos, el legislador, deliberadamente se ha entregado a la cooperación del juez. (Calamandrei, 2000, p. 82)

Respecto de la justificación para la existencia de los recursos de unificación, Carlos Ignacio Jaramillo afirma:

La unificación de la jurisprudencia, por antonomasia, es la tarea asignada principalísimamente a las Cortes o Tribunales Supremos en la esfera internacional, como da cuenta el derecho y la doctrina comparadas, desde luego con las excepciones de rigor (...) En efecto sin desconocer la concurrencia de otras finalidades, lo cierto es que el rol unificador es el que más caracteriza el laborío que en la praxis efectúa un órgano o ente casacional.

(...) Es por lo demás en nuestro modesto parecer, el de mayor abolengo jurídico, y mayor resonancia judicial, pues establecido que el escenario de la casación no es una tercera instancia, a él le corresponde velar por la fijación de criterios rectores llamados a ser aplicados homogéneamente por los jueces ordinarios y por la comunidad en general, ávida de reglas uniformes que le garanticen de antemano la resolución igualitaria de su litigio, en función de principios y cánones análogos. (Jaramillo y Tamayo, 2012, p. 286)

Finalmente, es oportuno señalar que el sistema jurídico colombiano, al contar con tres tribunales de cierre, como son, la Corte Suprema de Justicia para la jurisdicción ordinaria, la Corte Constitucional para la jurisdicción constitucional y el Consejo de Estado para la jurisdicción contencioso administrativa, se enmarca como un sistema judicial complejo en el que la Corte Constitucional, que fue creada en la Constitución Política de 1991 y a la cual se le confió la guarda de la Carta Marga y se le atribuyó la tarea de ser la intérprete autorizada de los postulados constitucionales, ha emanado un gran número de jurisprudencia. En ella no solo tiene la atribución de la unificación de criterios en materia de derechos fundamentales a través de las denominadas sentencias SU, sino que al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes —sentencias tipo C— sus efectos serán *erga omnes*.

Es así como el Consejo de Estado, como tribunal de cierre en materia contencioso-administrativa, tiene la importante función de unificar su jurisprudencia con el ánimo de encaminar las decisiones de los jueces y tribunales administrativos y generar decisiones revestidas de seguridad jurídica, lo que es resultado de la aplicación del principio de la igualdad ante la ley.

Tal función ha sido dotada de importantes herramientas a través de la Ley 1437 de 2011, cuyos efectos buscan extenderse a la administración pública, con el ánimo de evitar que temas que ya han sido decididos en sentencias de unificación tengan que ser sometidos nuevamente a la jurisdicción, pues su alcance ya fue definido en dicho escenario. Son estos los planteamientos que se abordan a continuación.

4.1 Sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado

Tal como se indicó de forma precedente, la primera norma que expresamente dotó de fuerza vinculante a la jurisprudencia del Consejo de Estado, fue la ley 1395 de 2010, cuyo artículo 114 prescribió que

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 (...), 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.

En esta norma se observa claramente una orden emitida a las entidades, que cobija además a los jueces de la República, para que se ciñan a la línea jurisprudencial y por tanto a la interpretación y aplicación uniforme que de la norma se haya producido con anterioridad.

El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 conservó la finalidad de dicha norma, pero además amplió su campo de acción en cuanto a los casos a los que le debe ser aplicable el precedente jurisprudencial, puesto que en este caso la norma no indicó taxativamente casos puntuales, sino que textualmente señaló que era aplicable a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Es preciso indicar además que el mismo artículo señaló que la base para la aplicación del precedente está dada por las llamadas “sentencias de unificación”, las cuales se rigen por el artículo 270 y ss., así:

Artículo 270. **Sentencias de unificación jurisprudencial.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

Normas que son necesarias y complementarias con respecto a la aplicación uniforme de la jurisprudencia, lo que reivindica y confirma el carácter obligatorio del precedente judicial en materia contencioso-administrativa.

Sin embargo, el mismo Consejo de Estado, en consulta absuelta mediante sentencia del año 2013 (Radicación n.º 2177, 2013), dejó claro que la función de unificación no nace con la Ley 1437 de 2011, sino que data de antes, y para ello enuncia importantes postulados normativos y constitucionales, los cuales podemos resumir en los siguientes términos:

Es importante resaltar entonces que la función de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado no nace con la Ley 1437 de 2011 ni depende exclusivamente de ella, pues como ha quedado señalado aquella es inherente a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le reconoce a la corporación el artículo 237-1 de la Constitución Política (artículo 13), tal como ya lo hacía la Carta de 1886 (artículo 14). En consecuencia, el deber de las autoridades administrativas y judiciales de hacer una interpretación uniforme y coherente de las normas jurídicas y de garantizar el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica es un mandato general, directo y de aplicación inmediata que se debe cumplir en cualquier actuación administrativa.

En la decisión referenciada, el Consejo de Estado es enfático en señalar que su función unificadora no deviene de la Ley 1437 de 2011, sino que es connatural al hecho de ser un tribunal u órgano de cierre, tal como puede predicarse a partir del Artículo 237 de la Constitución.

De otro lado, señaló que antes de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), las sentencias de unificación por lo general provenían de la sala plena contenciosa en virtud del artículo 97 del Decreto 01 de 1984 (anterior código contencioso administrativo), que para lo que pretendemos mostrar se enuncia a continuación:

(...) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: (...)

4. Resolver los recursos extraordinarios de revisión y de súplica incoados contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones y los demás que sean de su competencia.

5. Resolver los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia.

A solicitud del Ministerio Público, o de oficio, las secciones podrán remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo aquellos asuntos que, encontrándose pendientes de fallo, por su importancia jurídica o trascendencia social ameriten ser decididos por ésta. La Sala Plena decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto.

Finalmente, señala la decisión que también las secciones de la Corporación, especialmente las que están divididas en subsecciones, desempeñan la función de unificación, puesto que así lo dispuso el Reglamento interno del Consejo de Estado en desarrollo de los artículos 237-6 de la Constitución Política y 35-8 de la Ley Estatutaria de Justicia, donde se les atribuyó la tarea de unificar jurisprudencia respecto de los asuntos a su cargo. Puntualiza que la sección segunda ha ordenado la extensión de jurisprudencia dictada por la Sala Plena de dicha sección, y lo propio ha hecho la sección tercera con relación a decisiones que fueron expedidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

Sobre este punto en particular, e incluso antes del auto por el cual se absuelve la consulta, citado más arriba, el doctor Alfonso Vargas Rincón (2012) expresó:

Como antes señalamos, la Ley 1437 de 2011, no definió lo que se entiende por sentencia de unificación jurisprudencial pues se limitó a enunciar cuáles sentencias tienen ese carácter. Para el mecanismo de revisión eventual, sí lo hizo en los siguientes términos: La finalidad de la revisión eventual ... **es la de unificar la jurisprudencia**, en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y en consecuencia, lograr la aplicación de la Ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Armonizando los preceptos a que hemos venido haciendo referencia, podemos afirmar que las sentencias de unificación jurisprudencial tienen por finalidad garantizar la aplicación de la Constitución, la Ley y el reglamento, de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.
(Negrillas propias)

Por lo que puede indicarse, que no obstante la expedición de la Ley 1437 de 2011, que dotó tanto al Consejo de Estado como a la administración pública de normas que recogiesen la jurisprudencia referente al valor del precedente y su obligatoriedad, así como la función atribuida a los órganos de cierre de unificar su jurisprudencia para que ella fuese el punto de referencia para aplicar el precedente judicial, tal función no nace con la expedición del CPACA, sino que, como se ha

venido señalando, la han estado ejerciendo los tres órganos de cierre de nuestro sistema judicial.

Sin embargo, las herramientas normativas consignadas en la Ley 1437 de 2011 clarifican aún más el asunto y permiten que el ciudadano, antes de agotar la vía judicial, pueda solicitar a la administración pública aplicar la extensión de la sentencia de unificación que resulte acorde a su caso particular, a fin de que prevalezca el derecho reconocido, y que tanto la jurisdicción como la administración expidan decisiones razonadas y afines con la interpretación efectuada por el órgano de cierre.

Sobre el particular, los autores Guerrero Macías y Muñoz Riaño (2014) indican que la finalidad de la sentencia de unificación no es otra que la garantía de la Constitución y la ley, del derecho de igualdad de los administrados frente a las decisiones impartidas por las autoridades administrativas. Por eso la figura contemplada en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 es aplicable en armonía con los artículos 102, 269 y 270 de la misma norma, en los cuales se enuncian las sentencias que tienen el carácter de “Unificación Jurisprudencial”, constitutivas de precedente judicial, así como el procedimiento para obtener el pronunciamiento de unificación.

Ahora bien, el artículo 271 del CPACA establece que corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. 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.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica, la trascendencia económica y

social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

Así, si se considera que el asunto que envuelve el caso particular no ha sido aún estudiado, ni determinado su alcance mediante sentencia de unificación, puede la parte o el Ministerio Público hacer la solicitud a fin de buscar que el Consejo de Estado lo estudie, bien sea por importancia jurídica, trascendencia económica o porque —se reitera— haya necesidad de que sea objeto de unificación.

De este modo se buscaría un pronunciamiento por parte del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, a fin de prever la extensión de la sentencia de unificación, tal como se ha venido explicando.

De otro lado, el artículo 270 del CPACA señala que tienen carácter de unificación las siguientes (Guerrero y Muñoz, 2014):

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia.
- c) Las relativas al mecanismo eventual previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (respecto de acciones populares y de grupo).

Es así que los autores referidos puntualizan sobre la finalidad de la sentencia de unificación:

La sentencia de unificación tiene la finalidad de obtener seguridad jurídica, igualdad de trato en la aplicación de la ley y velar por el respeto a la confianza legítima, la garantía de la responsabilidad financiera y la racionalización de la economía. Debe resaltarse que la Honorable Corte Constitucional señaló que la jurisprudencia de las altas cortes es vinculante, es decir que las autoridades administrativas deberán aplicar y analizar la existencia de precedentes judiciales provenientes de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, dándole una prioridad a la proveniente de la Corte Constitucional como garante de la Constitución Política. (Guerrero y Muñoz, 2014)

En lo que respecta a la forma prevista para determinar si existe unificación frente a determinado asunto, al hacer un rastreo en la página web oficial del Consejo de Estado, señalando como ítem de búsqueda “sentencias de unificación” y filtrando por sala plena, encontramos un total de 16 pronunciamientos, los cuales recopilamos en la Tabla 1:

Tabla 1. Sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado

Cons ecuti vo	FECHA	RADICAD O	TEMA	DATOS DEL PROCESO	DECISIÓN
1	07/09/2016	2084661 11001-03- 28-000- 2013- 00011-00	PROHIBICIÓN INHABILITANTE DEL ARTÍCULO 126 CONSTITUCIONAL - Alcance / SERVIDORES PÚBLICOS - Les está prohibido designar, postular, nombrar o elegir a quien con anterioridad o posterioridad haya designado, postulado, nombrado o elegido a sus parientes /	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. ACTOR: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS. DEMANDA CONTRA EL ACTO DE REELECCIÓN DE ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN	ACCEDE SALVAME NTO DE VOTO Y ACLARACI ÓN DE VOTO

2	09/08/2016	2084664 11001-03- 25-000- 2011- 00316-00	CONTROL JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS - Evolución jurisprudencial	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E). ACTOR: PIEDAD ESNEDE CÓRDOBA RUIZ. DEMANDADO: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	ACCEDE SALVAMENTO DE VOTO Y ACLARACIÓN DE VOTO
3	24/11/2014	2074369 07001-23- 31-000- 2008- 00090-01 37747	AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA PRODUCIR EFECTOS JURÍDICOS - Procedencia - Fundamento La Conciliación o acuerdo conciliatorio /	SECCIÓN TERCERA SALA PLENA. PONENTE: ENRIQUE GIL BOTERO. ACTOR: BERNABÉ CUADROS CONTRERAS Y OTROS. DEMANDADO: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	ACCEDE PARCIALMENTE. ACLARACIÓN DE VOTO
4	11/11/2014	074093 11001-03- 28-000- 2013- 00015-00	ACTOS ELECTORALES PROFERIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Nulidad de la elección y confirmación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACTOR: PAULA ALEJANDRA RANGEL GARZÓN Y OTRO. DEMANDADO: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA	ACCEDE
5	30/09/2014	2074616 11001-03- 15-000- 2007- 01081-00	COPIA SIMPLE - Sentencia de unificación de jurisprudencia en relación con su valor probatorio / PRINCIPIO DE BUENA FE - PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL - El reconocimiento del valor probatorio de la copia simple constituye una aplicación de dicha prevalencia	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: ALBERTO YEPES BARREIRO ACTOR: ADRIANA GAVIRIA VARGAS. DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL	NIEGA
6	28/08/2014	2020577 50001-23- 15-000- 1999- 00326-01 31172	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Uso de arma de dotación / USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL - Sentencia de unificación jurisprudencial / PERJUICIOS MORALES POR LESIONES PERSONALES - Reparación del daño /	SECCIÓN TERCERA SALA PLENA. PONENTE: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. ACTOR: GONZALO CUÉLLAR PENAGOS Y OTRO. DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL	ACCEDE
7	28/08/2014	2020578 68001-23- 31-000- 2002-	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Privación injusta de la libertad / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - En relación con los parámetros para tasar perjuicios morales	SECCIÓN TERCERA SALA PLENA. PONENTE: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). ACTOR: JOSE DELGADO SANGUINO Y OTROS. DEMANDADO:	ACCEDE

		02548-01 36149	y criterios para reconocer perjuicios por lucro cesante	DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL	
8	28/08/2014	2020579 23001-23- 31-000- 2001- 00278-01 28804	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Falla médica / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO - Muerte de feto / MUERTE DE FETO - INDEBIDA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO DE OBSTETRICIA - En paciente embarazada / DAÑO ANTIJURÍDICO - Muerte de feto de sexo femenino por indebida atención en el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, de señora embarazada por negligencia y deficiente prestación del servicio médico en trabajo de parto.	SECCIÓN TERCERA SALA PLENA. PONENTE: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACTOR: AMPARO DE JESÚS RAMÍREZ SUÁREZ. DEMANDADO: HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE LORICA Y OTRO	ACCEDE
9	28/08/2014	2020691 25000-23- 26-000- 2000- 00340-01 28832	FOTOGRAFÍAS - Valor probatorio. Valoración probatoria / FOTOGRAFÍAS - Para ser valoradas debe haber certeza sobre su procedencia / FOTOGRAFÍAS - Ante el desconocimiento de su procedencia no pueden ser consideradas como documentos auténticos. Regulación normativa	SECCIÓN TERCERA SALA PLENA. PONENTE: DANILO ROJAS BETANCOURTH. ACTOR : ANDREAS ERICH SHOLTEN DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO-INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC	ACCEDE
10	28/08/2014	2020692 73001-23- 31-000- 2001- 00418-01 27709	COPIAS SIMPLES - Valor probatorio. Valoración probatoria / COPIAS SIMPLES - No podrán ser valoradas porque no fueron incorporadas como prueba documental en la oportunidad pertinente. Auto que decretó pruebas en segunda instancia	SECCIÓN TERCERA SALA PLENA. PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. ACTOR: ADRIANA CORTÉS PÉREZ Y OTRAS DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL-	ACCEDE
11	28/08/2014	020695 05001-23- 31-000- 1997- 01172-01 31170	RECURSO DE APELACIÓN - Interpuesto por ambas partes / RECURSO DE APELACIÓN - Límite del juez de segunda instancia Reiteración de jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera	SECCIÓN TERCERA SALA PLENA PONENTE: ENRIQUE GIL BOTERO. ACTOR: LUIS FERNEY ISAZA CÓRDOBA Y OTROS DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL	ACCEDE

12	05/08/2014	074039 11001-03- 15-000- 2012- 02201-01	ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO - Procedencia excepcional	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. ACTOR: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S. A. DEMANDADO: CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN PRIMERA	NIEGA
13	15/07/2014	2074092 11001-03- 28-000- 2013- 00006-00	ACTOS ELECTORALES PROFERIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Nulidad de la elección y confirmación del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Conflicto de intereses	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. ACTOR: CECILIA OROZCO TASCÓN Y OTROS. DEMANDADO: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ	ACCEDE
14	08/10/2013	2016679 08001-33- 31-003- 2007- 00073-01	REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR - Noción y alcance / REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR - No puede tomarse este mecanismo como una instancia adicional del proceso - No opera el principio no reformatio in pejus	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: ENRIQUE GIL BOTERO. ACTOR: YURI ANTONIO LORA ESCORCIA. DEMANDADO: MUNICIPIO DE SABANALARGA – ATLÁNTICO	NIEGA
15	19/11/2012	011870 73001-23- 31-000- 2000- 03075-01 24897	ACTIO IN REM VERSO O ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Procedencia. Regla general / ACTIO IN REM VERSO O ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Regla general. Esta acción versa sobre relaciones contractuales conformes a las solemnidades legales	SALA PLENA SECCIÓN TERCERA. PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACTOR: MANUEL RICARDO PÉREZ POSADA DEMANDADO: MUNICIPIO DE MELGAR	NIEGA
16	11/09/2012	2010859 41001-33- 31-004- 2009- 00030-01	AGOTAMIENTO DE JURISDICCIÓN EN ACCIÓN POPULAR - Antecedentes jurisprudenciales / ACCIÓN POPULAR - Procedencia de la acumulación de procesos	SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. PONENTE: SUSANA BUITRAGO VALENCIA ACTOR: NÉSTOR GREGORY DÍAZ RODRÍGUEZ. DEMANDADO: MUNICIPIO DE PITALITO	ACCEDE

Como puede observarse, ocho decisiones son de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y ocho de la Sala Plena de la Sección Tercera. Asimismo, puede observarse que los asuntos objeto de unificación son de diferente índole, entre ellos

se destacan: la demanda al acto de reelección del exprocurador general de la nación Alejandro Ordóñez Maldonado, cuyo actor fue el reconocido académico Rodrigo Uprimny Yepes; igualmente, la decisión acerca del control judicial de los actos disciplinarios, en tanto mediante dicha decisión perdió vigencia la sanción disciplinaria que le había sido impuesta a la senadora Piedad Córdoba, y se unificó la jurisprudencia respecto de los límites del control judicial de los procedimientos disciplinarios de servidores públicos. Dichos temas fueron objeto de unificación jurisprudencial por la importancia jurídica que revisten.

Se observa además que temas que fueron enunciados expresamente para ser unificados en la Ley 1395 de 2010¹⁴⁷, como son los daños ocasionados por uso de arma de fuego, y privación injusta de la libertad en relación con los parámetros para tasar perjuicios morales y criterios para reconocer perjuicios por lucro cesante, fueron objeto de unificación en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

Asimismo, llama la atención la unificación de jurisprudencia respecto de la tutela contra providencias judiciales, por cuanto fue este uno de los asuntos más polémicos y de desacuerdo entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo que se denominó como “choque de trenes”. Así lo plantea el profesor Manuel Quinche Ramírez (2010b, p. 308), al señalar que en el año 2005, en los casos en que la Corte Constitucional, en virtud de un fallo de tutela le ordenaba al Consejo de Estado proferir sentencias de reemplazo, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo asumía siempre la misma posición, que se traducía en emitir un auto de sala plena por medio del cual rechazaba la decisión de la Corte Constitucional, y declaraba adicionalmente que la sentencia inicial emitida por ellos hacía tránsito

¹⁴⁷ ARTÍCULO 114. <Artículo derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente: <Aparte subrayado y en letra cursiva **CONDICIONALMENTE** exequible> 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.

a cosa juzgada, que los fallos proferidos eran inmutables y por tanto no podían ser objeto de revisión por otra Corte.

Al respecto, el autor Julián David Agudelo (2016), en su tesis de maestría indica lo siguiente:

De este primer análisis de las sentencias de Sala Plena y de las distintas Secciones, se puede concluir que en los tres periodos que van desde 1992 hasta el 2006, agregando la sentencia de Sala Plena del 2009, el Consejo de Estado centró su argumentación tendiente a negar la TCS —tutela contra sentencias— en la defensa de una concepción competencial de la Constitución, donde prevaleció el Derecho Procesal y la parte orgánica de la Constitución sobre la parte sustancial, pues la mayoría de veces sólo se preocupó por problemas como los siguientes: si la Corte podía dejar sin efectos las sentencias ejecutoriadas; si la Corte era competente para “revivir” normas declaradas inexequibles por la sentencia C-543 de 1992; si el Tribunal Constitucional estaba facultado para crear un recurso especialísimo como la TCS con causales y requisitos propios (o si esa era una competencia exclusiva del legislador).

De acuerdo con los autores citados, la disputa se mantuvo por varios años, y luego de un gran trasegar jurídico y de que un gran número de tutelas fuesen interpuestas frente a decisiones del Consejo de Estado, mediante decisión del 5 de agosto de 2014 (señalada en la Tabla 1), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó jurisprudencia al respecto, decisión de la que destacamos lo siguiente:

ACCIÓN DE TUTELA - Naturaleza y finalidad dentro del Estado social de Derecho (...) En la sentencia C-590 de 2005, considerada un hito en la materia, se desarrolla ampliamente la doctrina constitucional, actualmente vigente, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y se hace énfasis en la constitucionalidad de dicho mecanismo contra las providencias proferidas por los órganos límite en la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo. Para la Corte, tesis que comparte esta Corporación, tal como se desarrollará en el acápite siguiente, aceptar la procedencia de la acción de tutela contra las providencias de los máximos tribunales, no vulnera los principios de seguridad jurídica, autonomía funcional del juez y autonomía e independencia de los jueces, ni viola la distribución constitucional de competencias entre las altas cortes. Luego de la sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional ha reiterado de manera uniforme el precedente sobre la procedencia de la acción de tutela contra máximos tribunales. Incluso, ha asumido la competencia en aquellos casos en los que se rechazan las acciones

de tutela contra sus propias providencias y ha sostenido que todas las personas tienen el derecho de acudir ante cualquier juez unipersonal o colegiado para presentar una nueva tutela cuando ésta ha sido objeto de rechazo. En el Consejo de Estado la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir providencias judiciales no ha sido un tema pacífico. (Consejo de Estado, Radicación n.º: 11001-03-15-000-2012-02201-01)

Más adelante el Consejo de Estado refiere que en decisión previa de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptada el 31 de julio de 2012, unificó la jurisprudencia de sus diferentes secciones en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando resulten violatorias de derechos fundamentales. Y esto a pesar de que, como la misma corporación lo señala, en principio la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró que la tutela contra sentencias judiciales no era procedente, porque ello ocasionaba la “reapertura indefinida de litigios”, y se “duplicaban las jurisdicciones” en detrimento de la certeza jurídica requerida por el ordenamiento jurídico.

Señala que con posterioridad y por la declaratoria de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, las diferentes secciones de la Corporación adoptaron criterios diversos, que abarcan desde la procedibilidad por causas específicas llamadas vías de hecho, la procedibilidad condicionada a la vulneración de los derechos fundamentales, hasta la improcedencia absoluta inicialmente formulada por la Sala Plena. La divergencia argumentativa llevó a la decisión referida del año 2012 y que se recoge como criterio de unificación en el año 2014.

Ahora bien, retomando lo enunciado anteriormente, con relación a que la función de unificación no nace con el CPACA, sino que desde antes las salas plenas de las secciones del Consejo de Estado venían unificando su jurisprudencia relacionada con materias propias de cada una de ellas, tenemos el pronunciamiento del 4 de agosto de 2010, referente a la aplicación del régimen de transición en materia pensional de servidores públicos, que en síntesis indicó:

Para garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, la Ley 33 de

1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, independientemente de la denominación que se les dé, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conlleva igualmente la aplicación del monto del régimen anterior y en el evento en que un servidor público cumpla el requisito de edad o tiempo de servicios, para que en virtud de la transición le resulte aplicable la Ley 33 de 1985, su pensión de jubilación o de vejez corresponderá al 75% de lo devengado en el último año de servicios. (Consejo de Estado, Radicación n.º 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), 4 de agosto de 2010)

Sobre el particular, el Consejo de Estado¹⁵², mediante decisión del año 2016, ratificó lo señalado en la sentencia arriba citada en los siguientes términos:

El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero sí contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición. (...). Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que

¹⁵² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: LUIS EDUARDO DELGADO. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP). Asunto: LEY 1437 DE 2011. MECANISMO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

retribuyen sus servicios. (Consejo de Estado, Radicación n.º: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), 24 de noviembre de 2016)

Sin embargo, más adelante el Consejo de Estado, al referirse a la fuerza vinculante de la sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y el 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de dicha corporación, en relación con las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional, deja entrever cierto desacuerdo con pronunciamientos de la Corte Constitucional atinentes a este tema, donde además decanta de forma ejemplar los conceptos que hemos trabajado a lo largo del texto: obligatoriedad, criterio auxiliar y efectos *erga omnes*. Por ello, nos permitimos citar dicho pronunciamiento. Veamos:

En la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional ejerció su competencia de control de constitucionalidad en abstracto, por vía principal y ante acción popular ejercida contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. La Corte Constitucional no consideró necesario cobijar con este fallo otras disposiciones legales, con las que hubiera podido integrar una proposición jurídica completa, para incluirlas en la parte resolutive de esa sentencia (...)

La Corte Constitucional concluye que lo dispuesto en esa sentencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los congresistas y los demás servidores señalados expresamente en la decisión. Por tanto, dicho fallo no abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del magisterio, de la rama ejecutiva, de la rama judicial y el Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, entre otros. En consecuencia, lo que la Corte Constitucional señale en dicha decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

Sobre esta determinación de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado manifestó que, conforme al artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en

ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto (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. Esto quiere decir que la parte motiva constituye un “criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. De otro lado, si las sentencias son proferidas en sede revisión de providencias de tutela, tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

Esta introducción que realiza el Consejo de Estado frente a los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, constituye la antesala para puntualizar que si en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 se escoge una determinada interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación a otros regímenes regulados por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 , dicha interpretación y aplicación de la ley no obliga a las demás cortes de cierre, refiriéndose como es claro al mismo Consejo de Estado. Las razones que señala el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa para “desconocer” lo preceptuado en las mencionadas sentencias SU provenientes de la Corte Constitucional, pueden resumirse como sigue:

1. En virtud de lo dispuesto en el Artículo 237-1 de la Carta Política, el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción es aquella dictada por este tribunal de cierre en el marco de la interpretación que la Constitución y la ley le confieren. Por ello no se considera vinculante la proferida por ninguna otra autoridad jurisdiccional, salvo la que expida la Corte Constitucional en el ejercicio de control de constitucionalidad, esto es, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, o la que expida la misma Corte Constitucional (en la forma como se expuso anteriormente) a través de sentencias de unificación (también llamadas “SU”), en cuanto se refieren a la aplicación, interpretación y alcance de las

normas constitucionales (en especial de los derechos fundamentales), pero no en cuanto a la interpretación de las normas legales. Admitir una tesis contraria, esto es, que todas las sentencias SU de la Corte Constitucional tienen mayor fuerza vinculante que las dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

2. De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad “C” sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive (y en la parte motiva si y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive, como se expuso más arriba con relación a la *ratio decidendi*, en tanto que las sentencias adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes, y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

Por lo que la única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular al Consejo de Estado, sobre el tema en cuestión, es en efecto la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 son sentencias de tutela que, a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, siempre que se refieran a la aplicación y el alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

3. Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda del Consejo de Estado se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho, y tienen carácter

prevalente y vinculante a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

4. De acuerdo con el párrafo del Artículo 334 de la Constitución Política, no se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.
5. El Artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas, de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo, y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.
6. El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU-427 de 2016, pero sí contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

7. Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.
8. Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado conlleva una regresión de los derechos laborales
9. El hecho de que las entidades públicas no hubieren efectuado los aportes de ley no puede traducirse en un menoscabo de los derechos de los trabajadores. La omisión de las entidades públicas de efectuar los correspondientes aportes no puede beneficiarlas ni tener repercusión perjudicial respecto de sus servidores públicos, por cuanto a nadie puede favorecer su propia culpa.
10. Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma, lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, y la pensión de jubilación es el reflejo de esa realidad laboral, o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional, el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.

Se observa entonces que el Consejo de Estado realizó un amplio ejercicio argumentativo en pro de fijar su posición frente al tema del régimen de transición pensional, basado en la no regresión de los derechos laborales y su efectiva protección, así como los criterios de evaluación y aplicación vinculantes o no de las decisiones de la Corte Constitucional, de acuerdo con el tipo de sentencia de que se trate (sentencia C o SU, para el caso concreto).

Consideramos que con ello el Consejo de Estado, a diferencia de lo que había ocurrido anteriormente respecto del desacuerdo con decisiones de la Corte Constitucional, en lugar de desconocerlas de forma tajante desarrolla un amplio

argumento tendiente a enunciar las razones por las cuales, no obstante la existencia de la interpretación emitida por la Corte Constitucional en dos sentencias tipo SU sobre el tema, advierte una interpretación diferente, acorde además con el desarrollo jurisprudencial de la materia en la jurisdicción contencioso administrativa.

Como conclusión de este acápite, diremos que el ejercicio de determinar si existe unificación frente a un tema particular por parte del Consejo de Estado no parece ser una tarea sencilla, pues solo las sentencias proferidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 están señaladas por la relatoría de dicha corporación como “sentencias de unificación”, sin que ello sea óbice para que algunas decisiones expedidas con anterioridad también sean consideradas en este sentido. En esa medida, cuando se solicita la aplicación del mecanismo de extensión de este tipo de jurisprudencia, resulta prudente hacer una exhaustiva búsqueda, con el ánimo de verificar que, en efecto, el caso concreto obedezca a una temática que haya sido objeto de unificación y que dicho pronunciamiento esté vigente, en tanto existen varios requisitos que deben cumplirse para que aquello opere. Es este el tema que nos ocupará a continuación.

4.2 La extensión de jurisprudencia por las autoridades administrativas

Ha sido la propia jurisprudencia del Consejo de Estado la que ha definido el alcance, los requisitos y el contenido del mecanismo de extensión de jurisprudencia, consagrado en la Ley 1437 de 2011. Al respecto señaló el órgano de cierre¹⁵³ que con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, surgió en el ordenamiento jurídico colombiano el mecanismo de extensión de jurisprudencia de unificación, figura que desde sus orígenes ha buscado el favorecimiento del ciudadano, pero que conlleva también beneficios para

¹⁵³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00032 00 (56360). Actor: JUAN ESTEBAN GÓMEZ MONTOYA Y OTRO. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL. Referencia: LEY 1437 DE 2011 – EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA

el Estado en general, de forma específica para la administración pública y la administración de justicia, en cuanto a seguridad jurídica y economía procesal (Consejo de Estado, Radicación n.º: 11001-03-26-000-2016-00032 00 (56360), 22 de septiembre de 2016).

Lo que se busca con esta herramienta jurídica es que las personas puedan acceder de manera directa, pronta y eficaz ante la administración pública para que sea ésta, en armonía con las decisiones judiciales que se han tomado en casos idénticos, la que pueda resolver, en igual forma, las peticiones que le sean presentadas por usuarios que arriban con el mismo problema jurídico, lo que a la postre redundará en menor litigiosidad y en descongestión judicial.

En consonancia con lo anterior, puede decirse que la extensión de jurisprudencia permite a las autoridades públicas tener certeza en las decisiones que adoptan al resolver las reclamaciones de las que deben ocuparse, evita que el ciudadano se vea obligado a acudir a un proceso judicial, con todo lo que ello implica, para que se resuelvan sus pretensiones en relación con casos iguales que ya han sido decididos a través de sentencias de unificación, lo que además reduce los niveles de congestión en la administración de justicia.

Con la aplicación de este mecanismo se busca además la consolidación de un sistema jurídico más armónico y coherente, al permitir la realización de principios y garantías como la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la celeridad y la economía procesal.

Por su parte, el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece los requisitos generales y el trámite que debe agotar el interesado en la búsqueda del reconocimiento de un derecho ante la entidad. Las autoridades están en el deber de estudiar las peticiones de extensión de jurisprudencia cuando el interesado acredite tener los mismos presupuestos fácticos y jurídicos de una sentencia de unificación proferida por el Consejo de

Estado o por alguna de sus secciones. Dicho trámite se surte como se enuncia a continuación:

1. El interesado presentará petición ante la autoridad que debe reconocer el derecho, sin que haya caducado la pretensión judicial,¹⁵⁴ es decir que no haya expirado el término para acudir a la jurisdicción mediante el medio de control judicial.
2. La petición debe hacerse conforme a la reglamentación establecida para este evento; la misma debe contener la justificación razonada del interesado, en la cual se evidencie que la situación es igual, frente a las circunstancias de hecho y de derecho del demandante, en la sentencia de unificación que se pretende extender.
3. Se deben aportar las pruebas, tanto las que el interesado tenga en su poder como las que reposen en la entidad; se entiende que las pruebas deben aportarse como si el interesado fuera a interponer la demanda contenciosa.
4. Finalmente, debe aportar copia o hacer referencia de la sentencia de unificación cuyos efectos se pretenden extender (Consejo de Estado, Radicación n.º: 11001-03-25-000-2013-01443-00(3638-13), 12 de octubre de 2016).

Adicionalmente, es importante señalar que si se ha presentado una petición anterior con el mismo propósito, sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

Luego de surtida la petición, la entidad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, teniendo en cuenta la

¹⁵⁴ El plazo estipulado para el trámite deviene directamente del término de caducidad, que al tratarse de actos administrativos que generan, modifican o extinguen derechos de carácter particular es de 4 meses (acción de nulidad y restablecimiento del derecho). Es decir que por regla general este sería el plazo para la solicitud de extensión de jurisprudencia ante la administración pública.

interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente. La decisión se deberá adoptar dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción de la petición, y las autoridades podrán negarla con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso, la entidad estará obligada a enunciar cuáles son esos medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas que se han de aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en caso de que el peticionario acuda a él en los términos del artículo 269 del CPACA.

De esta manera, se observa que se trata de un trámite sencillo tendiente a permitir que el ciudadano obtenga el reconocimiento de un derecho, siempre y cuando se encuentre en las mismas circunstancias de hecho y de derecho que hayan sido objeto de debate en casos similares por parte del Consejo de Estado, y que hayan desencadenado el pronunciamiento a través de una sentencia de unificación de jurisprudencia.

Frente a la obligatoriedad de la administración pública de extender la jurisprudencia emitida mediante sentencias de unificación, es importante indicar que la norma es clara y expresa al vincular a la administración pública en la obligación de aplicar el precedente jurisprudencial, bajo los criterios y términos establecidos en el CPACA, además de que con ello se beneficia, pues en los casos en los que sea efectivamente procedente evitará verse incurso en procesos judiciales.

Finalmente, es importante resaltar que la norma prescribe, que contra el acto que reconoce el derecho *no* proceden los recursos administrativos, *sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar*. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado de acuerdo a lo reglado en el artículo 269 del CPACA, y allí la solicitud pasará a ser de competencia directa del órgano de cierre, en los términos y con las características que veremos seguidamente.

4.3 La extensión de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado

Con relación al procedimiento establecido en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011 para acudir ante el Consejo de Estado, a fin de que sea dicha corporación la que extienda los efectos de la jurisprudencia de unificación, hay que tener presente que con antelación se debe haber agotado el trámite de reclamación ante la entidad pública respectiva. Sobre el asunto la norma expresa lo siguiente:

ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

Una vez se radique la solicitud, la Corporación Consejo de Estado deberá actuar de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Revisada la solicitud, el despacho en el mismo auto que avoca el conocimiento, dará traslado por el término de (30) días contados a partir de la notificación, para que la entidad convocada y la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado propongan oposiciones sobre la solicitud y aporten las pruebas que sean necesarias.
2. Vencido el término de traslado, se convocará una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación del auto que la convoque. En dicha audiencia, se escuchará a las partes y se adoptará una decisión.

Puede observarse que se trata también de un procedimiento expedito, en el cual, una vez se da la oportunidad a las partes de exponer sus argumentos y pruebas, se decide la solicitud en una audiencia. Se observa además que los plazos del trámite son cortos.

En ejercicio de este tipo de solicitudes, el Consejo de Estado ha proferido un gran número de pronunciamientos, de donde resaltamos los siguientes aspectos relacionados con la competencia de la corporación, y otros relevantes que caracterizan las sentencias de unificación (Consejo de Estado, Radicación n.º: 11001-03-25-000-2013-01443-00(3638-13), 12 de octubre de 2016):

(...) **Competencia del Consejo de Estado para conocer de las extensiones de jurisprudencia.** Al respecto de la competencia de las Secciones del Consejo de Estado para conocer de la extensión de la jurisprudencia, la Sala Plena de la Corporación expidió el Acuerdo 148 de 2014¹⁵⁷, en el cual estableció la competencia de las Secciones y Subsecciones para atender las solicitudes presentadas por los interesados para el reconocimiento de sus derechos.

¹⁵⁷ “Decidir las solicitudes de extensión de la jurisprudencia. En aquellas Secciones integradas por Subsecciones estas decidirán dichas solicitudes, salvo que la Sección asuma la competencia de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o de la Subsección”.

De las sentencias de unificación. Con el único fin de precisar sobre las sentencias de unificación, para efectos de solicitar la extensión de jurisprudencia, la Sala remite a los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y los Acuerdos 58 de 1999 y 148 de 2014 “Por medio del cual se adiciona y modifica el Acuerdo 58 de 1999”.

El artículo 270 del CPACA hace referencia a la vigencia en la expedición de las sentencias de unificación, en cuanto que se tendrán en cuenta como sentencias de unificación las que se hayan proferido durante la vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), así como las expedidas durante la Ley 1437 de 2011.

Al respecto de las sentencias de unificación proferidas en vigencia del Decreto 01 de 1984, debe señalarse que mediante Acuerdo 58 de 1999¹⁵⁸, se estableció la competencia para que las Subsecciones de la Sección Segunda, pudieran sesionar cuando en la Sección se presentaran posiciones encontradas sobre un mismo punto de derecho, todo ello, con el fin de unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la sección.

El artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que las sentencias de unificación serán las expedidas por la Sala Plena del Consejo de Estado y por las Secciones de esta Corporación, y por eso servirán de base para que los interesados puedan acceder a la extensión de la jurisprudencia.

El Consejo de Estado a partir de la Ley 1437 de 2011, expidió el Acuerdo 148 de 2014¹⁵⁹, en el cual quedó contemplado la forma como debían identificarse las sentencias de unificación y su respectiva publicación.

Es así que al interior del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se han establecido las reglas para conocer acerca de las solicitudes

¹⁵⁸ El numeral 1 del artículo 14, dispone: “(...) Parágrafo 1º.- Cada Subsección decidirá los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo las Subsecciones sesionarán conjuntamente: 1. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros. (...)”

¹⁵⁹ “Artículo 43B. Identificación y publicidad de las sentencias de unificación jurisprudencial. Las sentencias de unificación jurisprudencial se identifican con las siglas CE-SUJ seguidas con el número de la Sección y el número anual consecutivo que le corresponda. Dichas sentencias serán públicas en sede electrónica del Consejo de Estado, en un enlace especial de fácil acceso e identificación. “Parágrafo Transitorio. Sala plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones identificarán las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas a partir del 2 de julio de 2012 de conformidad con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011...”.

de extensión de jurisprudencia, las cuales serán asumidas por las diferentes secciones en armonía con los temas que les son propios. Adicionalmente, en los apartes transcritos se enuncia cuál es el tipo y la vigencia, las sentencias de unificación son las que serán reconocidas como tal, para efecto de estudiar y resolver las solicitudes, reafirmando no solo que las sentencias de unificación son anteriores a la expedición de la Ley 1437 de 2011, sino que, además, ellas no provienen exclusivamente de la Sala Plena del Consejo de Estado, también de las secciones de esta corporación, y por eso servirán de base para que los interesados puedan acceder a la mencionada extensión de la jurisprudencia.

Frente a este tema también se realizó una búsqueda en la página web del Consejo de Estado. Al buscar en la sección Relatoría las palabras “extensión de jurisprudencia”, se obtuvo un resultado de más de 900 ítems. Se hizo una recopilación de lo atinente solo al año 2016, de donde se extrajeron los resultados que se describen a continuación.

En total se encontraron 61 pronunciamientos, proferidos por las secciones del Consejo de Estado, así: en la sección segunda hallamos un total de 42 decisiones, de ellas 30 provenientes de la subsección “A” y 12 de la subsección “B”, esto es que la sección segunda de la corporación es la que más ha conocido y decidido solicitudes de extensión de jurisprudencia (68,86 %), y según el análisis realizado esto se debe a que es en ella donde se deciden los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre asuntos laborales, así como procesos contra actos de naturaleza laboral expedidos por el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social.

De las demás secciones de la corporación, podemos mostrar las siguientes cifras: En la sección primera¹⁶⁰ encontramos un total de siete pronunciamientos; por su

¹⁶⁰ Integrada por cuatro magistrados (Ley 1437/2011, art. 110). Sus funciones están establecidas en el Reglamento del Consejo de Estado, entre otras: Procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento que no sean asignados a otras secciones; Recurso extraordinario de revisión sobre sentencias de única instancia de Tribunales; Recurso extraordinario de revisión sobre sentencias de

parte, en la sección tercera —encargada básicamente de las controversias de naturaleza contractual— encontramos un total de siete decisiones, repartidas en las subsecciones, así: subsección A: cuatro; B: dos, y de la subsección C: uno; de la sección cuarta¹⁶¹ se encontró un registro de tres pronunciamientos, y finalmente, de la sección quinta, que es la encargada de los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de contenido electoral, distintos de los de carácter laboral, procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos, recursos extraordinario de revisión contra sentencias de carácter electoral dictadas en única instancia por los tribunales administrativos, entre otros, tenemos en total un pronunciamiento.

En cuanto al nivel de decisiones positivas para los ciudadanos, es el porcentaje más bajo de las decisiones encontradas en el año 2016, pues de las 61, solo 9 fueron favorables a la solicitud, esto es un 14,76 %, por su parte se negaron un total de 16 (26,23%) y el mayor porcentaje lo encontramos en las decisiones que consideraron que no aplicaba o no era procedente la petición. Por ello se hace necesario realizar un bosquejo acerca de las razones más recurrentes por las cuales no prosperaron las solicitudes, así como los requisitos en los que el Consejo de Estado ha puntualizado sus decisiones.

Además del incumplimiento de los requisitos, que se reseñaron al inicio de este acápite, respecto de la necesidad de acudir previamente a la administración y los plazos para agotar dicho trámite y acudir ante el Consejo de Estado, se tiene que en las decisiones consultadas sobre “extensión de jurisprudencia” del año 2016, se identifican varias razones para negar el pronunciamiento solicitado. Una de ellas, y

Tribunales sobre pérdidas de investidura; Controversias en materia ambiental, las demás de carácter administrativo para las cuales no exista regla especial de competencia.

¹⁶¹ Está integrada por cuatro magistrados (Ley 1437/2011, art. 110). Sus funciones están establecidas en el reglamento del Consejo de Estado, entre otras: Procesos de simple nulidad y nulidad y establecimiento del derecho relacionadas con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas; Procesos relacionados con los actos administrativos que se dicten para la enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa; Recursos extraordinarios de revisión de sentencia que dicten los Tribunales en asuntos relacionados con la competencia de esta Sección; Acciones de nulidad y restablecimiento contra las resoluciones que fallen las excepciones y ordenen llevar adelante la ejecución en los procesos de cobro administrativo.

que aún no hemos mencionado, es que en la sentencia de unificación solicitada no haya reconocido un derecho, este es el argumento que se aduce, por ejemplo, de la decisión proferida por la Sección primera del Consejo de Estado el 13 de junio de 2016 (Radicación n.º: 11001-03-24-000-2015-00044-00, 13 de junio de 2016). Sobre el particular se indicó:

Del análisis de los artículos 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011, se desprende que para que sea procedente una solicitud de extensión de jurisprudencia se deben cumplir los siguientes requisitos: i) que la providencia cuyos efectos se solicita sean extendidos, sea una sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado; ii) que la sentencia de unificación jurisprudencial haya reconocido un derecho; y iii) que se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, entre los temas materia de controversia en la sentencia de unificación y aquellos debatidos en la disputa frente a la cual se pida la extensión de la jurisprudencia.

Así las cosas, advierte el Despacho que si bien es cierto que la sentencia frente a la cual se solicita se extiendan sus efectos, es una sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, al resolver un recurso de súplica; también lo es que en la misma no se le reconoció derecho alguno al actor.

Es decir que al momento de indicar la sentencia frente a la cual se solicita la extensión debe verificarse su vigencia, y si en efecto en ella se reconoció un derecho, a la par que éste debe ser el mismo y encontrarse en las mismas condiciones fácticas y jurídicas de aquel que pretende lograrse con la petición.

En pronunciamiento que data del año 2013 (Consejo de Estado, Radicación n.º: 11001-03-25-000-2013-01668-00(4297-13), 8 de sept. de 2015), el juez colegiado explicó de forma más detallada por qué en ciertos eventos, pese a que la sentencia citada sea de unificación, no necesariamente implica el reconocimiento de un derecho, y por tanto no es procedente extender sus efectos bajo el mecanismo al que hemos venido haciendo alusión. Veamos:

“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 (...).”

Por su parte el artículo 270 *ibídem*, define lo que debe considerarse como una sentencia de unificación jurisprudencial: (...)

En el caso objeto de estudio, se advierte que se solicita la extensión de los efectos de la sentencia del 27 de marzo de 2007 con número de radicación 76001-2331-000-2000-02513-01 (IJ), en la cual se establecieron reglas y subreglas para determinar la vía procesal adecuada para demandar el reconocimiento y pago de la indemnización por mora generada [por] el retardo de la administración en el pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos; se determinó el juez competente para el conocimiento del asunto; se precisó el computo del término a partir del cual la administración incurre en mora.

En este punto, es necesario señalar que en el caso particular estudiado en la sentencia dictada por importancia jurídica por la Sala Plena de esta Corporación, no se declaró el derecho al reconocimiento de la indemnización moratoria sobre la totalidad de las cesantías definitivas a favor del actor, por lo cual no es procedente extender los efectos al caso particular de la solicitante que pretende se reconozca su derecho a percibir sumas de dinero por concepto de la mora generada por el no pago oportuno de las cesantías parciales.

El Despacho debe precisar que el trámite de solicitud de extensión de jurisprudencia es especial y sumario, es decir, que debe entenderse este mecanismo como agilizador para la solución de controversias entre la administración y los administrados, el cual procede en los casos en que se presenten las misma situaciones fácticas y jurídicas del caso resuelto en la sentencia de unificación de la que se pretende extender los efectos, esto es, sin que se generen debates jurídicos adicionales a los resueltos en la sentencia unificadora.

Por lo expuesto, es dable concluir que en el caso sub examine no es procedente extender los efectos de la sentencia unificadora, pues no se presenta una situación fáctica y jurídica definida en la sentencia de la que pueda extenderse sus efectos jurídicos, para dirimir el asunto planteado por el hoy solicitante de la extensión jurisprudencial, con la que se pretende se reconozca el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución 0716 de 2010.

De otro lado, puede deducirse y verificarse fácilmente que muchas peticiones se consideraron no procedentes, por cuanto el supuesto fáctico o el fundamento

jurídico no coincidían con aquel que fue objeto de unificación jurisprudencial, lo que en términos generales se define como razón para no acceder a lo pedido, en la medida en que el aspecto debatido no fue analizado ni decidido en la sentencia de unificación invocada por el peticionario¹⁶⁴.

Resulta oportuno señalar además que del análisis de los datos obtenidos en la página web oficial del Consejo de Estado, encontramos también que en caso de haberse considerado que la petición no era procedente por falta de algún requisito esencial, con ello se hace innecesario celebrar la audiencia para decidir la petición, sin que esto afecte el debido proceso. En dichos casos, la decisión se emite a través de un auto. Sobre el particular, en pronunciamiento del 27 de octubre de 2016 (Radicación n.º: 11001-03-25-000-2014-00563-00(1752-14), se indicó:

La Subsección advierte que si bien el artículo 269 del CPACA señala que el procedimiento para resolver sobre la solicitud de la extensión de la jurisprudencia implica que la decisión debe ser adoptada en audiencia pública, también lo es que esta Corporación ha señalado que es posible prescindir de ella «[...] cuando el interesado no esté en la misma o similar situación fáctica y jurídica de la que se predica de la sentencia de unificación cuyos efectos se pretenden extender [...]», es decir, cuando no se cumplen los presupuestos formales que exige la ley señalados en el artículo 102 del CPACA, sin que por ello se vulnere el debido proceso.

Adicionalmente, ha planteado el Consejo de Estado que frente al auto que declara improcedente la petición de extensión de jurisprudencia, no procede el recurso de reposición —como de forma equivocada se ha interpuesto en algunas ocasiones—, sino el de súplica. En decisión del 26 de enero de 2016 (Consejo de Estado, Radicación n.º: 11001-03-25-000-2014-01464-00(4808-14), sobre el particular se precisó que el recurso de súplica es propio de los jueces colegiados y sus presupuestos procesales son: (i) Procede contra autos que por su naturaleza serían apelables; (ii) se trata de providencias dictadas por el magistrado ponente en el

¹⁶⁴ Sobre el particular se puede consultar, por ejemplo, la sentencia del 31/10/2016. Rad. 2085748 11001-03-24-000-2016-00483-00. SECCIÓN PRIMERA. Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Actor: Jaime Alejandro Pineda Cely. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Distrito Militar N.º 01 - Decimoquinta Zona de Reclutamiento. Decisión: No aplica.

curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de apelación de un auto; y (iii) procede igualmente por mandato legal contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

La magistrada ponente indicó que conforme a las reglas de procedencia en materia de recursos ordinarios contra las providencias judiciales establecidas en la Ley 1437 de 2011, la reposición procede si el auto no es susceptible de apelación o súplica.

Para determinar si en efecto frente a este tipo de decisiones procede el recurso de súplica, es necesario entonces analizar, en primer lugar, la naturaleza del auto, valga decir, si tiene o no el carácter de apelable, lo que obedece a su importancia e incidencia en el proceso, y en el caso de los jueces colegiados, si ha sido proferida por un magistrado ponente y no por la sala de decisión.

En la decisión se concluye que para el caso concreto es procedente el recurso de súplica, puesto que cumple con los requisitos de procedencia previstos en el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, porque: (i) el auto es por su naturaleza apelable; (ii) fue proferido por la magistrada ponente; (iii) se dictó en asunto de única instancia, en tanto se trata de un procedimiento de naturaleza judicial que se surte ante el Consejo de Estado por cuanto es la corporación autora de la sentencia de unificación, y (iv) se interpuso en el término legal, según el informe de Secretaría de la Sección Segunda obrante dentro del expediente.

La decisión es puntual al indicar que de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁶⁷, el cual establece que en los aspectos no contemplados en ese Código se deben aplicar

¹⁶⁷ “ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.”

las normas del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012¹⁶⁸), en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta jurisdicción, y en tal virtud se aplique el párrafo del artículo 318 del estatuto procesal civil que contempla que el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.

Finalmente, resulta pertinente poner de presente que el Consejo de Estado ha realizado una diferenciación importante entre la solicitud de extensión de jurisprudencia y el recurso extraordinario de extensión de jurisprudencia, caracterizando cada uno de ellos. Sobre el particular podemos consultar la decisión del 16 de agosto de 2016 (Consejo de Estado, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00052-00).

De acuerdo con dicho pronunciamiento, el recurso extraordinario de unificación es un instrumento de orden y naturaleza judicial, que se concibió con el propósito de otorgar prevalencia a las decisiones judiciales proferidas por el Consejo de Estado dentro del ordenamiento jurídico, incluso señalándolas, bajo ciertos parámetros, casi como fuente de derecho. Lo anterior, por su condición de ser expedidas por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Dicho reconocimiento proviene de la atribución de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, como son la de otorgar el alcance y el entendimiento de una determinada norma, cuando quiera que ésta es objeto de interpretación para resolver una controversia que ha sido sometida a su examen¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Teniendo en cuenta que el Código de Procedimiento Civil fue derogado por artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, el cual entró a regir a partir del 1.º de enero de 2014; razón por la cual, en el presente asunto se citará en los aspectos no regulados el Código General del Proceso.

¹⁷⁰ Sobre el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia consultar: Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Señala el Consejo de Estado que los textos normativos, sean constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, y que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas cuando han sido dotados de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.

Cuando la interpretación a que hace referencia la realizan autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes, adquiere carácter vinculante, por lo que se constituye en una herramienta de naturaleza administrativa que legitima a las personas para que en el reclamo de un derecho soliciten la extensión de los efectos de uno de estos pronunciamientos¹⁷¹.

Son dos los momentos que componen la herramienta en mención: el primero se agota cuando obtiene de la administración, en el tiempo previsto para su pronunciamiento, la negativa o el silencio a su reclamo, y de allí se habilita para acudir al procedimiento judicial, en el que se le faculta para la petición de extensión bajo los efectos y trámite previstos en el artículo 269 del CPACA.

El segundo es el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que es de naturaleza judicial, y habilita que las sentencias judiciales de los tribunales administrativos, dictadas en única y segunda instancias, sean objeto de revisión por el Consejo de Estado, a efectos de establecer si se apartaron de un pronunciamiento con carácter de vinculante, dadas las condiciones de unificación de jurisprudencia fijadas por la ley.

Este mecanismo judicial está regido por el título VI, capítulo II de la Ley 1437 de 2011, y en las disposiciones que lo integran se encuentra previsto lo relativo a: i) fines, ii) procedencia, iii) causal única, iv) legitimación, v) interposición, vi) requisitos, vii) cuantía para recurrir, viii) suspensión de la sentencia recurrida, ix) admisión y

¹⁷¹ Esto, basado en que comparten identidad de supuestos fácticos y jurídicos para hacerse beneficiarios de los derechos que a otro y por vía de tal decisión, le fueron reconocidos.

trámite y x) efectos de la sentencia, según se lee de los artículos 256 a 267 del referido Código.

Se trata entonces de un procedimiento extraordinario, y como se advierte de la regulación enunciada, que se rige por unas específicas y especiales reglas de procedencia y de oportunidad, que ordenan que este recurso se interponga en sede judicial ante el operador jurídico que profirió la decisión cuestionada y le fija como término para su ejercicio el de cinco (5) días, después de su ejecutoria (...).

Otro requisito que se debe considerar es que si el proceso tuvo dos instancias, el recurrente debió haber apelado o adherido a la apelación, y formulado como planteamiento de censura dicho desconocimiento, ello en el caso que la decisión objeto del recurso haya confirmado la dictada en primera instancia. Este agotamiento procesal constituye sin duda un requisito de subsidiariedad, pues impone que para poderse invocar la alegación del desconocimiento de una sentencia de unificación en el proceso ordinario, es a través de la interposición de los recursos de ley que deben plantearse, so pena de declarar improcedente el recurso extraordinario por esta razón, en los términos del párrafo del artículo 260 del CPACA. Ahora bien, este recurso está restringido al examen de las sentencias que en segunda o única instancia dicten los tribunales, porque con tales decisiones se agota el proceso judicial ordinario, no sometido a conocimiento del Consejo de Estado. Tal plazo garantiza que la interposición del recurso se surta de manera concomitante con la notificación de la decisión que se cuestiona, ya que de esta forma se minimizan los efectos nocivos que puede generar el cumplimiento del fallo que se reputa contrario a una sentencia de unificación.

Señala el Consejo de Estado que el propósito y la finalidad que cumple este recurso de carácter extraordinario es el de “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida”. De ahí que sea necesario establecer de qué modo se debe acreditar que la alegada sentencia es

de unificación jurisprudencial y las razones que debe invocar quien esgrime esta causal como sustento de su petición.

Las conclusiones a que llega el alto Tribunal son de una claridad tal que nos permitimos citar en extenso:

Se puede considerar que en esta nueva estructura normativa relativa a las fuentes y casi fuentes de derecho vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, se dio la cabida a las decisiones judiciales de unificación como reglas de interpretación de vinculante observancia, tanto para las autoridades de carácter administrativo y judicial, cuando se promuevan peticiones o juicios que impliquen la prevalencia y aplicación de una norma que ha sido objeto de examen en una decisión que contemple las condiciones de unificación (...) En su acepción más simple, la Corte ha definido el precedente como “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, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”. De lo anterior se desprende que la idea de precedente, así planteada, apareja un carácter vinculante para los operadores jurídicos, lo que quiere decir que las sentencias que anteceden la resolución de un caso particular constituyen fuente de derecho (...) es evidente que esa forma de delimitación de sentencias denominadas o calificadas de unificación, no corresponde necesariamente a una clasificación estricta y que no admita otra visión. Tal conclusión, se soporta en que la relación que hace en el artículo 270 de CPACA parte de una premisa, la cual concierne a que la sentencia de unificación resulta de la necesidad de identificar una interpretación normativa en un tema que no ha sido pacífico y que amerita en esa medida una decisión unificada; también cuando la decisión amerita que se acoja por razones de i) importancia jurídica, ii) trascendencia económica o social o iii) o por la necesidad de sentar jurisprudencia. En estos casos se amerita un pronunciamiento para superar tales situaciones de divergencia o de especialidad e importancia, lo que califica el carácter de decisión vinculante para el tema y que se justifica en la calificación de unificación jurisprudencial. Pero ocurre que en otros casos, no existe tal disparidad y tampoco ha sido necesario asumir una decisión por alguna de estas condiciones especiales que hacen viable el referido pronunciamiento, sin que ello implique que la actividad judicial que ha desplegado el Consejo de Estado no constituya para el resto de los operadores judiciales una decisión de carácter vinculante.

En conclusión, y retomando las palabras del propio Consejo de Estado (Radicación n.º: 11001-03-25-000-2014-01286-00(4142-14), 27 de sept. De 2016), tenemos que

el mecanismo de extensión de la jurisprudencia y el recurso extraordinario de unificación, si bien tienen como objetivo común la aplicación de sentencias de unificación jurisprudencial, difieren en su naturaleza y presupuestos procesales.

Mientras que el primero se refiere a una solicitud de carácter especial que debe tramitarse inicialmente ante la autoridad administrativa correspondiente, el segundo, por el contrario, es un recurso extraordinario que procede contra una providencia proferida en única o segunda instancias por el tribunal administrativo, siempre que ésta desconozca o contraríe una sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado.

Son varias las novedades introducidas con la Ley 1437 de 2011, en lo que tiene que ver con el carácter vinculante de las decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, como es el Consejo de Estado. Adicionalmente, con la obligación que se impone a las administraciones y entidades públicas, de aplicar el precedente y materializar los derechos de los ciudadanos cuando estos concuerden con las circunstancias fácticas y jurídicas que se hayan analizado en la decisión de unificación, es claro que se busca un beneficio para todos los implicados: para el ciudadano, en la medida que no tenga la necesidad de acudir a un proceso judicial que retarde en el tiempo el reconocimiento del derecho y le implique hacer una inversión en tiempo y recursos económicos, para lograr dicho fin; para la administración de justicia, en tanto busca disminuir los litigios y descongestionar los despachos judiciales, y finalmente para la administración pública, pues le permitirá definir directamente los derechos para los administrados, y con ello, a la postre, no verse incursos en procesos judiciales.

4.4 Aspectos problemáticos

Son muchas las ventajas que pueden predicarse del recurso de extensión de jurisprudencia, no obstante, se pondrán de presente algunos asuntos problemáticos que pueden presentarse en su desarrollo.

En primer lugar, y como se advirtió líneas atrás, se deben considerar todos los aspectos necesarios que ayuden a determinar que la sentencia de unificación coincide con los supuestos jurídicos y fácticos del caso particular, de quien pretenda que le sean extendidos sus efectos, porque determinar en sí que el pronunciamiento sea de “unificación” puede hacer incurrir en errores al peticionario.

Lo anterior se debe a que este tipo de sentencias —las de unificación— no nacieron con la Ley 1437 de 2011, y adicionalmente pueden ser proferidas por cualquier sala plena de una de las cinco secciones que conforman el Consejo de Estado. Más aún, como se evidenció en el último acápite de este capítulo, algunas sentencias de unificación no son llamadas a extender sus efectos, en la medida en que en ellas no se define un derecho, sino que se abordan temas que por importancia jurídica ameritan un pronunciamiento de este tipo.

Es importante precisar también que si el caso no ha sido aún objeto de pronunciamiento unificado por parte del Consejo de Estado, podrá hacerse uso de la solicitud de unificación de jurisprudencia, bien sea previo a agotar la acción judicial pertinente o durante su trámite. Ha de recordarse aquí que se trata de una herramienta judicial diferente al mecanismo extraordinario de solicitud de extensión de jurisprudencia.

Como tercer asunto problemático encontramos (al menos en lo referente al año 2016) que la extensión es muy exigente en sus requisitos formales y materiales para que sea próspera, y aunque se trata de un procedimiento expedito, amerita un buen análisis jurídico que permita que la petición cumpla con los requisitos regulados en la norma, y que se encuentre bien fundamentada.

En cuarto lugar, debe tomarse en cuenta que es muy importante agotar el trámite dentro del término de caducidad de la acción judicial a que hubiese lugar, pues si aun agotado el procedimiento, tanto en sede administrativa como judicial, no se

obtiene lo peticionado, será entonces necesario acudir a la administración de justicia a través del medio de control respectivo, con lo cual no se evita la descongestión judicial, que era uno de los beneficios buscados con el mecanismo de extensión de jurisprudencia.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que no es posible determinar el número de peticiones que en este sentido se hayan interpuesto ante las autoridades públicas, y menos aún conocer cuántas de ellas se han despachado favorablemente, consideramos que allí, además de observar que los requisitos para que el supuesto se ajuste a lo señalado en la sentencia de unificación, podrían estarse dando actos irregulares, pues estos, están por fuera del control judicial.

En esa medida, sería oportuno preguntarse si estas decisiones pueden y deben someterse a revisión por parte del juez, tal como sucede por ejemplo con los acuerdos conciliatorios prejudiciales que se celebran ante la Procuraduría General de la Nación, de modo que el juez contencioso, en un procedimiento sencillo, avale este tipo de reconocimientos, luego de corroborar que cumplen con los requisitos formales y materiales para ello.

Finalmente, debemos cuestionar si lo anterior iría en contravía con uno de los fines buscados con la figura de la extensión, cual es el de evitar que todos los asuntos lleguen a la jurisdicción, o si debido al objetivo que persigue, este tipo de procedimiento resulta apropiado tanto para salvaguardar los derechos de los ciudadanos, como también para que las actuaciones de las autoridades estén acordes con los principios que rigen la función pública (art. 209 de la Constitución Política).

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar la jerarquía del precedente judicial dentro de las fuentes formales del derecho en la Administración Pública en Colombia.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Estudiar las fuentes formales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.
2. Determinar la jerarquía del precedente judicial en Colombia.
3. Indicar la jerarquía del precedente judicial en Colombia para la administración pública.

6. PROPÓSITO

Con la presente investigación se buscó establecer directrices claras para la aplicación del precedente judicial en la administración pública, y de esta forma contribuir a la descongestión de los despachos judiciales y a esclarecer si los administrados cuentan con una vía más eficaz para la reclamación de sus derechos, puesto que es importante también conocer los mecanismos diseñados para ello, en cuanto a metodología y eficacia, dado que lo que se pretendió abarcar con la extensión de jurisprudencia a terceros es la plena manifestación de los principios de igualdad y economía procesal, además de la celeridad en los procesos y la optimización de los sistemas, tanto administrativos como judiciales.

7. HIPÓTESIS

La jerarquía del precedente jurisprudencial como fuente del derecho de la administración pública es una fuente formal principal del derecho, y su inobservancia acarrea consecuencias jurídico-procesales por el desconocimiento de los fines que guarda el ente administrativo.

En el desarrollo investigativo se pudo corroborar la veracidad de la hipótesis inicialmente planteada. En párrafos anteriores se explica cómo los entes judiciales y administrativos deben acoger los criterios de los tribunales de cierre, ya que ello materializa los principios de seguridad jurídica e igualdad, y permite a los administrados una expectativa real de justicia. Sin embargo, existen razones ampliamente esbozadas durante el presente trabajo para que el fallador se aparte del precedente, y se hace énfasis en que esto no puede ser de manera arbitraria o caprichosa, sino que debe obedecer criterios de justicia material, disparidad fáctica o la no vigencia del precedente, ya que sin la configuración de alguna causal válida para inobservarlo la decisión que vaya en contravía puede ser revertida.

8. METODOLOGÍA

8.1 Método y tipo de estudio

El método de estudio de la presente investigación fue cualitativo, porque se analizó la cualidad de un fenómeno que es el precedente jurisprudencial frente a la administración pública. Para realizar un acercamiento al objeto de estudio fue indispensable hacer un rastreo bibliográfico que permitiera determinar los antecedentes históricos y la aplicabilidad actual; además, la temática se orientó a un sector específico en cuanto al fenómeno de aplicación de dicho referente, como es el caso de la administración pública, independientemente de la población administrada.

El tipo de estudio fue descriptivo, ya que se requirió el estudio de autores, jurisprudencia y normas, las fuentes del derecho, el precedente judicial y la administración pública. Fue analítico, porque se establecieron relaciones de causa y consecuencia frente a las fuentes formales del derecho, el precedente jurisprudencial y la administración pública. Si bien es cierto que en la determinación del precedente en la administración pública, por ser un fenómeno relativamente nuevo, hay poco aporte académico, el devenir común, como es el precedente en sí, sí cuenta con una amplia exploración, por lo que para descender al caso puntual fue necesario partir de allí.

Finalizada la investigación, se corroboró la hipótesis planteada y se llegó a la conclusión de que tanto la administración de justicia como la administración pública deben aplicar el precedente en los términos que les resultan obligatorios, a menos que se configure una causal válida para inobservarlo.

8.2 Diseño del plan de datos

8.2.1 Gestión del dato

La presente investigación requirió formalizar la gestión del dato en:

- Material bibliográfico. Se gestionó a través del acceso a bases de datos y a diferentes bibliotecas, como fueron las de la Universidad de Medellín, la Universidad Eafit y la Universidad de Antioquia; también a través de la compra de libros por parte de los investigadores y préstamos de material por parte de otros investigadores.
- Jurisprudencia. Se obtuvo por medio de las bases de datos: Lex base, vlex, google académico schoolargoogle.es y DIALNET, a las cuales pudimos acceder por medio de la suscripción que la Universidad de Medellín tiene contratada para todos sus estudiantes, la suscripción particular que tuvimos a VLEX y la publicidad que ofrecen las demás bases de datos.
- Normas, exposición de motivos y debates. Se obtuvieron por medio de las bases de datos referidas dada la accesibilidad a los servicios.
- Proyectos de reforma a la justicia que han propuesto modificación al funcionamiento actual que tiene la administración de justicia.

8.2.2 Obtención del dato

Los investigadores obtuvieron los datos de diversas fuentes, así:

Fuentes primarias: Se recurrió a libros, bases de datos, artículos científicos, capítulos de libros, jurisprudencia, gacetas del Congreso de la Republica y estudio de leyes.

Para el análisis bibliográfico se utilizaron algunas fichas bibliográficas textuales, resumen y comentadas, aunque realmente se enfatizó en la discriminación de los documentos en archivos virtuales para efectos de guardar relación con los temas que soportaron, además de resaltar continuamente los conceptos de allí extraídos.

Para el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para efectos de conocer el desarrollo temático, fue necesario rastrear ponencias recientes desde el año 2001, cuando se reconoció a través de la sentencia C-836 la vinculatoriedad al fenómeno del precedente.

Para el análisis normativo fue necesario indagar por exposición de motivos, antecedentes y debates en las cámaras.

8.2.3. Recolección de datos

El grupo de investigación fue el responsable directo de la recolección de los datos, para tal fin se hizo un rastreo bibliográfico a través de la visita a las diferentes bibliotecas, durante el término que duró la investigación y según la disponibilidad de los miembros. Igualmente, rastreo normativo y jurisprudencial a través de las bases de datos “Lex base”, vlex, google académico schoolargoogle.es y DIALNET durante la jornada nocturna, fines de semana y periodos vacacionales. Una vez culminadas las labores ordinarias de los investigadores, los documentos fueron almacenados virtualmente con el fin de brindar un soporte para efectos de evaluación.

8.2.4 Control de sesgos

Los sesgos de la investigación fueron controlados mediante las siguientes estrategias.

1. Sesgos de confusión: se hizo una evaluación permanente del objeto de estudio y de aquellas variables que puedan modificar el comportamiento en el momento de la medición.
2. Sesgos de selección: fueron controlados mediante el establecimiento de criterios claros que llevaron a la medición de los objetivos.
3. Sesgos de información: se controlaron mediante capacitaciones permanentes de los investigadores y la revisión de expertos.

8.2.5 Prueba piloto

Por tratarse de una investigación de tinte netamente académico no se realizó prueba piloto en población determinada. Pero para garantizar la imparcialidad de la investigación se hizo una ampliación constante de la documentación utilizada, y algunos documentos fueron plasmados en las fichas jurisprudenciales, normativas y bibliográficas a fin de determinar si se hacía necesario adicionar algunos elementos o si debían realizarse reformas, con la finalidad de detallar aún más el contenido de las sentencias. Más aún, se acogieron todas las correcciones propuestas por la asesora temática, quien en todo caso, a medida que avanzó este informe, propuso la valoración de nuevos textos.

8.2.6 Plan de análisis

Indicar la jerarquía del precedente judicial en Colombia para la administración pública.

OBJETIVOS	INSTRUMENTOS	PROCESAMIENTO	ANÁLISIS
1. Estudiar las fuentes formales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.	Fichas, bibliografía, análisis de sentencias, normatividad, visitas páginas web, almacenamiento de documentos.	Mediante el instrumento reseñado se logró este objetivo.	Opera como fuente de producción, de interpretación y unificación del derecho.
2. Determinar la jerarquía del precedente judicial en Colombia.	Fichas, bibliografía, análisis de sentencias, normatividad, visitas páginas web, almacenamiento de documentos.	Mediante el instrumento reseñado se logró este objetivo.	Lo que da el carácter de precedente judicial a un pronunciamiento, no es su

			reiteración, sino la unificación que a través de él se obtiene.
3. Indicar la jerarquía del precedente judicial en Colombia para la administración pública.	Fichas, bibliografía, análisis de sentencias, normatividad, visitas páginas web.	Mediante el instrumento reseñado se logró este objetivo.	Ante los escasos desarrollos legislativos, esta labor debe ser decantada por la jurisprudencia

8.2.7 Procesamiento de datos

Los datos fueron procesados a través de la clasificación del material recaudado, dividido por medio de carpetas, lo cual nos permitió desarrollar los objetivos y acceder de manera organizada a la información recaudada, guardando cada uno de los hallazgos de la investigación para efectos de una posterior defensa ante el jurado.

9. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El objetivo general propuesto fue **Analizar la jerarquía del precedente judicial en las fuentes formales del derecho en la administración pública en Colombia**, el cual se desarrolló en tres objetivos específicos que permitieron obtener resultados positivos, en el sentido de acceder a la información tendiente a esclarecer dichos conceptos. En los siguientes párrafos se indicarán cuáles fueron los resultados de la investigación.

Antes de discutir los resultados obtenidos a través de la presente investigación, se dirá que para no perder su norte, conforme se avanzó también se llevó a cabo un comparativo permanente entre los resultados y los objetivos trazados al comienzo, desde la presentación del anteproyecto, lo cual se hizo a través del desarrollo del marco teórico, lo que permitió un análisis suficiente partiendo de la propuesta de la tabla de contenido, que consagraba las disposiciones temáticas que habrían de abordarse, y que tuvo que sufrir constantes modificaciones para efectos de alcanzar los objetivos trazados. Esto hizo posible realizar una medición de los objetivos y arribar a las conclusiones finales.

Se fijó como primer objetivo: **Realizar un estudio de las fuentes formales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano**. El objetivo trazado se ha cumplido, mediante la lectura de varios artículos de autores nacionales tales como Carlos Bernal Pulido, Jorge Andrés Contreras Calderón, Diego López Medina y Manuel Fernando Quinche Ramírez, para citar sólo a algunos de ellos, e internacionales como Guido Aguila, Francisco Javier Bernal, Lorenzo Bujosa, Michelle Taruffo, Juan Igartua Salaverría y Juan Eduardo Oteiza, entre otros. Se leyeron, además, sentencias de la Honorable Corte Constitucional, como fue el caso de las sentencias C-131 de 1993, C-224 de 1994, C-836 de 2001, C-244 de 2010, C-539 de 2011, C-534 de 2011, C-634 de 2011 y C-284 de 2015, y disposiciones normativas como las leyes 169 de 1896, 270 de 1996, 1395 de 2010, 1437 de 2011

y 1564 de 2012, para conocer el significado del concepto *fuentes del derecho* y comprender que aquello hacía referencia al estado puro del derecho, lo cual se entiende como la exploración de las bases en que funda toda su estructura. Con el fin de ahondar en el tema se hizo un estudio desde sus conceptos más antiguos como el iusnaturalismo, cuando se asumía el derecho como un ideal que estaba enraizado en la naturaleza humana y cuanto se mezclan los conceptos de ética jurídica metafísica y la sociología del derecho, concluyéndose que el Derecho emanado de la naturaleza puede ser aprehendido por medio de la razón, conceptos que fueron recogidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano donde se definieron por primera vez los derechos de los ciudadanos y cuya influencia directa deviene de aquel derecho natural; surgiendo después de la época de las revoluciones una necesidad de plasmar aquello en codificaciones cuyas disposiciones debían ser las bases de las decisiones judiciales, concepto base de la escuela exegética que surgió en Francia a raíz de la publicación del Code Civil, y se mantuvo durante casi todo el siglo XIX.

Se continuó con la búsqueda de las raíces del derecho Colombiano, y se descubrió que partir del Siglo XX, ya figuraban distintas culturas jurídicas del mundo, pero habían dos que sobresalían La primera caracterizada por otorgar valor absoluto a las codificaciones liberales del Siglo XIX, creadas a partir de las revoluciones estatales desarrolladas conforme a los principios de libertad, igualdad y seguridad, y donde era la ley la fuente principal de derecho denominada “sistema continental europeo” y la segunda cultura insignia fue la denominada “sistema anglosajón” o *common law*-, cuyo sistema jurídico era el que se aplicó en la Inglaterra medieval, que se caracteriza por la preponderancia de la jurisprudencia, por encima de la ley escrita, como fuente principal de derecho.

La evolución jurídica al interior de los estados denominada también teoría del derecho viviente según pudimos percibir desde los módulos de la maestría, ha permitido la implementación de nuevas figuras jurídicas y aunque aún es posible hablar de tendencias normativas o jurisprudenciales, ya no se habla de sistemas

puros. Estados como Colombia originalmente integrante del sistema Continental Europeo codificado, han abriendo la puerta para contemplar dentro de las fuentes formales del derecho a la jurisprudencia, ya que ha hecho carrera la necesidad de materializar principios reconocidos dentro de la Constitución Nacional, como son la igualdad y la seguridad jurídica que se desarrollan en la interpretación y aplicación de las leyes, para efectos de establecer una confiabilidad en los organismos administrativos y judiciales, y paulatinamente se ha dado a esta una posición preferente en cuanto a su aplicación, lo que impide que hoy en día se siga hablando de ésta como un mero criterio auxiliar.

Después de evacuada la presente investigación, se observa como en el ordenamiento jurídico Colombiano, tradicionalmente se ha hablado de cuatro fuentes de derecho que son la legislación y la costumbre en tema formal; la doctrina y la jurisprudencia que no han sido consideradas como fuentes en sentido estricto, sino como autoridades o criterios auxiliares por lo que hasta ese entonces, los jueces al momento de fallar en un caso en particular debían recurrir la otras fuentes formales del derecho, dado que ni la jurisprudencia ni la doctrina eran consideradas fuentes en sentido estricto, e imperaba únicamente la ley.

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se van desarrollando una serie de cambios en el Estado colombiano; la principal característica de este nuevo régimen constitucional, refleja de que no hay ningún tipo de norma superior a la Constitución, y de la mano de la Corte Constitucional, paulatinamente la jurisprudencia y doctrina nacionales abrieron la puerta a la tendencia neo constitucionalista, propiciando una modificación sustancial al sistema de fuentes hasta ahora imperante.

En vilo de la tendencia evolutiva, la Constitución política de 1991 en su artículo 234 reconoció a la Corte Suprema de Justicia un rol de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; y en igual categoría ubicó al Consejo de Estado en materia contencioso administrativa en el numeral 1 del artículo 237 de la misma Norma Superior. Es

decir, que dichas corporaciones al actuar como órganos de cierre dentro de su respectiva competencia y al ejercer como función la revisión final de las sentencias que son sometidas a su conocimiento, obligan a que sus decisiones sean respetadas por los jueces que tengan inferior jerarquía, salvo que medie un argumento jurídico lo suficientemente sustentado; el principio de igualdad que promulga la nueva Constitución, se induce que los jueces deben dar tratamiento igual a situaciones iguales, dando así aplicación a la jurisprudencia.

En la sentencia C-836 de 2001 proferida para desatar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 la Corte Constitucional defendió una postura fuerte de precedente judicial, al indicar que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios e incluso para ella misma, delimitando los casos donde los jueces pueden apartarse de la doctrina, permitiéndose arribar a la conclusión de que aquella hoy en día es fuente de derecho formal dentro del ordenamiento jurídico Colombiano.

Como segundo objetivo, se propuso determinar la **JERARQUÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA** y aquí se partió del estudio de las fuentes que cimientan el ordenamiento jurídico Colombiano y se percibió que es la jurisprudencia la que demanda mayor análisis por su constante evolución; en ella se concentra la labor Principal de las Altas cortes en nuestro sistema jurisdiccional, bien sea por su obligatoriedad o por sus alcances.

Las fuentes de derecho en vigor de la Constitución de 1991 que abrió la puerta para que se analizaran las ponencias de los Tribunales de cierre, como se esclareció en el objetivo anterior; dieron un giro al statu quo normativo que venía imperando hasta entonces, empezando por la obligatoriedad de las disposiciones emanadas de la recién creada Corte Constitucional y que gracias al desarrollo jurisprudencial, quedarían así: La Constitución, la Ley, la Jurisprudencia y dentro de esta el Precedente judicial, la Costumbre, la Doctrina y los principios generales de derecho.

Sin embargo se pudo aclarar que no cualquier sentencia judicial o serie de sentencias son precedente jurisprudencial con fuerza vinculante y con vocación de convertirse en fuente primaria de derecho; pues a través de la presente investigación se conoció que los conceptos jurisprudencia, precedente y doctrina probable no son lo mismo, al contrario cada uno de ellos tiene características y consecuencias distintas; para el caso puntual del precedente, se ha venido exponiendo que para adquirir su condición de vinculante debe cumplir unos requisitos que son: tener estructura normativa, haber sido emitido por un Tribunal de Cierre, estar vigentes las normas que analizó, gozar de hiliaridad y congruencia, encaminarse a alcanzar la justicia material, que a todas luces permita concluir que es una disposición hito para resolver casos futuros que conserven semejanza en su acontecer factico y que en ultimas materialice los principios básicos de igualdad y seguridad jurídica.

Como se indicó anteriormente, la esencia tradicional del ordenamiento jurídico colombiano tenía como base la ley escrita y racional del derecho como expresión clara de la voluntad del legislador, pero es precisamente cuando se descubre que la claridad no siempre es un elemento consagrado en la norma, cuando se hace necesario acceder a una fuente diferente que permita con mayores luces resolver el caso concreto aplicando dicha norma; aquella fuente no es otra que la interpretación que de la norma hacen los organismos de justicia que tienen a su cargo la función integradora.

El debate como tal, no está en la eficiencia o la efectividad que estas ponencias brindan al sistema de administración de justicia y a sistema de administración pública porque esto es prácticamente un hecho notorio, la polémica surge que con el hecho de que esos razonamientos sean o no vinculantes para los demás juzgadores o entes administrativos y por tanto fuentes formales y directas creadoras de derecho cuando son proferidas por las altas cortes. Y es allí donde surge la noción de precedente judicial, cuyo argumento principal se sustenta precisamente

en los beneficios que aquel aporta al sistema jurídico al representar mayores garantías de seguridad para los administrados, quienes ahora apreciarán el derecho de una forma más predecible o por lo menos tendrán una expectativa real de ello, y que por su naturaleza es una figura capaz de evolucionar con el tiempo para poder solucionar aquellos casos difíciles, ajustándose a una sociedad cambiante al materializar en sí mismo la teoría del Derecho viviente.

Respecto de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional, la misma Corte en la sentencia SU – 640 de 1998 dijo que por albergar sus ponencias conceptos que interpretan directamente la Constitución tienen un valor que trasciende el netamente ilustrativo, y se extiende hasta que la decisión adquiere un status de vértice y al mismo tiempo en el eje del ordenamiento jurídico. Como se observa, la Corte decreta que sus sentencias son de obligatorio cumplimiento, derivando su fuerza directamente de la Constitución.

En otras sentencias como son la C – 131 de 1993, C – 241 de 2010 y C- 816 de 2011, la Corte también diferenció la fuerza vinculante que tiene las partes de sus decisiones: la parte resolutive o *decisum*, tienen efectos de cosa juzgada, y cuando son sentencias de constitucionalidad tienen efectos erga omnes; fue posible conocer también con el desarrollo temático en el abordaje que se hizo en los capítulos, que igualmente, la *ratio decidendi* tienen efectos vinculante ya que se trata de “cosa juzgada implícita”; y los *obiter dicta*, o cosas dichas de paso, no tienen carácter obligatorio, pero si les reconoce un carácter persuasivo que puede ser tenido en cuenta por los funcionarios de menor rango al momento de tomar decisiones de fondo, por ser altamente explicativos y analíticos.

Desde el principio cuando se realizó el estudio de las fuentes formales de derecho, quedó claro y se plasmó en éste acápite como resultado que el Juez debe ceñirse a la norma al momento de la emisión de sus sentencias pero se hizo necesario indagar si el juzgador estaba atado solo a la ley escrita o también a otras fuentes como lo es la jurisprudencia.

La respuesta a este cuestionamiento, empieza a aflorar a través de lo previsto en la sentencia C-284 DEL 2015, que establece el concepto del alcance la jurisprudencia comprendida como el conjunto de decisiones adoptadas por los Tribunales y a pesar de su calificación inicial como criterio auxiliar, aquello se ha superado y la Alta Corporación ha reconocido la fuerza vinculante de algunas decisiones judiciales.

En la providencia en cita, La Corte se fundamenta en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, para decir que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes y existe una obligación de seguirlo siendo enfática en determinar que, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente.

Se pudo apreciar a través de los medios cognoscitivos empleados para desarrollar el presente trabajo que en Colombia la Jurisprudencia ha atravesado un largo camino. En vigencia de la Constitución anterior, se fijaron criterios de aplicación de la Jurisprudencia determinándola como doctrina legal obligatoria, evento que se mantuvo hasta 1896 cuando la misma Corte Suprema de Justicia tramito y logró que desde el Congreso, se reconociera a ésta solo como un criterio auxiliar; situación que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuando aquella condición se volvió a reevaluar y se llegó a la conclusión de que por lo menos las decisiones emanadas por el Corte Constitucional, si deben tener una vinculatoriedad denominándose aquello como Doctrina Constitucional.

El tercer y último objetivo específico, se encamino a **INDICAR LA JERARQUÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** en este punto se dirá que también fue alcanzado en la investigación realizada, comenzando por haber esclarecido que el derecho administrativo desde su inicio y hasta la fecha, ha quedado con unas funciones más restringidas y dada la importancia de estas funciones, la regulación hecha para su desarrollo, se hizo

más especializada y se crearon entes de control, para evitar extralimitaciones del ejecutivo en su función.

La función administrativa, está precedida de actos administrativos reglados desde su preparación hasta su ejecución, para efectos de evitar extralimitaciones por los operadores en la labor del administrador, e incluso de la configuración de delitos; ello en observancia del principio de legalidad que resulta ser el estandarte del ejercicio de la función pública.

Dada entonces la especificidad de los requisitos con que debe emitirse un acto Administrativo, de entrada se presumirá válido y como consecuencia de lo anterior debe ser acatado por los administrados en contra de quienes se dirige; sin embargo cuenta con recursos para detener sus efectos, ejercidos de manera interna conocido antes de la ley 1437 como el agotamiento de la vía gubernativa y con controles externos a través de una demanda que se eleva ante la jurisdicción de los Contenciosos Administrativo.

El primer tópico no se desarrolló por no ser relevante para la temática investigativa, en tanto que el segundo postulado si lo es, por lo que se descubrió que también existen varias opciones para que los afectados reviertan los efectos del acto que les es nocivo, como es el hecho de indicarle al Juez de lo Contencioso Administrativo, que el ente Administrativo que emitió el acto, inobservó las normas ordinarias o constitucionales y pedir que el acto sea anulado, pero en el evento en que los efectos del acto viciado de nulidad ya se hayan surtido, también es posible incoar una acción de control que trae consigo una pretensión adicional tendiente a reparar los perjuicios causados.

El control de los actos administrativos, no solo opera cuando el órgano emisor, ha pasado por alto las leyes vigentes y los mandatos Constitucionales; recientemente y según se analiza en la propuesta que traemos, al reconocérsele a la jurisprudencia

un carácter vinculante por tratarse de una fuente formal de derechos, se puede tener a aquella como referente e invocar la nulidad del acto que la desconozca.

De esta manera queda claro que las decisiones emitidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; son vinculantes para la Administración Pública y su desconocimiento acarrea consecuencias jurídicas como la anulación del acto contenido de la decisión. Puede concluirse de lo investigado que aquel no solo debe ceñirse para ejercer su función a la ley escrita y a la constitución, sino que también debe incluir las disposiciones Jurisprudenciales a la hora de resolver sobre peticiones de los particulares o emitir actos generales.

Del tema de Jurisprudencia, encontramos que no ha sido una novedad en Colombia, pero en temas administrativos se puede entender que al Consejo de Estado no le había sido atribuida tan claramente como hasta ahora con la emisión del CPACA, la función y competencia de unificar la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de un recurso, como si la ha tenido la Corte Suprema de Justicia a través del recurso extraordinario de casación.

Antes de la entrada en vigencia del CPACA, las sentencias de unificación por lo general provenían de la sala plena contenciosa; sin embargo también las secciones de la Corporación, desempeñan la función de unificación, puesto que así lo dispuso el Reglamento interno del Consejo de Estado en desarrollo de los artículos 237-6 de la Constitución Política y 35-8 de la ley estatutaria de justicia, donde se les atribuyó la tarea de unificar jurisprudencia respecto de los asuntos a su cargo.

La ley 1437 de 2011 consagra las herramientas normativas que clarifican, el tema del precedente vinculante y permiten que el ciudadano pueda solicitar a la administración pública aplicar la extensión de los efectos de las sentencias de unificación que resulte similar a su caso, a fin de que prevalezca el derecho reconocido ya en otros eventos, propiciando así que tanto la jurisdicción, como la administración emitan decisiones razonadas y uniformes. La extensión de

jurisprudencia permite a las autoridades públicas acertar en las decisiones que adoptaran al resolver las reclamaciones de los administrados; evita que el ciudadano acuda innecesariamente a un proceso judicial, con todo lo que ello implica en cuanto a gastos, desgaste y congestión, para que se resuelvan sus pretensiones en relación con casos iguales que ya han sido decididos a través de sentencias de unificación.

La anterior intervención permitió concluir que el Precedente Judicial el Colombia es absolutamente vinculante para la administración pública y que se tiene como fuente formal de Derecho, tanto así que se permite su aplicación directa, bien sea utilizando el mecanismo de extensión de jurisprudencia o a través del recurso de extensión de jurisprudencia, para que ya en un escenario distinto a la reclamación directa ante la administración, sino en sede de un proceso judicial, se recurra directamente al Consejo de estado a fin de que Resuelva si es posible extender los efectos de una sentencia de unificación al caso en marras y con ello se encuentra superado el tercer objetivo propuesto.

10. CONCLUSIONES.

El derecho como elemento social, ha tenido un extenso devenir, tanto es así que los elementos fundantes de aquel, varían según el territorio en el que sea invocado; aquello indica que sus orígenes pueden converger en tanto a la necesidad social de autorregularse atañe a los pueblos, pero su aplicación no necesariamente se asemeja en todos los escenarios; es así como por un lado ha surgido el sistema Continental Europeo, abanderado de la implementación de la norma escrita como pila fundamental para la administración de justicia, relegado el papel del Juez al de un mero operador custodio de aquella cuyo criterio puede ser desechado si se aparta de su literalidad. Por otro lado es posible hallar un sistema de derecho que basa sus cimientos en la aplicación sucesiva de decisiones similares, por lo que el instructor, resolverá los casos a su cargo, de la misma manera en que han sido resueltos por sus antecesores y así afianzando posturas a futuro de modo tal que no es necesaria la remisión a un sistema codificado para desatar el caso concreto.

Lo anterior implica una serie de sistema matizados a nivel mundial, es decir, la aplicación de Derecho vista de este modo, no implica la bifurcación exacta de un sistema u otro, sino el desarrollo de múltiples sistemas con tintes más o menos marcados de estas tendencias, pudiéndose encontrar sistemas de derecho mixtos o que evolucionan apartándose de su modelo y adoptando otro tradicionalmente inobservado; por lo que ya no es viable hablar de sistemáticas puras. Independientemente del sistema de derecho adoptado por una población, aquel debe basarse en cimientos anteriores y es allí donde se desarrolla el sistema de fuentes que no es otra cosa que los factores que permiten al Juez fundar sus providencias; tradicionalmente el sistema Continental tiene con fuente basilar la ley escrita y el sistema codificado; mientras que el common law basa sus decisiones en la Jurisprudencia.

En el ordenamiento Jurídico Colombiano, se han tenido en cuenta tradicionalmente cuatro fuentes de derecho que son la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, estas dos últimas hoy en día han cobrado mayor fuerza que asemeja su vinculatoriedad a las dos primeras ya que antaño más que fuentes aquello se tenía en cuenta más como un criterio de autoridad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se replantearon varios aspectos del sistema jurídico imperante, sobre todo en lo que respecta al tema de fuentes del Derecho, pues ya no se está bajo un Estado Liberal de Derecho que implica el apego ciego a una sistemática de derecho escrito, sino que se evolucionó hasta un estado Social de Derecho que estudia otros elementos para la aplicación del sistema de derecho y en virtud de aquello se reconoce una especial importancia al tema de las decisiones judiciales y el papel que aquellas juegan dentro de la sociedad, propendiendo por la aplicación de principios reconocidos dentro de la Carta Política como los son el de igualdad y el de seguridad jurídica que implican para los administrados recibir el mismo trato ante a las autoridades y un elemento que lo posibilita es el seguimiento que los jueces inferiores hagan de las decisiones que adoptan los tribunales de cierre, sin embargo aquello no es exegético como se predicaba del sistema anterior frente a la aplicación de las disposiciones legislativas, precisamente por tratarse de un sistema diferente y es por ello que se consagran alternativas para que el fallador se separe de aquellos criterios bajo decisiones suficientemente motivadas.

Al adentrarse a la temática de aplicación jurisprudencial, es posible incurrir en una serie de errores al atribuirle a aquella el tema de vinculatoriedad sin detenerse a analizar el concepto de precedente, que es en suma el aspecto que reviste tal vinculatoriedad, es por ello que se hizo necesaria la separación temática de dichos conceptos para abordar el tema que hoy nos convoca.

Del análisis ampliamente expuesto en párrafos antecedentes pudo extraeré la siguiente conclusión: La Jurisprudencia es el conjunto de decisiones emitidas

cualquier alto Tribunal del país, incluso se extiende frente a las decisiones de corporaciones y oficinas Judiciales de menor nivel, pero habrá de tenerse en cuenta que mientras menor jerarquía ostente el emisor, menor será su alcance y su divulgación.

En el caso del precedente, se dirá que es aquella decisión vinculante, que puede ser constituida de una o varias decisiones judiciales, sin importar el número; y cuya conclusión está conforme a la *ratio decidendi* de la providencia que guarda a su vez estrecha relación con la parte resolutive es una decisión particular tan trascendental que suministra una regla general y aquella debe aplicarse a los casos futuros que guarden relación en su acontecer factico.

Tenemos pues, que si jurisprudencia es el conjunto de sentencias proferidas por un alto tribunal, el precedente es la parte de esa sentencia que fija unas pautas de interpretación frente a unos hechos y normas específicas, las cuales deberán ser consideradas, cuando haya que decidir frente a casos que presenten las mismas circunstancias fácticas y jurídicas. Por eso se dice que el razonamiento contenido en el precedente conduce a una regla, o lo que es lo mismo, una norma jurídica, diferenciable del sistema legislado tradicional, porque en el primer evento es posible apartarse de él si se asume la carga argumentativa que se requiere para explicar por qué razón no es aconsejable guiarse por las pautas trazadas por el superior.

En cuanto al tema de obligatoriedad del Precedente, se tiene para Colombia una situación adicional y es el grado que aquel genera tratándose de los diferentes órganos de cierre. Frente al caso de la Corte Constitucional, por ser aquella la interprete autorizada de la Constitución, sus sentencias de constitucionalidad tiene carácter obligatorio y aquello prevalece incluso sobre las leyes ordinarias hasta el punto de que por esta vía se pueden excluir del ordenamiento jurídico por lo que hasta su parte resolutive comporta efectos erga omnes; en cuanto a sus sentencias de tutela, emanadas de la misma corporación se tiene un tamiz menos riguroso ya que en su parte resolutive o decisum tiene efectos interpartes, pero la *ratio decidendi*

fija el contenido y alcance de los derechos fundamentales, lo que las convierte en precedente obligatorio. Así las cosas, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional es obligatorio para todos los operadores jurídicos, para todas las ramas del poder público, sea legislativo, ejecutivo o judicial; y sólo el poder constituyente, al modificar la Constitución, puede restarle valor al precedente, al cambiar las normas constitucionales en las que se basó la decisión.

La jurisprudencia de los jueces y tribunales de la Jurisdicción ordinaria y Contencioso Administrativa no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro.

En el tema de la autonomía, se tiene que el juez está atado al mandato legal y a los preceptos constitucionales; en el tema de la jurisprudencia, se observa que planteamientos expuestos por la Corte Constitucional, son una limitante en la labor judicial, debido a que estas providencias tienen fuerza vinculante por ser desarrollo directo de la Constitución.

En lo referente a la Jurisprudencia de las demás Cortes, las opiniones están divididas, ya que algunos tratadistas a pesar de reconocer a la jurisprudencia como fuente formal de derecho, no la tienen como una limitante al poder discrecional del Juez, y solo se entiende como un elemento de apoyo, mientras que algunos otros en observancia a los principios que esto desarrolla, si la ubican dentro de las cortapisas del poder discrecional del Juez, por ser para él un elemento vinculante.

Adentrándonos en el tema puntual, se observa que otro órgano capaz de emitir decisiones que generan algún tipo de consecuencias en los administrados, es la Administración Pública, definida como aquella corporación que representa al ente

estatal y despliega su poder, órgano que ha evolucionado bastante ya que por la envergadura del poder que ostenta, su desarrollo no ha sido fácil y ha estado permeado de malas prácticas que van desde la falta de idoneidad de funcionarios que lo representan, hasta la extralimitación infinita de funciones de los mal llamados servidores públicos, quienes al invocar la institución que representan amplían en gran medida sus atribuciones; sin embargo y de manera reciente aquella área se ha delimitado bastante, hasta el punto de que las funciones que despliega un funcionario, habrán de estar expresamente asignadas de manera clara so pena de incurrir en una mala conducta, y es precisamente por ello que también se han implementado una serie de órganos de control cuya misión es la de contrarrestar cualquier tipo de abuso.

Abordando entonces el tema de controles, existen alternativas para que los destinatarios de las decisiones administrativas, frenen actuaciones, por ejemplo es posible acudir ante el Juez de lo Contencioso Administrativo e indicar que se ha emitido un acto que ha pasado por alto la observancia de las normas ordinarias o incluso constitucionales y pedir que sea anulado bien sea antes de que su ejecución genere un daño irreversible o con posterioridad al incoar una acción de control que trae consigo una pretensión adicional a la de dejar sin efectos el acto como tal y es la de obligar al transgresor, a reparar los perjuicios causados, ya sea devolviendo las cosas a su estado original u ordenando una compensación.

Dicha solicitud de control, no solo es posible invocarla cuando el órgano emisor ha desconocido preceptos normativos y mandatos superiores Constitucionales; recientemente y al reconocérsele a la jurisprudencia un carácter vinculante por tratarse de una fuente formal de derechos, su inobservancia permite invocar la nulidad del acto que la desconozca.

Los conceptos emitidos por el máximo órgano de control de la Administración Pública que es el Consejo de Estado son vinculantes para el ejecutivo en desarrollo de sus funciones, ello en el entendido que al decantarse por estos tribunales temas

de administración pública y generar pautas para resolver los conflictos entre esta y sus administrados y su desconocimiento acrecienta innecesariamente la carga judicial, al radicar debates ya superados.

Al Consejo de Estado no le había sido atribuida tan claramente como hasta ahora a partir de la Ley 1437 de 2011, la función y competencia para unificar la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de un recurso, como si la ha tenido a lo largo de la historia la Corte Suprema de Justicia a partir de la resolución del recurso de casación; y es que la necesidad unificadora se genera a raíz de la obligación impuesta a los jueces de motivar sus decisiones, puesto que es allí donde aquellos con miras a satisfacer este requisito generan posiciones jurídicas disimiles que conllevan la variación de la jurisprudencia configurándose así violaciones al principio de igualdad y seguridad jurídica.

La función de unificar criterios entonces, lógicamente habrá de atribuírsele al órgano que mayor jerarquía ostente en la cadena judicial, el que está en el último, de modo que los jueces de inferior jerarquía fallen de acuerdo con los planteamientos que ya fueron analizados por ellos o se aparten si es del caso, pero exponiendo las razones jurídicas suficientes que motiven tal decisión y la hagan viable.

La función unificadora, ha sido dotada de herramientas que garanticen el cumplimiento de la labor, cuya génesis está en la ley 1437 de 2011; cuyos efectos buscan ser extendidos a la administración pública, con el ánimo de evitar que temas que ya han sido suficientemente estudiados y resueltos en sentencias de unificación tengan que ser sometidos nuevamente a debate judicial.

Sin embargo, el mismo Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2013, aclara que la función de unificación no nace con la ley 1437 de 2011 pese a que aquella enfatiza en esta particularidad, sino que data de antes, ya que la misma es connatural al hecho de ser órgano de cierre, tal como puede predicarse a

partir del artículo 237 constitucional. Indica que antes de la entrada en vigencia del Actual Código Contencioso Administrativo, las sentencias de unificación provenían de la sala plena contenciosa en virtud del artículo 97 del código anterior y finalmente, señala que también las secciones de la Corporación, especialmente las que están divididas en subsecciones, desempeñan la función de unificación, puesto que así lo dispuso el Reglamento interno del Consejo de Estado en desarrollo de los artículos 237-6 de la Constitución Política y 35-8 de la ley estatutaria de justicia. Enfatiza que la sección segunda de dicha corporación ha ordenado la extensión de jurisprudencia dictada por la sala plena de dicha sección al igual que lo ha hecho la sección tercera, con relación a decisiones que fueron expedidas antes de la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011.

En ese orden de ideas, las herramientas normativas de las que se habló con antelación y que se vislumbran en la ley 1437 de 2011, permiten que el ciudadano antes de agotar la vía judicial, pueda solicitar a la Administración Pública aplicar la extensión de la sentencia de unificación que resulte acorde a su caso para que prevalezca el derecho reconocido, y que tanto la jurisdicción, como la administración, expidan decisiones razonadas y afines con la interpretación efectuada por el órgano de cierre y si se considera que el asunto particular, no ha sido estudiado o no se ha determinado su alcance mediante sentencia de unificación, puede la parte interesada o en su defecto o el Ministerio Público en calidad de representante de los intereses de la sociedad, solicitar Consejo de Estado que realice en el caso sub judice un análisis, exponiendo la importancia de adentrarse en dicho asunto.

Lo que se busca con esta herramienta es que los usuarios puedan acceder de manera directa, pronta y eficaz ante la Administración Pública para que en armonía con las decisiones judiciales que se han tomado en casos idénticos, resuelvan de la misma manera las peticiones que compartan el mismo problema jurídico, lo que apareja menos causas litigiosas y en consecuencia materializa una descongestión judicial. Por su parte, las autoridades deben estudiar las peticiones de extensión de

jurisprudencia, cuando el interesado acredite tener los mismos presupuestos fácticos y jurídicos de una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado o por alguna de sus Secciones.

Una vez radicada la petición, la entidad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, la decisión deberá adoptarse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades solo podrán negarla petición cuando la decisión no puede adoptarse sin desatar un período probatorio que demuestre que el demandante carece del derecho invocado; si aquel evento se presenta, debe indicarse cuáles son las pruebas faltantes y los hechos que aquellas acreditan. Puede negarse lo pedido también, en el evento en que se acredite que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y como consecuencia de lo anterior no es procedente la extensión de sus efectos y finalmente habrá de negarse la aplicación del mecanismo de extensión de jurisprudencia cuando se considere que la norma a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación.

Como puede observarse, el mecanismo referido apareja un trámite sencillo, tendiente a permitir que el ciudadano obtenga el reconocimiento de un derecho, siempre y cuando se encuentre en las mismas circunstancias de hecho y de derecho que hayan sido objeto de debate en casos similares por parte del Consejo de Estado, y que hayan desencadenado el pronunciamiento a través de una sentencia de unificación de jurisprudencia, aunado al hecho de que no se materialice una de las tres causas eximentes ya referidas.

Del tema puntual es importante advertir que el Consejo de Estado, ha realizado una diferenciación importante entre la solicitud de extensión de jurisprudencia y el recurso extraordinario de extensión de jurisprudencia. el recurso extraordinario de unificación es un instrumento de orden y naturaleza judicial, que se concibió con el

propósito de otorgar prevalencia a las decisiones judiciales proferidas por el Consejo de Estado dentro del ordenamiento jurídico señalándolas casi como como fuente de derecho, y permite que las sentencias judiciales de los tribunales administrativos, dictadas en única y segunda instancias sean objeto de revisión por el Consejo de Estado a efectos de establecer si se apartaron de un pronunciamiento con carácter de vinculante; el otro evento se constituye en una herramienta de naturaleza administrativa, que legitima a las personas para que en el reclamo de un derecho, soliciten la extensión de los efectos de uno de estos pronunciamientos ante la administración pública, ambas tienen la misma finalidad con respecto a la aplicación directa de las decisiones de los tribunales de cierre, pero dictan en su procedimiento y destinatario.

11. RECOMENDACIONES

11.1. En la temática de fuentes del Derecho, vemos como el artículo 230 de la Constitución Nacional indica que los Jueces están sometidos al imperio de la ley; los preceptos consagrados en este artículo refieren cuales son las limitantes de los Jueces y autoridades Administrativas, y de entrada al hablar de la ley deja desprovisto de claridad si a aquella habrá de asemejarse algún otro concepto como lo es el precedente, habida cuenta del Desarrollo jurisprudencial que sobre el tema se ha desatado; se avizora que frente al particular se han dispuesto múltiples intentos para modificar lo allí dispuesto sin que a la fecha aquello haya podido materializarse.

En virtud de que dicho artículo determina que es la ley la fuente principal de derecho y que son las demás figuras, como la jurisprudencia, la doctrina, los principios, entre otras; solo criterios auxiliares. Por la ambigüedad que aquella disposición desataba, se han propuesto proyectos de reforma del artículo 230. Como son el del 29 de octubre de 2002, el del año 2008 y el del 2010 la llamada “Comisión Bonivento”.

De lo anterior se extrae que desde la emisión original del artículo 230 de la Constitución, se ha analizado la necesidad de otorgar un papel más protagónico a la jurisprudencia y por ende en varias ocasiones se ha tratado de modificar el texto original, sin éxito, por ende es necesario que el tema sea regulado en la Constitución, atendiendo la importancia que aquello reviste y analizando que en varias ocasiones ello ha sido objeto de debate por consiguiente se requiere la elaboración de un nuevo proyecto de reforma que tenga en cuenta las últimas conclusiones que ha propuesto la Jurisprudencia.

11.2. Frente al tema de aplicación jurisprudencial, es posible incurrir en una serie de errores al atribuirle a aquella el carácter de vinculante, sin analizar el concepto de precedente, que es en últimas el elemento que realmente obliga. Del análisis ampliamente expuesto en esta propuesta, pudo extraerse que la Jurisprudencia es

el conjunto de decisiones emitidas por cualquier alto Tribunal del país, incluso se extiende frente a las decisiones de corporaciones y oficinas Judiciales de menor nivel, cuyo alcance varía según la jerarquía del emisor.

El precedente es la verdadera decisión vinculante y puede ser constituido por una o varias decisiones judiciales, aquel está contenido en la *ratio decidendi* de la providencia que guarda a su vez estrecha relación con la parte resolutive y de hecho la fundamenta es allí donde se suministra una regla general para que se aplique a los casos futuros que guarden relación en los hechos generadores.

En vista entonces de que resulta difícil en ocasiones esclarecer esta diferencia, sobre todo en el sector de la Administración Pública, sería importante que los Tribunales de cierre en sus disposiciones cuando se constituya un precedente, dispongan un acápite donde aquel se señale de manera taxativa y sea posible su aplicación indubitada.

11.3. Se deben concientizar a todos los operadores Administrativos, sobre la importancia de reconocer el precedente en sus decisiones, sin desconocer los presupuestos legales y constitucionales porque de ello depende la justicia en las consecuencias que se enrostran a los administrados y que se respete el principio de legalidad en el debido proceso y un accionar en este sentido, repercute directamente en los criterios de eficiencia e igualdad que deben materializarse en el sector público.

11.4. Para capacitar a los operadores jurídicos y administrativos, es necesario el aporte de la academia, que permita en un escenario más neutral, la unificación de criterios entre los funcionarios, para efectos de reconocer las ventajas que consagra la aplicación del precedente valorado en un tamiz de eficiencia, eficacia y seguridad; ya que antes de materializar situaciones coercitivas es importante cimentar criterios de unidad y aceptación voluntaria que permita de manera más fluida abordar la problemática que se tiene a cargo.

11.5. El sistema de búsqueda de las páginas WEB de las Altas cortes, no ofrecen una opción de asociación temática adecuada, ya que solo permiten ingresar una palabra clave de búsqueda lo que es insuficiente para obtener resultados, pues al ingresar esa única palabra los resultados son exuberantes y las posibilidades de éxito de búsqueda se reducen, únicamente se allega a la providencia deseada cuando se conoce el número del radicado el expediente y el magistrado ponente, pero cuando lo que se espera es rastrear por temas surge el dilema, por lo que se recomienda implementar un sistema que permita el hallazgo temático diferente que reduzca las opciones de búsqueda bien sea permitiendo asociar más palabras o seleccionar otros ítems y permitan el acceso a la información que el usuario requiere.

11.6. Al momento de hacer un rastreo de sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, se hizo el ejercicio de determinar si existe unificación frente a un tema particular; sin embargo, se encontró que solamente las sentencias proferidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011 están señaladas por la relatoría de dicha corporación a través de su página web como “*sentencias de unificación*” pero como se expuso en el trabajo, del el tema del precedente no nació con esta norma sino que se encontraba implícita con antelación, sin embargo la dificultad en la búsqueda de sentencias de este tipo, hace que la aspiración de aplicación del fenómeno se reduzca, por lo que se recomienda realizar el mismo ejercicio por parte de la relatoría de la corporación pero con las sentencias de unificación anteriores al CPACA.

12. ÉTICA:

Los derechos de autor serán respetados en el desarrollo del proyecto. La búsqueda de las fuentes de información se llevaran a cabo a través de bases de datos reconocidas, cuya suscripción nos sea accesible; en cuanto a la visita de bibliotecas, se llevará un control de la información recaudada para efectos de enriquecer el presente trabajo; se hará un análisis de trabajos de grado que en alguna medida guarden relación con el tema, pero referenciando siempre a los investigadores, para efectos de conservar intactos sus derechos de autor.

Se manendrá un contacyo constante con el asesor para efector de rendición de cuentas en cuanto a los avances conseguidos y se informará en tempo oprtuno sobre las posibles complicaciones que surjan a raíz de la presente causa.

13. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

AGUILA G., Guido (2015). El precedente judicial en el Perú: hacia la búsqueda de una identidad y fundamento. En Universidad de Medellín, Ed., *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes* (pp. 189-205). España: Universidad de Medellín.

AGUILO REGLA, Josep (2015). *Fuentes del Derecho*. Biblioteca Jurídica Virtual. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <https://www.academia.edu/RegisterToDownload#Download> [Consultado el 15 de abril de 2016].

AGUDELO OSORIO, Julián D. (2016, abril). “Choque de trenes: tutela contra sentencias, concepciones del Derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano”. Tesis de Maestría. Universidad de Antioquia. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/6256> [Consultado el 31 de marzo de 2017].

AGUDELO RAMÍREZ, Martín (2004). *Introducción al estudio del Derecho Procesal* (3.ª ed.). Bogotá: Señal Editora.

ALCHOURRON, Carlos (2000). Sobre derecho y lógica. *Isomía*, (13), 15-16. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-derecho-y-lgica-0/> [Consultado el 30 de marzo de 2016].

Amaya, Jorge A. (2015). La doctrina del precedente constitucional: una propuesta institucional para el sistema argentino. En Universidad de Medellín, Ed., *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes* (pp. 251-269). España: Universidad de Medellín.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Colombiana (1991, 6 de julio). Asamblea Nacional Constituyente. Colombia.

BAENA BELALCÁZAR, Mario (1995). Reformando a Leviathan: La administración pública. *Política y sociedad*, (20).

BERNAL, Francisco Javier (2008). *Derecho administrativo y ética pública*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.

BERNAL CANO, Natalia (2010, junio). El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales, *Estudios Socio-Jurídicos*, 12(1). Recuperado de: <http://vlex.com/vid/combinacion-mezcla-constitucionales-306652690> [Consultado el 24 de enero de 2017].

BERNAL PULIDO, Carlos (2003). La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. *Precedente. Anuario Jurídico*, 13-43. ICESI, Cali. Recuperado de: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/1BERNALPULIDO.pdf> [Consultado el 25 de abril de 2016].

BERNAL PULIDO, Carlos (2008, dic.). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (21), 81-94. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630230004> [Consultado el 25 de abril de 2016].

BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BOBBIO, Norberto (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.

BUJOSA VADELL, Lorenzo (2015). El valor de la jurisprudencia de las altas cortes: perspectiva española. En Universidad de Medellín, Ed., *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes* (pp. 83-116). España: Universidad de Medellín.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica y AGUDELO MEJÍA, Dímaro (2015). El precedente vinculante en el "common law" y en el sistema continental: referencia especial a algunos países de Latinoamérica. En Universidad de Medellín, Ed., *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes* (pp. 161-187). España: Universidad de Medellín.

CALAMANDREI, Piero (2000). *La casación civil*. México: Oxford University Press.

CONTRERAS CALDERÓN, Jorge A. (2011, jul.-dic.). El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(115), 331-361, Medellín.

- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Madrid, Revista de Derecho Privado.1925. p. 165.

CUETO RÚA, Julio C. (1999). Las fuentes del derecho: su necesaria y adecuada publicidad. *Revista Chilena de Derecho*, 26(4).

- DAVID, RENÉ. “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos” (Derecho comparado). Aguilar S. A. de Ediciones. Madrid. 1969
- DÍAZ ROCA, Rafael. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Editorial Tecnos S.A 1997. . p. 367.

DWORKIN, Donald (2011). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.

FONSECA RAMOS, Marco (1992, diciembre). Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de Derecho*, (1), 32-45.

Universidad del Norte. Recuperado de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewfile/2435/1584.html> [Consultado el 22 de marzo de 2017].

GARCÍA HERREROS, Orlando (1994). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Institución Universitaria Sergio Arboleda.

GAVIRIA CARDONA, Xiomara (2012). “Por qué el Precedente Judicial debe ser un parámetro de legalidad por vía de excepción de los actos administrativos”. Tesis de grado. Universidad de Medellín.

- GAVIRIA GIL, María Virginia. “Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas - Núm. 39, Enero 2013. Pag 30 -57.

GÓMEZ SERRANO, Laureano (2008). Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Temas Socio-Jurídicos*, 26(55), 1-38. Universidad

Autónoma de Bucaramanga. Recuperado de: <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=view&path%5B%5D=8&path%5B%5D=8> [Consultado el 20 de marzo de 2017].

GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge (2007). *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia 1886-1915*. Bogotá: Editorial Universidad Javeriana.

GORDILLO, Agustín A. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 vols. Vol. 4, *El procedimiento administrativo*. Cap. II. México: Porrúa. Recuperado de: [https://books.google.com.co/books?id=R97a1G_O9ZEC&printsec=frontcover&dq=inauthor:"Agustín+Gordillo"&hl=es&sa=X&ved=0a](https://books.google.com.co/books?id=R97a1G_O9ZEC&printsec=frontcover&dq=inauthor:) [Consultado el 5 de mayo de 2017].

GUERRERO MACÍAS, Sandra P. y MUÑOZ RIAÑO, Jaime E. (2014). "Alcance del Precedente Judicial en las actuaciones administrativas". Tesis de maestría. Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13207/2/ALCANCE%20DEL%20PRECEDENTE%20JUDICIAL%20EN%20LAS%20ACTUACIONES%20ADMINISTRATIVAS%20.pdf> [Consultado el 30 de marzo de 2017].

GUEVARA, Carolina (2011). Independencia judicial: el caso de la Corte Suprema de Justicia colombiana. *Revista de derecho*, (35), 145-179. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/independencia-caso-suprema-colombiana-379667482>

[Consultado el 24 de enero de 2017].

HART, H. L. A. (1968). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HERNÁNDEZ BETANCUR, Luis F. (2009, sept.). El valor jurídico del precedente en materia contenciosa y administrativa. *Letras Jurídicas*, 14(2), 151-182.

- HENAO CARRASQUILLA, Oscar Eduardo. Código General del Proceso. Leyer. 2016. P.12

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2006, jul.-dic.). La fuerza vinculante del precedente judicial. *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, (35), 193-205. Universidad del País Vasco. Recuperado de: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/36/36> [Consultado el 25 de abril de 2016].

Informe de conciliación del proyecto de ley número 255 de 2009 Cámara y 197 de 2008 Senado. Gaceta del Congreso N.º 350, 15 de junio de 2010.

IREGUI PARRA, Paola M. (2014). "Una mirada al papel del precedente judicial y su aplicación por parte de los jueces administrativos y de la administración pública. Estudio del propósito de las sentencias de unificación jurisprudencial y del mecanismo de extensión de jurisprudencia, consagrados en la Ley 1437 de 2011". Tesis de Maestría. Universidad del Rosario, Bogotá.

JARAMILLO HOYOS, Andrés (2011, ene.-dic.). El precedente administrativo en la Ley 1340 de 2009". *Revista de Derecho de la Competencia*. CEDEC XI, 6(6)
Recuperado de:
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/5elprecedente.pdf

[Consultado el 15 de abril de 2016].

JARAMILLO J., Carlos I. y TAMAYO JARAMILLO, Javier (2012). *El precedente judicial en Colombia*. Bogotá: Universidad Grupo Editorial Ibáñez.

JIMÉNEZ GIL, William (2008). Entre reglas y principios. *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (24), Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167626>
[Consultado el 25 de octubre de 2016].

KANT, Immanuel (2002). *Teoría y Práctica*. Madrid: Tecnos.

KELSEN, Hans (2009). *La teoría pura del Derecho* (4.ª ed.). Bogotá: Legis.

LÓPEZ ALVEZ, Fernando (2003). *La formación del Estado y la democracia en América*. Bogotá: Editorial Norma. Recuperado de:
<https://es.scribd.com/doc/145768924/Lopez-Alves-Fernando-La-Formacion-Del-Estado-y-La-Democracia-en-America-Latina> [Consultado el 5 de mayo de 2017].

LÓPEZ MARTÍNEZ, Miguel Andrés (s. f.). Nuevo Código Contencioso y unificación jurisprudencial: Algunas reflexiones en torno a los criterios de utilidad.

LÓPEZ MEDINA, Diego E. (2006). *Interpretación Constitucional* (2.ª ed.). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Universidad Nacional de Colombia.

LÓPEZ MEDINA, Diego E. (2009). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Editorial Legis.

LORA, Eduardo (Ed.). (2007). *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. FCE.

MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica (1966). *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2.^a ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

MANTILLA CALDERÓN, María J. (2011). "Principio de legalidad: sujeción a la Constitución, a la Ley y a la jurisprudencia de las altas cortes". En: *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*. Bogotá: Opciones Gráficas Editores.

MATA COTO, Carlos A. (2014, dic.). El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (A la luz de la jurisprudencia constitucional). *El Foro*, 16. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5129481.pdf> [Consultado el 28 de enero de 2016].

MAGO B., Óscar y ALEGRE M., Miguel Á. (2008). El sistema constitucional de los países sin Constitución (reflexiones sobre Estado, sociedad, educación y cultura política). *Foro de Educación*, (10), 203-230. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2906891> [Consultado el 17 de marzo de 2017].

MINISTERIO DEL INTERIOR, JUSTICIA Y EL DERECHO (2002, 29 de octubre). Proyecto de acto legislativo 10 de 2002 Senado. Por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia. Recuperado de: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=10&p_consec=5390 [Consultado el 10 de mayo de 2017].

MINISTERIO DEL INTERIOR, JUSTICIA Y EL DERECHO (2008). Proyecto de Acto Legislativo 197 de 2008. "Por el cual se reforman unos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones". Recuperado de: www.cej.org.co/index...de.../140-proyecto-de-ley-para-la-reforma-a-la-justicia-2008 [Consultado el 15 de mayo de 2017].

MONROY CABRA, Marco G. (2010). *Introducción al Derecho* (15.^a ed.). Bogotá: Temis S. A.

MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, barón de (1906). *El Espíritu de las Leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. Recuperado de:

<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espirituDeLasLeyesT1.pdf> [Consultado el 20 de marzo de 2017].

NÚÑEZ LEIVA, Ignacio (2012). Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). *Revista Estudios Constitucionales*, (2), 532. Centro de Estudios Constitucionales de Chile de Talca.

OTEIZA, Eduardo (2015). Jurisprudencia y debido proceso. La Corte Suprema Argentina y la Corte Interamericana. En Universidad de Medellín, Ed., *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las Altas Cortes* (pp. 41-81). España: Universidad de Medellín.

OTEIZA, Eduardo (2007). El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: http://www.academia.edu/13173529/El_problema_de_la_uniformidad_de_la_jurisprudencia_en_Am%C3%A9rica_Latina [Consultado el 17 de enero de 2017].

PABÓN MANTILLA, Ana P. (s. f.). “Doctrina del precedente Constitucional: aplicación de precedentes sobre protección a la maternidad a nivel judicial y en especial en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga”. Tesis de grado. Universidad Industrial de Santander. Recuperado de: <http://repositorio.uis.edu.co/jspui/bitstream/123456789/8223/2/119583.pdf>.

PAPADOPOULUS, Ioannis (2008). *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Bogotá: Editorial Legis.

PARADA, Ramón (2007). *Derecho del empleo Público*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Recuperado de: <https://www.marcialpons.es/static/pdf/100799310.pdf> [Consultado el 1.º de mayo de 2017].

PARRA, María Victoria (2004). El precedente judicial en el Derecho comparado. *Criterio Jurídico*, 4, 240-264. Santiago de Cali. Recuperado de: <http://portalesn2.puj.edu.co/javevirtualoj/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/235/969> [Consultado el 14 de junio de 2016].

PEÑA PEÑA, Rogelio E. (2008). Panorámica del Derecho Procesal. En *Teoría general del proceso* (pp. 1-38), Bogotá: Ecoe Ediciones. Recuperado de:

<http://doctrina.vlex.com.co/vid/panoramica-derecho-procesal-42581499>

[Consultado el 4 de abril de 2016].

PEÑA PEÑA, Rogelio E. (2011). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: ECOE Ediciones.

PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo (2007, abr.-sept.). La jurisprudencia vinculante como norma jurídica. *Justicia Juris*, 7, 9-14. Recuperado de:

<https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/.../juris/volumen-4...7/art-1.pdf> [Consultado el 10 de abril de 2016].

PILONETA PINILLA, Eduardo (2013). Obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas. *Revista Vis Iuris*, 1(1), Universidad Sergio Arboleda. Recuperado de: revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/download/212/190

[Consultado el 10 de octubre de 2016].

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie (2014). *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/id/90883/discurso_portalis_hd31_2014.pdf [Consultado el 22 de marzo de 2017].

Proyecto de ley n.º 197 de 2008 Senado. *Gaceta del Congreso*, N.º 825, 19 de noviembre de 2008. Recuperado de: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3 [Consultado el 12 de mayo de 2017].

Proyecto de ley número 255 de 2009 Cámara, 197 de 2008 Senado. Contentivo del informe de ponencia para primer debate en Cámara. *Gaceta del Congreso*, n.º 262, 2010.

Proyecto de ley número 255 de 2009 Cámara, 197 de 2008 Senado. Informe de conciliación. *Gaceta del Congreso*, n.º 350, 15 de junio de 2010. Recuperado de: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3 [Consultado el 24 de abril de 2017].

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. (2010a). La función judicial. En Manuel F. Quinche R., *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley. Recuperado de:

<http://doctrina.vlex.com.co/source/derecho-constitucional-colombiano-carta-1991-reformas-6355> [Consultado el 25 de abril de 2016].

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. (2010b). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. 6.ª ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

QUINTERO MOSQUERA, Diana P. (2001). La seguridad jurídica: entre la tradición y la renovación del Derecho. *Precedente*, 2001.

Real Academia Española —RAE— (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Madrid: Espasa.

REFORMA A LA JUSTICIA (2010, 12 de abril). Informe Preliminar de la comisión de Expertos de Reforma a la Justicia. Recuperado de: <http://www.cjlibertad.org/files/Informe%20preliminar%20de%20la%20comisi%F3n%20de%20expertos%20de%20Reforma%20a%20la%20Justicia,%20Marzo%202012%20de%202010.pdf> [Consultado el 19 de mayo de 2017].

RIVERO, Jean (2002). *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (s. f.). La explicación histórica del derecho administrativo. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf> [Consultado el 5 de mayo de 2017].

ROMERO DÍAZ, Héctor J. (2012). El Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia. [En línea]. En: Memorias Seminario Franco – colombiano. Reforma a la Jurisdicción contencioso administrativa. Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2008sf/semifrancocol.pdf> [Consultado el 30 de marzo de 2017].

- ROSS, Alf. “Sobre el Derecho y la Justicia”. 1973 Pag 75.

ROSS, Alf (1999). *Teoría de las fuentes del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ROTH DEUBEL, André Noël (2006). La génesis del Estado republicano en Colombia. *Cuadernos de Historia del Derecho*, (13), 281-296. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2242317> [Consultado el 22 de marzo de 2017].

ROUSSEAU, Jean Jacques (1999). *El Contrato Social o principios de Derecho Político*. Editado por elaleph.com. Recuperado de: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20EI%20Contrato%20Social.pdf>

SALEILLES, Raymond (1904). *Le Code civil et la méthode historique*. París: Rousseau.

SARMIENTO ERAZO, Juan P. (2011, jul.-dic.). El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo? *Universitas*, (123), 247-280.

- SCHIELER MANZOR, Carolina. La Jurisprudencia como fuente de derecho: el papel de la jurisprudencia. ISSN 0718-2457, ISSN-e 0719-2568, [Nº. 4, 2008](#), págs. 182- 183

SEGÜÉS, Néstor Pedro (2006, julio). La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en EE. UU. y Argentina. *Estudios Constitucionales*, 4(1), 17-32. Santiago de Chile. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82040202.pdf> [Consultado el 14 de enero de 2017].

TARUFFO, Michelle (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Anuario Jurídico* 2007, 86-99. Recuperado de: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434/1831> [Consultado el 25 de abril de 2016].

TORRÉ, Alejandro (1965). *Introducción al Derecho* (5.ª ed.). Buenos Aires.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (s. f.). La Jurisprudencia como fuente de derecho. *Academia de la Magistratura. Revista Institucional*, (8). Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/266/la-jurisprudencia-como-fuente-derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consultado el 23 de marzo de 2017].

USME CAMARGO, Clara R. (2013). “Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al recurso de unificación de jurisprudencia”. Tesis de grado. Universidad Católica de Colombia.

UVALLE BERRONES, Ricardo (1995). Liberalismo, Estado y administración pública. *Revista Mexicana de Ciencias políticas y Sociales*, 40(161), 31-48. Universidad Nacional Autónoma de México.

VALENCIA ZEA, Arturo (1994). *Derecho Civil*. Bogotá.

VEDEL, Georges (1980). *Derecho administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Vargas Rincón, Alfonso (2012). Sentencias de unificación jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial. En Martha Teresa Briceño y William Zambrano Cetina (Coords.). *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Consejo de Estado, Banco de la República.

VIGO, Rodolfo L. (2012, junio). De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. *Díkaion*, 26(21), 187-227. Universidad de La Sabana, Chía, Colombia. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n1/v21n1a07.pdf>.

Documentos legales

Congreso de la República de Colombia. Leyes y decretos

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (Colombia). Ley 169 de 1896. Sobre reformas judiciales. Bogotá D.C. Diario Oficial, N.º 10.235, 14 de enero de 1897.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (Colombia). Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Bogotá D.C. Diario Oficial, N.º 42.745, 15 de marzo de 1996.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (Colombia). Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (Colombia). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C.: Diario Oficial, N.º 47.956, 18 de enero de 2011.

- PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 10 DE 2002 SENADO.
- PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 197 de 2008.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993. M. P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-486 de 1993. M. P. Eduardo CIFUENTES MUÑOZ. Demanda D-244.

Sentencia C-083 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-665.

Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

- CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sala plena. Auto 022 del 14 de febrero de 2013. M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Expediente T-716 de 2011.

Sala plena. Sentencia C-131 del 1.º de abril de 1993. M. P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Expediente D-182.

Sentencia C-284 del 13 de mayo de 2015. M. P. Mauricio GONZÁLEZ CUERVO. Expediente D-10455.

Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. Sala plena. M. P. Rodrigo ESCOBAR GIL. Expediente D-3374.

Sentencia C-241 del 7 de abril de 2010. Sala plena. M. P. Juan Carlos HENAO PÉREZ. Expediente D-7868.

Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011. Sala plena. M. P. Luis Ernesto VARGAS SILVA. Expediente D-8351.

- CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sala plena. Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011. M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Expediente D-8413.

Sentencia C-224 de 1994. M. P. Rodrigo ESCOBAR GIL.

- CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sala plena. Sentencia C-818 del 1 de noviembre de 2011. M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio. Expediente D-8410 y AC D-8427.
- CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sala plena. Sentencia SU-640 del 5 de noviembre de 1998. M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Expediente T-164.746.

Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999. M. P. Carlos GAVIRIA DÍAZ y Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

Sala tercera de revisión. Sentencia T-566 del 7 de octubre de 1998. M. P. Eduardo CIFUENTES MUÑOZ. Expediente T-166.848.

Sala sexta de revisión. Sentencia T-439 del 14 de abril de 2000. M. P. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Expediente T-273.295.

Sala tercera de revisión. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006. M. P. Manuel José CEPEDA ESPINOSA. Expediente T-1.222.275.

Jurisprudencia del Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Extensión jurisprudencial. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: Luis Eduardo Delgado. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). Asunto: Ley 1437 de 2011. Mecanismo de Extensión de la Jurisprudencia.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00032 00 (56360). Actor: Juan Esteban Gómez Montoya y otro. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. Referencia: Ley 1437 de 2011 – Extensión de Jurisprudencia.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01443-00(3638-13). Actor: Lucía Orjuela Sanabria.

Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—. Referencia: Solicitud de Extensión de Jurisprudencia – Ley 1437 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00044-00. Actor: Promotora Inmobiliaria Sanitas Ltda. Demandado: Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de la Subsecretaría Distrital del Hábitat.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01464-00(4808-14). Actor: Justo Walberto Ortiz Sevillano. Demandado: Ministerio de Educación - Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Tumaco - Regional Nariño; Municipio de Tumaco - Secretaría de Educación. Referencia: Extensión de la Jurisprudencia - Ley 1437 de 2011. Declara improcedente recurso de reposición y concede el de súplica.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00052-00. Actor: Enrique Antonio Celis Durán. Demandado: Rafael Enrique Lizarazu Montoya (recurrente). Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01668-00(4297-13). Actor: Israel Manchola Méndez. Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Regional Huila - Secretaría de Educación del Departamento del Tolima. Referencia: Solicitud Extensión de Jurisprudencia.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: William Hernández

Gómez. Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00563-00(1752-14). Actor: Luz Stella Serna Castaño. Demandado: Municipio de Armenia (Quindío). Solicitud de Extensión de la Jurisprudencia. Prescinde de audiencia. Rechaza por improcedente.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ. Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00052-00. Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN. Demandado: RAFAEL ENRIQUE LIZARAZU MONTOYA (RECURRENTE). Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01286-00 (4142-14). Actor: Municipio de San José de Cúcuta. Demandado: Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Solicitud de Extensión de Jurisprudencia – Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado. Colombia. Sala de consulta y servicio civil. Radicación N° 2177. Diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013). C. P.: Dr. William Zambrano Cetina Expediente 11001-03-06-000-2013-00502-00.

ANEXOS

Anexo 1.

ARTÍCULO DE REVISTA EN LÍNEA:

Elementos de la Referencia	Referencia Bibliográfica del Documento Electrónico
Autor(es) del Artículo. APELLIDOS, Nombres (En negrilla)	PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique
[Correo electrónico del Autor(es)].	
Título completo del artículo. (En MAYÚSCULA, <i>Cursiva</i> o Negrilla)	<i>Teoría General del Derecho</i>
Tipo de soporte. [en línea]	https://ficheros-2012.s3.amazonaws.com
En:	
Nombre de la Revista.	ECOE EDICIONES
Volumen, Número de la publicación.	Capítulo VIII Pag. 91-111
Mes, año de publicación; pp.	2011
Disponible en: [Dirección URL completa]	
Fecha de consulta: (día, mes, año)	3 de febrero de 2016
ISSN (<i>International Standard Serial Number</i> , Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas)	Id. vLex: ISBN: 9586487504

Referencia Bibliográfica de la revista en Línea:

# pág.	Cita Directa (Breve o Extensa)	CONCEPTOS CLAVES	Comentario personal
91,92	La teoría monista se inclina definitiva e integralmente a sostener que en el derecho no puede existir más de una fuente que es la LEY (...) dualista admite que las fuentes del derecho son el estado y la sociedad, o sean la ley y la costumbre. Por su parte, la teoría pluralista, quizás la mayoritaria, admite que la cuna del derecho está no solo en el derecho consuetudinario, producido espontáneamente como provento de las creencias populares, sino también en el derecho legislado o sea como creación de las costumbres y del estado aunada a los esfuerzos particulares de la doctrina.	Teorías de derecho, monista, dualeista y pluralista	La evolución de las fuentes del derecho, se debe a la necesidad de reconocer elementos creadores de derecho, pues mediante el desarrollo de un sistema jurídico mientras mas elementos lo componen, mas alternativas de aplicabilidad existen
93	el profesor Bobbio se han dividido tradicionalmente en fuentes formales y fuentes reales o materiales del derecho.- Estas fuentes corresponden a todas aquellas informaciones cargadas de circunstancias socio-político-culturales, ideológicas, sociológicas y económicas proporcionadas por la vida social, que impulsan el contenido de la norma jurídica(...)	Fuentes materiales, política, psicología, cultura.	Los cambios históricos, de pensamiento y de sociedades influyen directamente en el sistema normativo que se implementa en cada sociedad. Ya que el mismo obedece a realidades actuales
97	Fuentes formales del derecho.- Las fuentes formales del derecho corresponden a los pasos que hay que dar para la creación de las normas jurídicas incluyendo, claro	Creación, leyes, autoridades	La norma jurídica no nace espontáneamente obedece a la satisfacción de una necesidad y está sujeta al cumplimiento de las formas.

	está, las autoridades que intervienen en esa gestión, lo mismo que los medios que las expresan.		
100	Conviene dejar claramente explicado cinco aspectos de reconocida importancia que son: Primero: en el precedente jurisprudencial la <i>decisum</i> es la parte resolutive que es obligatoria; los <i>dicta</i> son argumentos no obligatorios; y la <i>ratio decidendi</i> , principio esencial, es el fundamento de la decisión. Conforme con la Corte, esta <i>ratio decidendi</i> es lo que obliga como <i>precedente</i> (Sentencia SU-47 de 1999)	Precedente, decisum, ratio decidendi.	La obligatoriedad de la decisión, es decir lo que se toma como precedente vinculante, no es toda la providencia en pleno, sino el argumento que sirve como fundamento a la decisión.
101	El valor de la jurisprudencia "o lo que vendría a ser lo mismo, su posición dentro del sistema de fuentes es la de un punto intermedio entre la Constitución y la ley, vale decir una posición suprallegal.	Constitución Ley Punto intermedio	La jurisprudencia se ubica en fuente formal.
105	jurisprudencia.- El término <i>Jurisprudencia</i> se nos presenta con dos sentidos diferentes. El primero de ellos nos enseña que es sinónima del propio derecho; el segundo se manifiesta surgido de las decisiones de la actividad jurisdiccional y en este sentido se ha dicho con acierto que la ley reina, pero la Jurisprudencia gobierna. Esta palabra, pues, indica, en general, la ciencia y la práctica del derecho		La jurisprudencia es la interpretación que se hace de la ley preexistente conforme la práctica lo va indicando

Formato de ficha Jurisprudencial

SENTENCIA C – 818/11 DEL 1 DE NOVIEMBRE DE 2011 M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB		
HECHOS PARA LA CORTE		<p>El ciudadano Arleys Cuesta Simanca considera que las disposiciones consagradas en los artículos 13 al 33 de la Ley 1437 de 2011 que consagran y desarrollan el derecho de petición, son contrarias al literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, el cual ordena que los derechos y deberes fundamentales y los procedimientos y recursos para su protección deben ser regulados por el Congreso de la República mediante ley Estatutaria, según lo consagrado en el artículo 153 de la Constitución.</p> <p>Agrega que la diferencia entre las leyes estatutarias y las ordinarias, no es sólo de denominación sino que ésta exige un debate y consenso mayor, pues se requiere su aprobación por la mayoría absoluta de los congresistas y ser tramitadas en una sólo legislatura, lo que no ocurrió con la ley 1437.</p> <p>En relación con las expresiones acusadas del artículo 10, señala el actor que se infringe el postulado del Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1 y el principio de legalidad de los artículos 6 y 29 de la Constitución Política, dado que pone en manos del Consejo de Estado, la facultad suprema de imponer a todas las autoridades de las ramas del poder público, el deber de acatar su precedente jurisprudencial.</p> <p>En cuanto al artículo 309, anota que mediante una Ley ordinaria se está derogando un artículo de una Ley Estatutaria, esto es, el 73 de la Ley 270 de 1996.</p> <p>La Corte Constitucional ha recurrido, en forma excepcional, a una sentencia de inexecuibilidad diferida cuando, si bien constata la existencia de una contradicción con la normatividad superior, que impone la exclusión inmediata del ordenamiento jurídico de las normas afectadas, esta decisión genera una situación constitucionalmente peor que incide con suma gravedad en la vigencia de principios o derechos constitucionales especialmente protegidos en la Carta</p>
PROBLEMA JURIDICO		Las disposiciones consagradas de los artículos 13 a 33 del C.C.A. vulneran la reserva estatutaria de las normas que regulan un derecho fundamental.

RATIO DECIDENDI	<p>Existen dos tipos de cargos contra leyes ordinarias que se consideran contrarias al artículo 152, literal a, de la Constitución; cuando existe un reproche contra toda la ley, pues los temas que regula están excluidos de la competencia ordinaria de configuración legislativa y cuando se cuestiona la validez de contenidos normativos que debieron ser regulados en una ley estatutaria independiente. En esta oportunidad, el cargo se encuadra dentro de la segunda opción.</p> <p>En una primera lectura, podría deducirse que, la Ley 1437 de 2011, ley ordinaria, derogó una disposición de jerarquía estatutaria, situación que, en principio, desconocería lo establecido en el artículo 153 Constitucional que señala que la “aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias” deberá realizarse a través del trámite cualificado. No obstante, lo anterior, la jurisprudencia ha admitido que materias no sujetas a este tipo de reserva, pueden ser incluidas en el articulado de una Ley Estatutaria, pero la decisión del legislador de incluirlas dentro del proyecto de ley no cambia su régimen constitucional. Esto es, los asuntos pueden ser modificados a través de una ley ordinaria.</p> <p>En relación con la naturaleza del artículo 73 de la Ley 270 de 1996, debe considerarse que en la Sentencia C-037 de 1996¹⁷³, la Corporación señaló expresamente que la determinación de competencias en cabeza de funcionarios judiciales era una materia propia de una ley ordinaria, y por ello, su modificación podía tramitarse mediante el procedimiento legislativo general</p>
DECISUM	<p>Declararse INHIBIDA para decidir de fondo, en relación con los apartes acusados del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda, declarar INEXEQUIBLES los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011 “<i>Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo</i>”; la declaración de INEXEQUIBILIDAD quedan diferidos hasta 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso, expida la Ley Estatutaria correspondiente, Declarar EXEQUIBLE, la expresión “<i>el artículo 73 de la Ley 270 de 1996</i>”, contenida en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, “<i>Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo</i>”.</p>
<p>SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO</p> <p>MARIA VICTORIA CALLE CORREA MAGISTRADA</p>	<p>No están dadas las condiciones para hacer uso del instrumento – excepcionalísimo- de modulación de los efectos de un fallo de constitucionalidad a través del diferimiento de sus efectos en el tiempo, por cuanto al aplicarlo en este caso, la Corte partió de dos presupuestos de hecho y de derecho que, bajo un análisis detenido, no se configuran en relación con la Ley 1437 de 2011. Que el Congreso de la República no alcanzará a adoptar una nueva regulación del derecho fundamental de petición, mediante ley estatutaria, antes del 2 de julio de 2012; y que la declaratoria de inexecutable pura y simple va a generar un vacío jurídico automático cuyos efectos inconstitucionales son más graves que la permanencia de las normas declaradas inexecutable en el ordenamiento jurídico.</p>

Referentes Bibliográficos:

¹⁷³ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Ficha 1: Bibliográfica

Elementos de la Referencia Bibliográfica	Referencia Bibliográfica del Libro (1)
Autor(es) del Libro. APELLIDOS, Nombres (En negrilla)	LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo
Título completo del artículo. (En MAYÚSCULA, <i>Cursiva</i> o Negrilla)	EL DERECHO DE LOS JUECES
Edición (no incluir si se trata de la primera edición)	Segunda edición
Ciudad de la Edición : Editorial	LEGIS S.A.
Año.	2006 (REIMPRESION 2015)
Cantidad de páginas o Volúmenes.	Capitulo Primero Pag 3-28
Colección o Serie.	
ISBN (<i>International Standard Book Number, Número Estándar Internacional de Libros o Número Internacional Normalizado del Libro</i>)	958-653-492-8

Ficha 2: Textual

# pág.	Cita Directa (Breve o Extensa)	CONCEPTOS CLAVES	Comentario personal
5	“Desde finales del siglo XIX según va la narrativa tradicional , el derecho Colombiano Importó del derecho Español los conceptos de “doctrina legal probable” y “doctrina constitucional” la función de estos conceptos fue la de definir el peso relativo de la jurisprudencia dentro de un sistema neo-románico de derecho ”	1-importar 2-doctrina legal probable 3-doctrina constitucional 4-jurisprudencia	Primera forma de adopción del concepto de precedente, trasplantado de otra legislación.
7	“La constitución de 1886 puso fundamentos de la nueva	1-constitución 2-judicatura	Adopción de códigos nacionales.

	judicatura, que fueron posteriormente desarrollados en la ley 61 de 1886”.		
8	“En Francia, al menos, la costumbre y la jurisprudencia eran formas de derecho (...) Los códigos post-revolucionarios, por tanto, prohíben su utilización como fuentes de derecho e impiden que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad soberana que solo se puede expresar por medio de la ley ”	<ol style="list-style-type: none"> 1- Fuentes de derecho. 2- 2-costumbre. 3- Jurisprudencia 4- Ley. 5- Post- revolución. 	Para contrarrestar os efectos de la revolución, se fundamente el derecho completamente en la ley escrita.
9	“Los códigos tenían muchos más vacíos de los que preveía el ideal ilustrado y revolucionario de la codificación (...)contra el espíritu revolucionario comenzaba a aceptarse que la jurisprudencia podía suplir criterios para casos que no estaban regulados explícitamente ”	<ol style="list-style-type: none"> 1-vacío. 2. codificación. 3. suplir criterios. 	La implementación del sistema netamente normativo, presentó problemas prácticos de aplicación por la no disposición expresa de conceptos para regular todo tipo de conductas por lo que se hizo necesario acudir a un criterio antiguo como es la jurisprudencia.
11	“En el año 1864, SECUNDINO ALVAREZ ya está advirtiendo a la cultura jurídica nacional la necesidad de leer con cuidado la jurisprudencia como forma de complementar los vacíos necesariamente existentes en el Derecho Nacional”:	<ol style="list-style-type: none"> 1. Jurisprudencia 2. Nacional. 	Antes de la emisión de la constitución de 1886 se hablaba de la necesidad de revisar la jurisprudencia de los tribunales, aunque fuera para conocer la línea de pensamiento.
14	“El concepto de doctrina legal, fue tomado por el legislador colombiano, ya no del derecho francés, sino específicamente del derecho Español”	<ol style="list-style-type: none"> 1. Colombia 2. España. 3. Francia 	Colombia adopta para esa época un sistema de jurisprudencia vinculante y no meramente consultiva. (1886)
16	“La corte Suprema de Justicia era una de las piezas centrales del proyecto político de la regeneración ya que aseguraba la interpretación	<ol style="list-style-type: none"> 1. Corte Suprema de Justicia. 2. Proyecto político. 3. Regeneración. 	Elemento que sirve para afincar el estado de gobierno central, ya que se venía de un estado federal con

	uniforme del nuevo derecho nacional valido en todo el territorio de la república”	4. Interpretación uniforme.	reglamentaciones diferentes.
21	“El enorme poder que la doctrina legal, parecía otorgarle a la Corte Suprema desde 1886, fue rechazado algunos años después por ella misma. El sistema de doctrina legal termina siendo en realidad, en opinión de la Corte excesivamente rígido”	1. Doctrina Legal 2. Rígido.	El sistema de jurisprudencia, se interpretó de tal manera que vinculaba necesaria e invariablemente las ponencias de la corte, por lo que la misma no podía evolucionar al ser pétrea.
25	“El sentido de la disposición, dentro de una interpretación histórica rigurosa, consistía en permitirle a los jueces que usaran la doctrina probable como fuente formal, y no tanto, insisto, en hacer completamente discrecional su utilización.	1. Jueces. 2. Doctrina Probable. 3. Fuente Formal. 4. Discrecional.	La implementación paulatina de las normas que regularon el precedente, presentaba problemas en la definición de la vinculatoriedad del precedente, de modo que en los diferentes tiempos o fue entendida como norma pétrea o fue tenida como criterio de apoyo.

Ficha 3: Resumen

<p>El sistema de jurisprudencia en Colombia tuvo tintes extraídos del derecho Español y del Derecho francés, donde el primero llego a definir el concepto como obligatorio y el segundo como criterio auxiliar. Frente al tema de regeneración del estado centralista desde 1886, se pretendía por política judicial una interpretación estricta del precedente jurisprudencial, mientras que por aplicación, la misma Corte Suprema de Justicia, pidió al Congreso, reformar las disposiciones legales que hacían tan estricta es aplicación adoptándose entonces un sistema libre. Se tenía establecido antes de las disposiciones que inyectaron flexibilización al sistema que la violación de la doctrina legal, era causal de casación de las sentencias de los jueces y por demás la misma corte debía incorporar en sus propias sentencias la interpretación que hacía de la ley, lo que da a entender que la jurisprudencia solo podía variar si había cambio normativo, lo que significaba dos grandes problemas, en primer lugar impedía la evolución del sistema jurisprudencial con base en las necesidades que iban surgiendo a través del tiempo y en segundo lugar se devolvía al congreso la facultad de interpretar la ley.</p>	
Palabras clave: sistema libre, estricto, flexible	
Comentario: Esta ficha será utilizada para definir el estado del arte	

Ficha 4: Comentada

UBICACIÓN:

COMENTARIO: El precedente Jurisprudencial ha tenido aplicación en nuestro país bajo dos criterios adversos, el primero como fuente auxiliar o criterio para interpretación no vinculante y en segundo lugar como doctrina legal, consistente en la interpretación única e invariable de la norma, solo reformable con la entrada en vigencia de otra disposición normativa.

PALABRAS CLAVES: flexibilidad, rigidez, variación, interpretación

COMENTARIOS: Lo establecido en el presente análisis aporta elementos tendientes a desarrollar el estado del arte