

**La jurisprudencia de unificación del consejo de estado como parámetro para la
formulación de las políticas de prevención del daño antijurídico en las entidades
administrativas**

Leonardo Acevedo Valencia

José Enio Suárez Saldaña

Universidad Libre

Facultad de Derecho

Instituto de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D.C., abril de 2017

**La jurisprudencia de unificación del consejo de estado como parámetro para la
formulación de las políticas de prevención del daño antijurídico en las entidades
administrativas**

Leonardo Acevedo Valencia

José Enio Suárez Saldaña

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho
Administrativo**

Directora

Carolina Blanco Alvarado

Doctora en Derecho

Universidad Libre

Facultad de Derecho

Instituto de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D.C., abril de 2017

Dedicatoria

Al amor incondicional de mi esposa, el motor que me dio la fuerza suficiente para finalizar esta bella empresa, aún en los momentos de mayor desasosiego. Isabel, eres mi bendición.

A mis padres, a mis hermanos, a Iván y a Nicolás, y a la segunda familia con la que el Señor me ha bendecido desde el 6 de diciembre de 2014, el día en que volví a nacer.

Al deseo incesante de mi universidad por crear para esta sociedad caminos que solo pueden abrirse con el conocimiento.

Leonardo Acevedo Valencia.

Al Altísimo por haberme brindado la oportunidad de prepararme en mi Alma Mater en un estudio de postgrado y obtener un logro más en vida profesional.

A mi familia por su apoyo incondicional y por haberme brindado tanto amor para poder salir adelante. A mi compañero Leonardo por su amistad, solidaridad y camaradería para alcanzar este triunfo. A todos ellos dedico este trabajo y espero seguir contando con su valioso apoyo.

José Enio Suárez Saldaña.

Agradecimientos

Agradecemos a nuestras familias por el apoyo incondicional en los proyectos académicos, profesionales y personales que hemos decidido iniciar. Su confianza ha sido determinante para llevar a cabo cada labor.

A nuestra querida universidad, por disponer de los espacios y recursos para desarrollar esta investigación.

Adicionalmente, queremos expresar nuestra sincera gratitud a las autoridades académicas y administrativas de la Facultad de Derecho y el Instituto de Posgrados.

A los funcionarios de la relatoría del Consejo de Estado por su amabilidad y colaboración.

Infinitas gracias a la Dra. Carolina Blanco Alvarado por sus precisas, oportunas y sabias observaciones.

Y como no, gracias al Todopoderoso, por permitirnos hacer realidad este sueño.

Nota de aceptación _____

Dra. Carolina Blanco Alvarado - Doctora en Derecho

Directora

Jurado

Jurado

AUTORIDADES ACADÉMICAS

Dr. Fernando Dejanón Rodríguez

Rector Nacional

Dr. Hernando Álvarez Mora

Rector Seccional

Dr. Carlos Arturo Hernández Díaz

Decano Facultad de Derecho

Dr. Néstor Raúl Sánchez Baptista

Director Instituto de Posgrados – Facultad de Derecho

Dra. Nohora Pardo Posada

Coordinadora Maestría en Derecho Administrativo

Tabla de Contenido

Contenido	
Tabla de Contenido	7
Índice de Tablas	9
Índice de Cuadros	10
Introducción	11
Capítulo I: El precedente jurisprudencial y su valor en el ordenamiento jurídico colombiano	21
Consideraciones previas. De cómo logró la figura del precedente jurisprudencial un papel protagónico en el sistema jurídico colombiano en las últimas dos décadas.....	21
El precedente judicial. Una breve aproximación al concepto y sus elementos.....	26
El precedente en Colombia. Breve descripción de un devenir con algunos obstáculos.....	31
Tipos de precedentes jurisprudenciales en el sistema jurídico colombiano.....	44
Capítulo II. Beneficios y críticas generados por la figura del precedente en Colombia	54
Consideraciones previas.....	54
Beneficios de la aplicación del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano.....	56
Incremento de la disciplina judicial	56
Aumento en el goce efectivo del derecho a la igualdad	58
Predominio de la seguridad jurídica y la confianza legítima	60
Permitió la reconstrucción del concepto de ley en el sistema de fuentes nacional	63
Críticas al uso del precedente en Colombia.....	64
El uso del precedente jurisprudencial constituye un desconocimiento del sistema de fuentes definido en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991	64
El uso del precedente jurisprudencial crea un activismo judicial que afecta negativamente el ejercicio de las potestades públicas de las demás ramas del poder	67
El uso del precedente judicial ha perpetuado el gobierno de los jueces sin control alguno	68
Dada la ausencia de una metodología uniforme para el uso del precedente se pueden presentar decisiones que se aparten del criterio unificador.	70
Existe una imposibilidad práctica de solucionar todos los casos de la misma manera	71
Puntos en común en el debate planteado. ¿existen propuestas para una salida razonable a la discusión?	73
Frente a la crítica sobre el sistema de fuentes y el desconocimiento del principio de legalidad	73
Frente a las críticas relacionadas con la intervención de los jueces en las funciones de las autoridades administrativas y legislativas, el denominado activismo judicial y el gobierno de los jueces	77

Capítulo III. Naturaleza y metodologías para el diseño de políticas públicas y su relación con la prevención del daño antijurídico y el precedente jurisprudencial	88
Consideraciones previas.....	88
Punto de partida: el concepto de políticas públicas	89
Sobre el proceso de formación de las políticas públicas.....	97
Modelo vigente para el diseño de políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico en Colombia.....	104
Vicisitudes presentadas en la incorporación del precedente jurisprudencial y la formulación de la política para la prevención del daño antijurídico en Colombia.....	108
Análisis de acuerdo con la visión del Policy Cycle y su relación con el precedente jurisprudencial	108
Confrontación del modelo vigente para formular la política pública para prevención del daño antijurídico y el modelo secuencial del Policy Cycle	115
Capítulo IV. Identificación y clasificación de las reglas de precedente contenidas en las sentencias de unificación del consejo de estado proferidas entre 2013 y 2015 relacionadas con el daño antijurídico	121
Presentación de la metodología.....	121
Reglas de precedente jurisprudencial sobre daño antijurídico contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el año 2013	122
Reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el año 2014.....	127
Reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el año 2015.....	145
Capítulo V. Conclusiones	148
Utilización del precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de unificación del Consejo de Estado en la formulación de la política para la prevención del daño antijurídico en Colombia – Metodología propuesta.....	148
Conclusiones derivadas del desarrollo del trabajo de campo.....	155
Consideraciones adicionales del trabajo de investigación	158
Referencias.....	162
Sistema de Citación.....	171

Índice de Tablas

- Tabla No. 1. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 25022
- Tabla No. 2. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 36460
- Tabla No. 3. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 32988
- Tabla No. 4. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 27709
- Tabla No. 5. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 36149
- Tabla No. 6. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 26251
- Tabla No. 7. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 31170
- Tabla No. 8. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 28804
- Tabla No. 9. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 28832
- Tabla No. 10. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 31172
- Tabla No. 11. Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 19146
- Tabla No. 12. Síntesis de los Precedentes Jurisprudenciales Contenidos en las Sentencias de Unificación Proferidas por el Consejo de Estado en los años 2013, 2014 y 2014.

Índice de Cuadros

- Cuadro 1. Policy Cycle Vs. Procedimiento de Calidad Total

Introducción

Esta investigación se centra en el análisis de la figura del precedente jurisprudencial y su relación con el diseño de políticas públicas para la prevención del daño antijurídico en Colombia. Dicho vínculo se hace evidente al considerar la existencia de normas dentro del ordenamiento jurídico nacional que asignan a varios organismos la competencia para la formulación de las políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico, pero, a la vez, otras disposiciones normativas crean figuras y procedimientos que obligan a las autoridades a tener en cuenta en su gestión los precedentes jurisprudenciales, principalmente establecidos por el Consejo de Estado. Lo anterior implica que las autoridades que tienen a su cargo la formulación de políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico, para ejercer esta función, tienen la obligación de considerar los precedentes contenidos en las sentencias de unificación proferidas por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa.

En este sentido, el decreto 1716 de 2009, -por el cual se reglamentó la ley 1285 de 2009 así como el artículo 75 de la ley 446 de 1996 y el capítulo V de la ley 640 de 2000-, define en su artículo 16 a los Comités de Conciliación de las entidades de derecho público como “una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y *formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico* y defensa de los intereses de la entidad.” Adicionalmente, la ley 1444 de 2011, al crear a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Estado (ANDJE), la definió como el ente de orden nacional cuya gestión persigue “la estructuración, *formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico*”. Este objetivo fue reiterado en el artículo 2º del decreto 4085 de 2011, al indicarse que a la ANDJE corresponde “la *formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas* por parte de servidores y entidades públicas, *del daño antijurídico y*

la extensión de sus efectos”. Como puede evidenciarse de la lectura de las normas citadas, la asignación de competencias sobre la responsabilidad en la formulación de las políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico está a cargo tanto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Estado, como de cada Comité de Conciliación de las entidades de derecho público.

Por su parte, la ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, creó instrumentos jurídicos, así como procedimientos concretos en virtud de los cuales se consolidó la obligación de las autoridades administrativas de observar e incorporar en sus diferentes actividades los precedentes jurisprudenciales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De allí, la justificación en la creación de figuras como las sentencias de unificación del Consejo de Estado, así como el procedimiento de extensión de la jurisprudencia a terceros por parte de las autoridades, e incluso, la incorporación del nuevo recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

En consecuencia, teniendo clara la existencia de una función del Estado relativa a la formulación de políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico, pero también considerando la reformulación del papel del precedente jurisprudencial en la actividad de las autoridades públicas, se definió el problema de investigación de la siguiente forma:

¿Cómo deben incorporarse las reglas de precedente jurisprudencial establecidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el periodo 2013 a 2015 relacionadas con el tratamiento del daño antijurídico, en el diseño de las políticas públicas para su prevención?

El análisis que se pretendía realizar para dar respuesta a la pregunta problema debía superar el simple estudio normativo sobre la competencia de los órganos a los cuales se les ha atribuido la

facultad de diseñar las políticas públicas para la prevención del daño antijurídico, pues se evidenciaba la existencia de una relación entre la posición de las autoridades encargadas de su diseño con los pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado que contienen reglas de precedente jurisprudencial de marcada importancia para esa labor.

En este sentido, la idea inicial de la presente investigación indicó que dicha relación, estriba en que el diseño de las políticas para la prevención del daño antijurídico debe partir del análisis sistematizado y coherente de las reglas de precedente jurisprudencial que se produzcan por las autoridades jurisdiccionales en la materia, especialmente, los precedentes de unificación del Consejo de Estado.

Así, la hipótesis a considerar frente al problema de investigación señalado se planteó de la siguiente manera:

“El diseño de las políticas públicas para la prevención del daño antijurídico en Colombia debe comprender la incorporación de las reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado mediante la sistematización y análisis de la jurisprudencia contencioso administrativa relevante.”

Las variables que intervienen en la hipótesis planteada son: i) políticas públicas en prevención del daño antijurídico, ii) sentencias de unificación del Consejo de Estado, y, iii) reglas de precedente jurisprudencial. Su relación es plausible y pertinente en la medida en que evidencia la necesidad de hacer operativas las figuras jurídicas creadas en la ley 1437 de 2011 en la creación de las políticas públicas para la prevención del daño antijurídico, y podrá verificarse luego de establecer si los entes competentes están incorporando tales reglas de precedente en las políticas públicas para la prevención del daño antijurídico.

La formulación de la hipótesis partió de la observación de las normas jurídicas que regulan tanto la función en la formulación de las políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico, como aquellas que regulan la obligación de las autoridades de tener en cuenta las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en el desempeño de sus funciones. Dicha observación generó inquietud sobre la existencia de una metodología que sirviera para realizar la inclusión de las reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado en la política pública relativa a la prevención del daño antijurídico, razón por la cual, se encontró necesario establecer cuál es la metodología actual para el diseño de tales políticas, y si dicha metodología incluye o no, de alguna manera, las reglas de precedente ya señaladas. Por lo tanto, la comprobación o falseamiento de la hipótesis planteada requería del análisis de las normas que consagran el procedimiento para la formulación de este tipo de políticas públicas, contrastándolas con la búsqueda de las reglas de precedente que pudiesen identificarse en las sentencias de unificación del Consejo de Estado dentro de un periodo de tiempo específico.

Ahora bien, con el fin de plantear adecuadamente la hipótesis en consideración del problema de investigación indicado, era necesario considerar diferentes circunstancias de orden conceptual, relacionadas con la aplicación del precedente, tales como i) si los hechos relevantes de cada caso sometido al análisis del Consejo de Estado pueden proveer una caracterización tal que permita su generalización, así como ii) la identificación de la o las “reglas de precedente” aplicables a toda situación que pueda enmarcarse en los hechos antes caracterizados, lo que demanda un esfuerzo para clasificar y organizar de forma jerarquizada tales reglas de precedente, de manera que, iii) puedan formularse las políticas de prevención del daño antijurídico por parte de las autoridades competentes.

Así, con el fin de dar respuesta a la pregunta problema, considerando a su vez la hipótesis planteada, se estimó pertinente definir como guía de la elaboración del trabajo los siguientes objetivos:

- i) Establecer el significado del precedente jurisprudencial y su valor en el ordenamiento jurídico colombiano.
- ii) Establecer las ventajas que ha traído la utilización del precedente en Colombia.
- iii) Identificar las principales críticas que se han elevado frente al uso del precedente en Colombia.
- iv) Identificar la metodología que se utiliza para la formulación de políticas públicas en Colombia en materia de prevención del daño antijurídico.
- v) Identificar las reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado durante los años 2013, 2014 y 2015, relacionadas con el daño antijurídico.

El alcance de los objetivos propuestos, permitió realizar un análisis de la figura del precedente jurisprudencial, describiendo su contenido y alcance, con el propósito de establecer el impacto que ha tenido su aplicación en la realidad jurídica nacional, así como en el ajuste en la jerarquía misma de las fuentes del derecho. Este análisis, aunque no constituye el núcleo de la labor investigativa, era necesario para encontrar las raíces conceptuales de su relación con la formulación de las políticas públicas para la prevención del daño antijurídico. En este punto, se consideró pertinente analizar los aspectos positivos y negativos que ha traído la utilización de esta técnica, de manera que se pudiera ilustrar los elementos más importantes en el desarrollo del debate sobre su aplicación y uso en la realidad jurídica nacional, para posteriormente establecer los tipos de precedentes que se pueden identificar en las sentencias de las altas cortes, haciendo

énfasis, como es natural de acuerdo con el estudio propuesto, en las de unificación proferidas por el Consejo de Estado relacionadas con el tratamiento del daño antijurídico. Una vez determinados los contenidos anteriores, se realizó un estudio sobre la metodología en que se diseñan las políticas públicas del daño antijurídico en el país, considerando la asignación de competencias que hace el ordenamiento jurídico a los comités de conciliación de las entidades públicas, con el fin de establecer su conveniencia y evidenciar algunas circunstancias a mejorar. Por último, se adelantó un trabajo de obtención de las sentencias de unificación del Consejo de Estado relacionadas con la producción del daño antijurídico, proferidas durante los años 2013, 2014 y 2015, con el fin de extraer las reglas de precedente jurisprudencial que puedan servir de insumo en la elaboración de las políticas de prevención de este tipo de afectaciones por las autoridades públicas.

La investigación desarrollada es de orden sistemático, en la medida en que se pretende identificar las reglas de precedente jurisprudencial desde el análisis de las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre daño antijurídico en el periodo de tiempo indicado para que, posteriormente, puedan ser incorporadas en el diseño de las políticas públicas de prevención de dicho daño. Así, el conocimiento objeto del estudio se extrae, se ordena y se agrupa, para ser utilizado en un proceso posterior, como lo es la formulación de las políticas públicas en la materia. Adicionalmente, el método desarrollado en el proceso investigativo ha sido de tipo descriptivo y analítico; lo primero en razón a las consultas bibliográficas realizadas con el fin de presentar una descripción sobre los conceptos de precedente jurisprudencial, sentencias de unificación y políticas públicas, y, lo segundo, en razón a la labor de obtención y análisis de las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas dentro de un marco de tiempo específico y que guardan relación con el concepto de daño antijurídico.

En este sentido, la investigación adelantada refirió a la descripción de una de las nuevas figuras jurídicas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como lo son las sentencias de unificación. La implementación de dicha figura ha exigido un cambio en la mentalidad de los actores que usualmente intervienen en los problemas jurídicos relacionados con la producción de daños antijurídicos en los cuales está involucrada una entidad del Estado. En primer término, el directo interesado ha encontrado una oportunidad inmejorable para gestionar el trámite para el reconocimiento de un derecho en virtud del respeto por el precedente jurisprudencial, posibilidad revolucionaria en un sistema jurídico de derecho escrito, lo que justificó la revisión en el trabajo de diferentes posturas doctrinarias frente a la transformación del derecho derivado de la implementación del fenómeno del neoconstitucionalismo como quiera que en el manejo de las fuentes del derecho aplicables a una situación en particular ha adquirido mayor protagonismo los pronunciamientos jurisprudenciales, razón por la cual el trabajo de investigación también se preocupó por la descripción de este proceso de transformación jurídico-cultural. En segundo lugar, se ha pretendido también un cambio en la formación del servidor público que está obligado a actualizar su conocimiento permanentemente en razón a la vinculación que los pronunciamientos judiciales tienen frente a la gestión de la institución pública. En este sentido, la labor investigativa también se preocupó por describir y explicar la obligación que tienen ciertos órganos al interior de las entidades públicas de dedicar un espacio importante de su acción al diseño de políticas orientadas a la prevención de la producción del daño antijurídico, fundamento de una vasta cantidad de condenas contra el Estado.

En el mismo sentido, y dada la importancia que reviste para la administración pública la identificación de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en la

actualidad, se evidenció como punto central de la presente investigación, como quiera que su estudio ha obligado a ajustar las funciones de ciertos servidores públicos en aspectos esenciales como lo son i) el análisis de las peticiones de extensión de la jurisprudencia presentadas con base en la figura ya comentada; ii) la construcción de políticas de prevención del daño antijurídico, labor que se nutre directamente por el conocimiento sistemático de la jurisprudencia del Consejo de Estado; y iii) el adecuado uso de la información recopilada a fin de estructurar líneas claras de defensa que incluyan no solo una fundada oposición a las pretensiones judiciales de eventuales demandantes, sino también el dominio en el manejo del mecanismo procesal creado con la ley 1437 de 2011 para el respeto por las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado, como lo es el recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia.

Ahora bien, como resulta lógico, la labor de identificar con precisión cada sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado implica adelantar un estudio de campo vasto y exhaustivo, la presente investigación concentró su búsqueda en una ventana de tiempo específica de tres anualidades (2013 a 2015), con el fin de establecer los precedentes jurisprudenciales relacionados con el daño antijurídico en ellas contenidos, para realizar su correspondiente análisis. El lapso señalado se ha establecido en razón a que se han identificado trabajos de investigación¹ previos que han comprendido periodos más extensos y anteriores, así como temas específicos que han merecido la producción de sentencias de unificación.

Dicho trabajo de campo pretendió i) identificar y organizar sistemáticamente las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado durante los años 2013, 2014 y 2015 que se han referido al daño antijurídico, ii) identificando los precedentes jurisprudenciales contenidos en

¹ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, publicó el libro denominado “Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia” en el cual se presentó una investigación adelantada para identificar las sentencias que pueden ser consideradas de unificación del Consejo de Estado proferidas por el órgano desde el 4 de julio de 1991 y hasta el 2 de julio de 2012, en particular, proferidas por las secciones segunda y tercera de la corporación.

dichas providencias, para posteriormente, iii) describir los parámetros generales que deberían considerarse al momento de formular la política de prevención del daño antijurídico en las entidades públicas, derivadas de las reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación analizadas.

En razón a lo expuesto, el documento que el lector tiene en sus manos se desarrolla en cuatro capítulos. En el primero se presentará un análisis sobre la figura del precedente jurisprudencial y los efectos que ha producido su utilización en la realidad jurídica nacional, mediante la revisión de las principales posiciones que la doctrina ha presentado en la materia. En el segundo capítulo, se identificarán las ventajas que ha traído la aplicación del precedente en Colombia, las cuales, se confrontarán con las críticas que algún sector de la doctrina ha elevado a su utilización, con el fin de tratar de establecer puntos en común en esa discusión. En el tercer capítulo se mostrará una descripción del concepto de políticas públicas, su diseño y los aspectos principales que deben tenerse en cuenta para su formulación. Así mismo, se realizará un análisis de la normatividad que en Colombia regula la producción de este tipo de políticas en materia de prevención del daño antijurídico, así como la metodología que se sigue para el diseño de este tipo de lineamientos en el país. En el cuarto capítulo, se exhibirán de forma sistematizada las reglas de precedente jurisprudencial identificadas en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado relacionadas con el daño antijurídico, en tres anualidades: 2013, 2014 y 2015, cuya utilización se estima indispensable al momento de diseñar las políticas públicas relacionadas con la prevención del daño. En el quinto capítulo, se presentarán las conclusiones logradas en el ejercicio investigativo, las cuales, pretenden contribuir al mejoramiento de los procesos que adelanten las autoridades públicas en la compleja labor de establecer los lineamientos generales de acción que

pretenden evitar la producción de afectaciones cuya reparación pueda afectar los intereses del Estado, así como enfrentar de mejor manera los efectos de su materialización.

Capítulo I: El precedente jurisprudencial y su valor en el ordenamiento jurídico colombiano

El presente capítulo pretende proporcionar un contexto al lector que permita establecer el alcance que se le ha dado al precedente jurisprudencial en la realidad jurídica nacional, identificando las razones que le han permitido alcanzar un papel protagónico en el renovado sistema de fuentes colombiano, presentando sus elementos esenciales, así como los diferentes tipos de reglas de precedente jurisprudencial que se pueden identificar en la labor de sistematización, compilación y análisis de la jurisprudencia.

Consideraciones previas. De cómo logró la figura del precedente jurisprudencial un papel protagónico en el sistema jurídico colombiano en las últimas dos décadas

Antes de iniciar con el análisis de la incidencia del precedente judicial en la creación de reglas de sujeción para el ejercicio de las facultades de las autoridades administrativas en la prevención del daño antijurídico, es necesario realizar una breve contextualización sobre la discusión que ha rondado en la realidad jurídica nacional durante las últimas dos décadas, relativa al protagonismo creciente de la aplicación de reglas jurisprudenciales a situaciones que tienen en común elementos de hecho similares, como quiera que esta figura ha representado un cambio en el manejo del sistema de fuentes del derecho y representa un enorme desafío para el ejercicio de la función pública a cargo de las autoridades administrativas. (Hoyos, 2013)

La regla principal del ejercicio de toda potestad administrativa es la sujeción del servidor público al ordenamiento jurídico, en respeto pleno al principio de legalidad (Rivero, 1980), característica del Estado de Derecho desde su origen (Santos, 2006). La vinculación del operador jurídico a la ley ofrece a los asociados confianza legítima en las decisiones adoptadas por la administración y su coherencia con los fines establecidos por el legislador. Por ello, el sistema

jurídico ha pretendido establecer claramente no solo las funciones asignadas a los servidores que ejercen función administrativa, sino también los controles que existen como aplicación concreta del principio de frenos y contrapesos ante las acciones u omisiones de los funcionarios que eventualmente desatiendan el ordenamiento jurídico, las cuales, por lo tanto, pueden ser declaradas inválidas. (Santofimio Gamboa, 2007)

Así, en un Estado de Derecho que se precie de serlo, no podría permitirse el ejercicio del poder público fuera de los estrictos parámetros fijados mediante normas jurídicas producidas por los órganos con competencia normativa, ya sea constitucional, legal o reglamentaria, a lo que debe agregarse la función exclusiva de los jueces de aplicar la ley vigente y regularmente proferida por el órgano legislativo (Zagrebelsky, 1997). Manifestaciones de este principio no han sido creadas exclusivamente para las autoridades administrativas pues se trata de un principio fundante del ordenamiento constitucional al que están sometidas todas las autoridades públicas, sin importar la rama del poder a la que pertenezcan o el organismo en el que ejerzan sus atribuciones. (Rodríguez L. , 2001)

Según esta lógica, el principio de legalidad juega un papel principal para el operador jurídico, en virtud del uso de las fuentes del derecho a las que debe recurrir al decidir los asuntos puestos en su conocimiento, que lo obligan a tomar una decisión que implica la declaración de un derecho o la adopción de medidas de protección para una garantía reconocida en el ordenamiento, entre otras posibilidades de acción. Dichas decisiones, se insiste, deben consultar las fuentes del derecho que gobiernan el sistema jurídico aplicable, el cual, tal como se ha sostenido, puede referirse a esquemas propios del derecho escrito o del *civil law*, o a aquellos estructurados a partir de la costumbre como sucede en el modelo anglosajón o de *common law*. En este punto, conviene recordar cómo el adecuado entendimiento de los sistemas jurídicos

dominantes en el mundo influye en el papel que se le asigna al precedente judicial tal como lo exponen Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. (Cepeda Espinosa & Monroy Cabra, 2001)

En consecuencia, el uso y jerarquía de las fuentes del derecho depende del sistema jurídico al que pertenezca la autoridad pública que deba tomar la decisión. En el caso colombiano, la tradición romano germánica del derecho legislado nacional obligaba a la autoridad pública a identificar en el ordenamiento jurídico una o varias disposiciones que regularan la materia puesta en su consideración, para después materializar su aplicación al caso concreto, mediante la utilización de los métodos de interpretación disponibles; ello, permitía al funcionario, en principio, apoyarse en diferentes fuentes *auxiliares*, como la jurisprudencia o la costumbre, sin perder de vista el modelo *legicentrista* en el que ejercía sus competencias. Así, Jaime Araujo Rentería al citar a Hans Kelsen, indica que, en los sistemas jurídicos de derecho escrito, el juez al aplicar una ley a un caso concreto, goza de un marco interpretativo con más de una posibilidad de materialización y para adoptar su decisión puede hacer uso de los criterios auxiliares que le provee el sistema, pero, en último análisis, siguiendo el texto legal. (Araujo Rentería, 2001)

En este contexto, tradicionalmente se utilizó el método de interpretación exegético como procedimiento lógico suficiente para proporcionar decisiones en derecho a las situaciones particulares que debían decidir, sin que su arbitrio personal pudiera afectar la resolución del asunto. Así, la subsunción de la norma jurídica a una situación concreta debía proporcionar certeza, claridad y seguridad a los miembros de una sociedad necesitada de expresiones de poder legítimas. (Alvarado, 2013)

Sin embargo, la aplicación literal de contenidos normativos, en el sentido exegético decimonónico, generaba decisiones que en ciertas ocasiones no atendían los criterios de justicia

material inicialmente pretendidos por el creador de la norma superior, o aquellos que la sociedad demanda para el desarrollo democrático del conglomerado social. Así, es pertinente recordar asuntos de tutela que han sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, en los cuales, los jueces de instancia negaron la protección superior de derechos invocados por sujetos que conformaban una colectividad, bajo la excusa de que la acción de tutela no había sido creada para proteger derechos e intereses colectivos, siendo el mecanismo procedente para tales despachos, las acciones populares, conclusión a la que arribaban simplemente al realizar una interpretación literal de los textos normativos constitucionales, pero sin considerar si en esos eventos estaban en juego los derechos fundamentales de los integrantes del extremo activo (Corte Constitucional, 1997). Como resultado, la aplicación gramatical de la norma ocasionaba más inconvenientes que aquellos que pretendía solucionar, sin embargo, su observancia no podía evitarse, ni sus consecuencias dejarse de producir sin que ello mismo generase una omisión duramente castigada por el legislador. De allí, la célebre afirmación “*dura lex, sed lex*” que sirvió de fundamento en la educación de incontables generaciones de juristas.

De esta forma, la concepción en extremo legalista de interpretación exegética llevó a que el mundo del derecho se convirtiera en un espiral malsano en el cual, las más de las veces, el operador jurídico se veía obligado a aplicar mecánicamente la norma, como si se tratara de una herramienta hecha a medida y cuya validez y eficacia no podían cuestionarse, ni, menos aún, su alcance moderarse a través de un ejercicio hermenéutico diferente al proporcionado por el método exegético. (Suárez-Rodríguez, 2010)

Esta realidad, que gobernó la ciencia jurídica en los sistemas basados en la concepción romano germánica de derecho escrito hasta bien entrado el siglo XX, sufrió una crisis originada en la necesidad de encontrar mejores entornos en los cuales se desarrollasen adecuadamente los

derechos constitucionales de los asociados² (López D. , 2006). La exégesis, rígida y limitada, no permitía el acelerado desarrollo de los proyectos de vida que los individuos en un Estado de Derecho decidían acometer. Era necesario encontrar métodos de interpretación que la complementaran y que permitieran al operador jurídico adoptar sus decisiones considerando las aspiraciones superiores plasmadas en la Constitución, entendida como la norma fundamental del ordenamiento jurídico.

De esta manera, y gracias a i) los aportes provenientes de escuelas de interpretación anglosajonas³, así como ii) la entrada en escena del movimiento neoconstitucionalista⁴, la interpretación y aplicación del derecho tomaron un sentido diferente, pues se entendió que la norma jurídica solo encontraba su verdadero alcance en la medida en que se visualizase como parte de un sistema orientado a lograr los objetivos superiores definidos en la Constitución. De esta manera, el medio jurídico nacional presenció la entrada en escena de conceptos como la ponderación, los test de razonabilidad (con sus diferentes intensidades), la proporcionalidad, el control de convencionalidad, entre otros, cuya aplicación lograba una *armonización concreta* del ordenamiento jurídico en casos concretos, produciéndose así decisiones que satisfacen en mayor medida las necesidades de justicia material deseadas por el Constituyente del 91.

² La renovada concepción de la Constitución como norma de normas de contenido obligatorio y vinculante, cuya aplicación debía considerar aspectos adicionales a los estrictamente jurídicos hizo que los métodos de interpretación tradicionales debieran ser complementados con otras técnicas que consideraran el verdadero sentido y alcance de normas jurídicas superiores de contenido abierto, como los principios y los valores constitucionales.

³ Diego López Medina realiza un análisis completo del desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América a través de la cual se generalizó el uso de la técnica de la ponderación de principios y derechos, el test de proporcionalidad y sus intensidades, así como la del precedente. (López D. , 2006)

⁴ La incidencia del neoconstitucionalismo en la interpretación y aplicación del derecho, en particular, la relevancia de la dignidad de la persona humana, la normatividad de los principios y la reaproximación de la moral, son estudiados con extremo cuidado por Luis Roberto Barroso cuyo análisis parte del reconocimiento del valor normativo de la Constitución que supera la concepción europea de ser un texto político para convertirse en una verdadera norma de aplicación directa e inmediata. (Barroso, 2015)

El precedente judicial. Una breve aproximación al concepto y sus elementos

Una de las técnicas que pretende lograr la armonización concreta ya referida es el precedente judicial, propio de los sistemas jurídicos de tradición anglosajona o del common law. En virtud de este mecanismo jurídico, es posible aplicar una *regla de derecho* establecida por un órgano jurisdiccional con anterioridad a situaciones con “circunstancias fácticas” similares que ameriten la utilización de las mismas normas jurídicas en un *sentido similar*, considerando por supuesto que las particularidades de cada caso no los diferencien de manera tan sustancial, que dicha regla de derecho se torne inaplicable.

Para Duxbury, el precedente implica decidir sobre la base de lo que se hizo cuando el mismo asunto tuvo que resolverse en el pasado. Así, siguiendo al profesor de Cambridge, “el precedente es un evento pasado – en derecho el evento es casi siempre una decisión- que sirve como guía para la acción presente” (Duxbury, 2008). En consecuencia, resulta claro que i) no todo evento pasado constituye un “precedente”, y ii) para utilizar adecuadamente el precedente, resulta necesario utilizar una metodología o técnica que permita comprender por qué o cómo la situación (o decisión) pasada se encuentra conectada con las circunstancias presentes que demandan una resolución. Adicionalmente, al considerar la naturaleza y alcance de esta figura, no basta con estimar el valor de aquello que se decidió de una determinada forma en el pasado, sino también, tal como opina Frederick Shauer, implica comprender “cómo algo que hacemos hoy establece un precedente para el futuro” (Shauer, 1987).

En este punto, resultar particularmente aclaradora la posición del profesor Mortimer N. S. Sellers, quien, al referirse al concepto del precedente en el sistema judicial de los Estados Unidos de América sostiene que:

“el concepto del precedente en los Estados Unidos es simplemente el reconocimiento de que las decisiones judiciales tienen fuerza de ley y deben ser respetadas, no solo por los litigantes en casos particulares, sino también por el gobierno, el público, los abogados y (en la mayoría de los casos) por las mismas cortes. Las cortes usualmente respetan sus líneas internas de autoridad, de tal forma que la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene la última palabra en casos federales y constitucionales, seguido por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, seguido por las Cortes de Distrito de los Estados Unidos y así respectivamente. Las Cortes de cada Estado tienen una jerarquía similar, la cual culmina en una Corte Superior, cuyos precedentes son observados por todos los tribunales subordinados.” (Sellers, 2006)

Cross y Harris sostienen que el uso del precedente no excluye la consideración de otras fuentes del derecho en el sistema jurídico inglés, dado que el principio de soberanía del parlamento continúa vigente. Sin embargo, afirman los citados autores, en el sistema de administración de justicia británico es innegable el principio según el cual los “casos similares deben ser decididos de manera similar” y, en consecuencia, “un juez tiene la tendencia a decidir un caso de la misma forma como fue decidido un caso similar por otro juez” (Cross & J.W., 1991)

En un sentido similar, el profesor de la universidad de Yale, Jan G. Deutsch, sostenía que el precedente “es una decisión previa que constituye una analogía relevante para la situación puesta en consideración de la corte.” (Deutsch, 1974), afirmación de la cual, tal como lo ilustra el desaparecido jurista, puede concluirse que lo *determinante* es establecer si el precedente resulta

relevante al caso que debe decidirse en el presente⁵. En este contexto, esto es, la relevancia del precedente para el caso concreto que debe decidirse, sostiene Deutsch que encontrar el significado y sentido de esta figura implica tener en cuenta la “importancia que el contexto temporal tiene, como quiera que al utilizar el precedente, éste no puede ser excluido de su contexto, y en tanto creamos un precedente, por opción, entre posibles bases teóricas de decisión, debemos tratar de anticipar su relevancia futura.” (Deutsch, 1974)

Ahora bien, es importante tener claro un contenido principal respecto del uso del precedente: si bien al utilizarlo se consideran circunstancias que guardan algún tipo de relación o similitud desde el punto de vista fáctico⁶, en último análisis, lo que se pretende utilizar es la *regla del precedente* que se usó en un caso anterior, y, en este sentido, determinar cuál es “la” regla de precedente adecuada o aplicable tiene una estrecha relación con las palabras y el lenguaje que se utilizó al momento de su formulación, dado que, tal como lo afirma categóricamente Frederick Shauer, “(...) dicho lenguaje será tratado posteriormente como una regla específicamente formulada”. (Shauer, 1987). Así, el operador jurídico estará vinculado a la regla de precedente en tanto norma pronunciada al decidirse un caso anterior, frente a la cual, aunque se sienta compelido a rehusar su aplicación en virtud de consideraciones de orden valorativo – personales, tiene la obligación de aplicarlo en razón a su *peso argumentativo* y *valor normativo*, al proveer la

⁵ El estudio realizado por el profesor de la escuela de derecho de la universidad de Yale consideró la decisión adoptada por un tribunal en la disputa entre la Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul, Director of the Department of Agriculture of California, basada en la discusión desarrollada en el caso Panama Refining Co. v. Ryan en la cual se consideró como precedente la inconstitucionalidad de una delegación legislativa hecha por el Congreso al Presidente de la República. La cuestión resulta interesante dado que, al realizar un análisis inicial de las dos situaciones se podría concluir que los casos, en principio, no tienen una similitud fáctica evidente (uno refiere a la limitación para el comercio de aguacates en el estado de California y el otro versó sobre el poder del ejecutivo para disponer del comercio de los excedentes de petróleo y sus derivados en el mercado interno e internacional), sin embargo, al ponderar los argumentos principales que los litigantes esgrimieron en las situaciones comparadas, se llegó a la conclusión de su relevancia para los efectos de la aplicación del precedente.

⁶ El uso del precedente no puede reducirse a un tratamiento equitativo de dos situaciones asimilables desde el punto de vista fáctico, dado que, tal como afirma Shauer, “No existen dos eventos exactamente iguales. Para que una decisión sea un precedente para otra no se requiere que los hechos de los dos casos sean absolutamente idénticos. (...) Debemos, por lo tanto, dejar el reino de la absoluta identidad. Una vez lo hagamos, sin embargo, es claro que la relevancia de un anterior precedente depende de cómo caractericemos los hechos relevantes del caso anterior.” (Shauer, 1987)

mejor decisión posible, de acuerdo a estándares de justicia material deseados por el orden constitucional vigente.

Siguiendo este orden discursivo, puede concluirse entonces que la aplicación de un precedente depende de i) la identificación de los hechos relevantes para la asimilación respecto del caso que motivó la decisión anterior, y, ii) unas *reglas de relevancia* (o estándares de justicia material) que se extraen de la decisión que constituye el precedente aplicable al caso a decidir, las cuales, de acuerdo con el profesor de Yale ya citado, “en sí mismas son contingentes y dependen del tiempo y la cultura”. (Shauer, 1987)

Tal como puede apreciarse, la utilización de la técnica del precedente representa un gran esfuerzo en razón a las posibilidades argumentativas que plantea su aplicación a nuevas situaciones. Esta circunstancia puede producir incertidumbre tanto para el responsable de la decisión como para la sociedad en general, dado que, en determinados eventos, pese a existir precedentes aplicables, no sería posible anticipar una decisión en derecho que representara la unanimidad de los participantes en el debate. Así, estudios especializados⁷ relacionados con las alternativas que pueden adoptarse al utilizar un precedente en la resolución de un caso demuestran que en cada situación, el órgano judicial tiene (por lo menos) tres posibilidades o cursos de acción: o bien puede i) directa y explícitamente adoptar su decisión basado en un determinado precedente otorgándole fuerza de autoridad normativa y, por lo tanto, interpretándolo *positivamente*, o, puede ii) interpretarlo *negativamente* utilizando para ello un ejercicio lógico que permita a) distinguirlo (*distinguishing*), evitando la aplicación de la regla de precedente al encontrarla inaplicable, o b) limitarlo (*limiting*) al encontrar un sentido legal más

⁷ Algunos de los estudios relacionados con la interpretación del precedente son los adelantados por Lawrence M. Friedman y Robert A. Kagan en 1981 denominado "State Supreme Courts: A Century of Style and Citation" en Stanford Law Review, así como los de William M. Landes y Richard A. Posner en 1976 bajo el título "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis" contenido en Journal of Law and Economics; en un sentido similar, el análisis de John Henry Merryman en 1977 titulado "Toward a Theory of Citations: An Empirical Study of the Citation Practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970" en Southern California Law Review.

restringido del precedente en cuestión, o bien, c) anularlo (*overruling*), al declarar que dicho precedente no constituye una norma legal en lo sucesivo; por último, el órgano o funcionario puede iii) abstenerse de otorgarle una interpretación legal al precedente, lo que le restaría cualquier valor normativo y, por lo tanto, no existiría fundamento para su utilización en absoluto para el caso concreto que deba decidirse, lo que impide, por lo tanto, estructurar una opinión legal de él⁸. (Spriggs & Hansford, 2002) Adicionalmente, el mayor o menor consenso con el cual se adopta una decisión que formula una regla de precedente influye en su legitimidad, y, por lo tanto, en la probabilidad de que sea o no adoptado con facilidad en futuras oportunidades tanto por el mismo órgano como por sus inferiores (Richard & Lawrence, 1992) y, en este sentido, Spriggs y Hansford, sostienen que un precedente está cada vez en mayor riesgo de ser anulado por la Suprema Corte si fue adoptado por opiniones concurrentes y fue decidido por con una coalición mínima. (Spriggs & Hansford, 2002)

En consideración a las posiciones ilustradas, puede afirmarse que el precedente y su utilización, implican el ejercicio de una o varias posiciones razonablemente argumentadas por quien lo invoca, así como por quien lo aplica a un caso en particular. Así, una teoría que pretenda explicar aquello en lo que consista el precedente, necesariamente, tiene que comprender una teoría de la argumentación y, en este sentido, puede afirmarse al lado de Shauer que “un llamado

⁸ Resulta pertinente recordar para los efectos de este aparte, la forma en que la Corte Constitucional se ha referido a las posibilidades de aplicación judicial del precedente, particular lo señalado en la sentencia SU – 047 de 1999 en la cual expresó “Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez posterior “distingue” (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara.” (Corte Constitucional, 1999)

al precedente es una forma de argumento, y una forma de justificación, la cual es a menudo tanto persuasiva como penetrante” (Shauer, 1987).

El precedente en Colombia. Breve descripción de un devenir con algunos obstáculos.

Antes de la entrada en vigencia del actual sistema constitucional, ni la jurisprudencia ni el precedente merecían un lugar relevante para la acción concreta de las autoridades públicas, en especial, las que ejercían función administrativa, como quiera que el centro de gravedad de la acción estatal estaba definido por la aplicación literal de la ley, entendida como la norma jurídica producida por los órganos con la competencia normativa correspondiente. Es por ello que Diego López sostiene, al comentar la situación de la jurisprudencia antes de la entrada en vigencia del nuevo orden constitucional, que “las citas jurisprudenciales usuales buscaban ilustrar la elaboración conceptual de las instituciones jurídicas, exigiendo así coherencia conceptual, pero no necesariamente decisional entre los casos.” (López D. , 2016) Esta situación era tan evidente, que fue el mismo legislador el que fijó el máximo alcance de las decisiones jurisdiccionales, mediante la construcción de la figura de la Doctrina Probable (Hernández N. , 2002), concepto que no revestía un carácter obligatorio y vinculante definitivo, como quiera que le estaba dado al juez de inferior categoría apartarse de la posición definida por la corte de cierre si cumplía con una carga argumentativa mínima pero suficiente.

En este contexto, resulta lógico sostener que, si la doctrina probable no constituía un parámetro de conducta obligatoria ni siquiera para los órganos judiciales subordinados a la corporación que la adoptó, mucho menos podrían las autoridades administrativas invocar su aplicación de manera directa, no solo porque su gestión se entendía definida exclusivamente por la ley, sino también porque la manera como se había concebido el ejercicio de su función era totalmente ajena al contenido de la decisión jurisdiccional; recuérdese que la tradición del

sistema jurídico colombiano imperante bajo el anterior régimen constitucional obligaba al funcionario administrativo a observar exclusivamente el texto legal, lo que negaba de entrada la posibilidad de ejercer cualquier competencia administrativa bajo la guía de la interpretación de la ley hecha por un órgano de naturaleza jurisdiccional. (Corte Constitucional, 1999)

Por ello, conviene precisar que la técnica del precedente se ha implementado en el medio jurídico colombiano gracias a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y al papel protagónico de la Corte Constitucional (López D. , 2016), mediante el ejercicio de sus dos funciones principales: i) el control abstracto de constitucionalidad de los actos específicamente señalados en el artículo 241 de la Constitución Política, así como por ii) el ejercicio de la función superior de revisión de los fallos de tutela en virtud del cual fija los criterios de unificación jurisprudencial que deben seguir los órganos de la jurisdicción constitucional al decidir los asuntos de su competencia (Mantilla, 2011).

Hoy en día, la realidad es otra como quiera que los cambios acaecidos con ocasión de la entrada en vigencia del nuevo orden constitucional, han transformado de tal manera el sistema de fuentes del derecho en Colombia, por lo que es posible afirmar que en la actualidad el ejercicio de la función administrativa debe realizarse principalmente observando los precedentes jurisprudenciales definidos en las decisiones de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contencioso administrativa, aunque dicho comportamiento *en principio* evidencie una contradicción con determinada norma jurídica. (López D. , 2015).

Ahora bien, para el efecto de describir el desarrollo que ha tenido la figura del precedente en el sistema jurídico colombiano, resulta bastante ilustrativo el esfuerzo académico de un sector de la doctrina nacional cuyo estudio se ha orientado a identificar y explicar la serie de sentencias de

constitucionalidad y revisión de tutela que ha proferido la Corte en desarrollo de la línea jurisprudencial correspondiente.

Así, los profesores Diego López y Manuel Quinche han elaborado completísimos trabajos al respecto mediante los cuales es posible lograr una visión completa de la historia de la jurisprudencia constitucional producida con el fin de establecer el papel y valor del precedente en el ordenamiento jurídico nacional, sirviéndose del análisis de las decisiones judiciales relevantes, e identificando los periodos determinantes en la corta vida del máximo tribunal de la jurisdicción constitucional dentro de los cuales se han producido tales sentencias. Dichos estudios comprenden también el análisis de las normas que ha producido el legislador con el fin de regular la materia, así como los pronunciamientos de constitucionalidad que se han producido en ejercicio del control abstracto correspondiente.

El profesor Manuel Fernando Quinche realiza su análisis partiendo de la distinción de dos grandes periodos en los cuales la Corte Constitucional produjo decisiones clave con el fin de establecer un diálogo constructivo con la sociedad frente a la obligatoriedad y aplicación del precedente. Así, identifica dos lapsos importantes en la jurisprudencia de la Corte; el primero va desde i) el inicio de funciones del tribunal constitucional y hasta la primera anualidad de este siglo, y el segundo ii) desde la producción de la sentencia C-836 de 2001 y hasta la fecha. Así mismo, señala dos iniciativas legislativas mediante las cuales el Congreso de la República, según su opinión, trató de disminuir la obligatoriedad del precedente *constitucional*, ambas contenidas precisamente en la ley 1437 de 2011 mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (Quinche, 2016)

Por su parte, Diego López Medina estudia el fenómeno coincidiendo con Quinche en cuanto a la distinción de los periodos que han marcado la vida de la Corte Constitucional respecto a la

obligatoriedad del precedente jurisprudencial, pero analizando cómo las reglas consolidadas hasta el 2001 se han expandido a la jurisdicción ordinaria, para lo cual analiza la década comprendida entre 2005 y 2015 concentrándose en las decisiones de la Corte Constitucional que se han proferido con el fin de garantizar la coherencia en la aplicación del precedente y asegurar su vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. (López D. , 2016)

Ahora bien, con el fin de ampliar el análisis de los periodos señalados por los profesores Quinche y López, es necesario indicar que en lo que respecta al periodo comprendido entre 1896 y 1995, la utilización de la jurisprudencia se redujo al concepto de la doctrina probable, en razón a la definición normativa que de dicha figura hizo el legislador mediante el artículo 4 de la ley 169 de 1896, según el cual:

“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.”

(CongresodelaRepública, 1896)

Durante este periodo, tal como ya se indicó, el uso de la jurisprudencia por parte de los abogados y funcionarios, no pretendía vincular la decisión de la autoridad, sino ampliar o aclarar las posiciones jurídicas sobre las cuales se fundaba su ejercicio profesional en un caso concreto. (López D. , 2016)

Posteriormente, en el lapso comprendido entre 1995 y 2001, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, al interpretar el principio constitucional de la igualdad, empezaron a indicar la obligación de los servidores y los particulares de “aplicar las normas jurídicas de conformidad a la interpretación estable que de ellas hicieran los jueces” (López D. , 2016) con el fin de respetar

el derecho de los ciudadanos a recibir de las autoridades públicas que los gobiernan un verdadero trato igualitario, coherente con decisiones similares que se hubieran decidido con anterioridad. Sin embargo, en lo que a control de constitucionalidad se refiere, los pronunciamientos no siempre expresaron el sentido y claridad respecto a la fortaleza del precedente y su aplicación. De hecho, algunas providencias, como la C – 131 de 1993, no transmitieron una idea clara respecto del valor de las decisiones judiciales como fuentes formales del ordenamiento jurídico. En efecto, en la citada sentencia se expresó que “(l)a 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.” (Corte Constitucional, 1993) Este tipo de decisiones pusieron en evidencia una falta de uniformidad de criterio al respecto, manifestada incluso por la propia Corte en la sentencia C – 252 de 2001, frente a la cual, en palabras del profesor Carlos Bernal Pulido, “Se ha tratado de una evolución sinuosa y zigzagueante que (...) se ha movido entre dos polos, dos posturas sobre el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional, a saber, la postura “tradicional” y la “reformadora”” (Bernal Pulido, 2005)

Este periodo culmina de manera determinante con un pronunciamiento icónico en lo que respecta al desarrollo del papel del precedente como elemento característico del actual sistema jurídico colombiano, la sentencia C-836 de 2001, que a su vez cita como fundamento de la aplicación del precedente jurisprudencial a las sentencias T-123 de 1995, C – 037 de 1996 y SU – 047 de 1999.

En la sentencia T-123 de 1995, aunque la Corte afirma que la jurisprudencia solo ostenta el lugar de criterio auxiliar dentro del ordenamiento jurídico nacional, sostiene que el juez, al aplicar las normas jurídicas a casos similares, tiene el deber de dar un trato igualitario a tales

situaciones, circunstancia que, al armonizarse con el principio a la independencia judicial, permite al operador judicial aplicar sus propios precedentes o apartarse de ellos, ofreciendo una razón amparada por un ejercicio argumentativo suficiente. En efecto, se expone en la citada providencia que

“(1)a Corte Constitucional repetidamente ha señalado que se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Se pregunta la Corte si este principio se viola por el juez que resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura).”

“(...)”

“Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez está normativamente vinculado por los dos principios - igualdad e independencia judicial -, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.”

“La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos

sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente.” (CorteConstitucional, 1995)

La cita en extenso de la decisión atrás identificada se justifica si se considera la claridad con la cual la Corte logra la interpretación armónica de dos principios constitucionales son determinantes en la aplicación de las normas jurídicas y el respeto por el precedente: independencia judicial e igualdad.

Por su parte, la sentencia C – 037 de 1996, mediante la cual se realizó la revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria número 58 de 1994 del Senado de la República y 264 de 1995 Cámara de Representantes cuyo objeto se centraba en la regulación de la administración de justicia, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional expuso con claridad y suficiencia los conceptos integrantes de las sentencias judiciales cuyo estudio permiten identificar los precedentes vinculantes a decisiones posteriores, bajo el criterio de cosa juzgada constitucional. Así, aunque no los denominó con precisión, expresó que los contenidos directamente vinculados con la parte decisoria de la sentencia constituyen criterio obligatorio para futuras decisiones, aunque aclaró que en determinadas situaciones puede el juez apartarse de tales reglas si se realiza una exposición razonada al respecto. En este sentido indicó

“De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1o. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente

hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.”

(CorteConstitucional, 1996)

Por último, en lo que respecta a las decisiones relevantes citadas en la sentencia C-836, se encuentra la providencia de la Corte Constitucional SU – 047 de 1999, en la cual la Corporación precisó el alcance de las expresiones *Ratio Decidendi*, *Obiter Dictum*, así como el alcance de la técnica específica para la adecuada aplicación del precedente que se utiliza en los sistemas del *Common Law*, llamada *Distinguishing* a la que este escrito se refirió previamente.

En lo que guarda relación con el último periodo relevante del desarrollo del precedente en Colombia, esto es, el comprendido entre el año 2001 y el 2015, deben señalarse dos fenómenos importantes: i) la profundización de la doctrina del precedente obligatorio no solo en lo que respecta a la jurisprudencia constitucional, sino también la extensión del fenómeno a las demás jurisdicciones, de manera que hoy en día, las cortes de cierre de cada especialidad dedican su función de unificación a establecer precedentes obligatorios para los órganos judiciales subordinados; y, ii) la promulgación de leyes que han elevado a rango normativo legislativo la figura, reiterando su poder vinculante, tal como sucedió al promulgarse las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011.

En este sentido, conviene indicar el reciente estudio de Diego López Medina, titulado “Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial” en el que se expone con la acostumbrada claridad del Profesor de la Universidad de los Andes, cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha orientado a producir decisiones que, por vía de acción de tutela, profundicen el concepto de valor obligatorio del precedente en los eventos de violación al debido proceso ocasionado por decisiones de otros órganos jurisdiccionales. Esta posición ha originado y consolidado una línea jurisprudencial clara respecto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. (López D. , 2016)

El fenómeno, sostiene el autor citado, ha ocasionado el que “la Corte (haya) pronunciado sentencias en la que muestra su irritación frente a violaciones injustificadas del precedente, tanto horizontal como vertical, y reitera las bases de la doctrina de obediencia relativa que vincula a los jueces en sus decisiones” (López D. , 2016) Dichos pronunciamientos⁹, usualmente proferidos en sede de revisión de tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia (aunque las decisiones revisadas provienen de diferentes órganos de la jurisdicción ordinaria), originaron el episodio denominado por la prensa nacional como “choque de trenes”¹⁰.

Por otro lado, es necesario comentar que el desarrollo jurisprudencial que se ha anotado de forma resumida en las líneas precedentes, tuvo un impacto normativo fuerte mediante la promulgación de las leyes 1395 de 2010, por la cual se adoptaron medidas en materia de descongestión judicial, y la 1437 de 2011, mediante la cual se promulgó el Código de

⁹ Algunas de las sentencias a que se refiere el profesor López Medina son las SU – 120 de 2003, T – 698 de 2004 y T – 292 de 2006.

¹⁰ Esta expresión se ha utilizado en diferentes oportunidades para describir el enfrentamiento entre las altas cortes cuando profieren decisiones con diferentes alcances respecto de situaciones que, en principio, deberían merecer un tratamiento uniforme. Así mismo, se refiere al efecto que se ocasiona en virtud de la orden de la Corte Constitucional de dejar sin efectos las decisiones de la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado. En este sentido, ver “Choque de trenes de Corte Suprema y Constitucional por megapensiones”, Diario El Tiempo, 14 de marzo de 2014, disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13656756>, o “choque de trenes”, Revista Semana, 17 de junio de 1996, disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/choque-de-trenes/29135-3> También resulta bastante ilustrativo el artículo de opinión del profesor Mauricio Martínez en la Publicación de la Unidad de Medios de Comunicación -Unimedios- de la Universidad Nacional de Colombia bajo el nombre “Los conflictos entre las altas Cortes” disponible en <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/113/05.html>

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, disposiciones que elevaron a rango legislativo el concepto del precedente jurisprudencial, lo que significó un avance en el papel y consideración de la figura dentro del sistema jurídico colombiano.

En lo que respecta a la ley 1395 de 2010, debe indicarse el interés del legislador de profundizar en criterios de igualdad ante situaciones que merezcan el mismo trato jurídico, en asuntos relacionados con la seguridad social, responsabilidad del Estado y aspectos tributarios, al obligar a las autoridades administrativas a “tener en cuenta” los “precedentes jurisprudenciales” que se hubieran proferido en más de cinco casos. En efecto, el artículo 114 de la citada ley estableció:

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

De esta forma, el legislador pretendió, sin lugar a dudas, otorgar fuerza normativa a los precedentes que pudieran identificarse cuando los órganos judiciales competentes de la jurisdicción ordinaria o administrativa profirieran por lo menos cinco sentencias motivadas en situaciones similares. El objetivo perseguido era el de descongestionar el aparato judicial, al permitir a los operadores administrativos aplicar tales precedentes si las condiciones fácticas del

problema lo permitían, de manera que los interesados no tuvieran que acudir a la jurisdicción para obtener una decisión en su favor. (López D. , 2016)

En un sentido similar, la ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) amplió la posibilidad de aplicar este precedente de “descongestión” mediante la creación de un procedimiento especial de petición que se inicia en sede administrativa y que puede concluir ante el mismo Consejo de Estado para establecer si el peticionario tiene o no el derecho que se ha reconocido a otra persona en una “sentencia de unificación” previamente proferida por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa.

Este avance legislativo es el que reviste mayor importancia para la comprensión respecto del avance de la figura jurídica del precedente, así como para los efectos de la presente investigación. Lo anterior, en razón a que su entrada en vigencia supuso, como ya se anotó, la incorporación al escenario legislativo de un alcance especial del precedente determinado por la creación en el contexto de la jurisdicción contencioso administrativa de las denominadas “sentencias de unificación”, cuya esencia está vinculada al también novedoso en el medio colombiano “procedimiento de extensión de la jurisprudencia” así como con el deber de las autoridades administrativas de la aplicación uniforme de la jurisprudencia.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo definió el carácter de las sentencias de unificación de la siguiente forma:

“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.” (Congreso de la República, 2011)

Esta norma eleva a rango legislativo el desarrollo histórico de la figura del precedente antes referenciado, al reconocer que determinadas sentencias del Consejo de Estado proferidas al pronunciarse respecto de determinados asuntos (de la mayor importancia para las autoridades administrativas) puede unificar criterios jurisprudenciales en la forma de verdaderos precedentes, susceptibles de ser aplicados por vía de extensión a personas que no participaron en el proceso judicial dentro del cual se debatieron los litigios que dieron lugar a su expedición, en razón a lo dispuesto en los artículos 102 y 269 del mismo Código.

Esta categoría de sentencias, vinculadas al deber de decisión uniforme de las autoridades¹¹, pretenden materializar el principio de igualdad en el contexto del Estado Social de Derecho directamente relacionado con la función creadora de derecho del juez y los criterios de justicia material. Por ello, se ha sostenido que “(e)l estudio de las sentencias de unificación jurisprudencial no se circunscribe a las normas de la segunda parte del CPACA, que regulan ese tipo de providencias, sino que debe extenderse a las disposiciones de la primera parte de dicho código que se refieren al derecho de los ciudadanos a la igualdad y, particularmente, a recibir el mismo trato en la aplicación del ordenamiento jurídico” (Consejo de Estado, 2014)

¹¹ Así se ha sostenido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al señalar que “En consecuencia, las sentencias de unificación jurisprudencial no quedan limitadas a la fijación de precedentes verticales para los jueces y tribunales, sino que se proyectan al ámbito de la actividad de la administración, obligada por virtud del principio de legalidad a tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en las que se ha fijado el alcance de las normas aplicables al caso concreto.” (Consejo de Estado, 2014)

Esta utilización del precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de unificación del Consejo de Estado se refuerza además gracias a la consagración legal de un mecanismo procesal especial que, bajo la forma de un recurso extraordinario, pretende garantizar el acatamiento de las reglas de derecho establecidas en tales sentencias por parte de los órganos judiciales de menor rango; este instrumento es, precisamente, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, que, en virtud de lo consagrado en el artículo 258 del CPACA, se abre paso “cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.” (Congreso de la República, 2011)

El transcurrir de este último periodo del desarrollo del precedente en el sistema jurídico colombiano, esto es, aquel en el cual el legislador elevó a rango normativo claro esta figura, se cierra con los pronunciamientos que en sede de control de constitucionalidad ha proferido la Corte Constitucional respecto de los artículos 114 de la ley 1395 de 2010 y 10 de la ley 1437 de 2011.

En tales pronunciamientos, proferidos mediante las sentencias C – 539 de 2011 y 634 del mismo año, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional reiteró el peso específico que tiene el precedente en el renovado sistema de fuentes del ordenamiento colombiano y su observancia obligatoria tanto por autoridades judiciales como administrativas. Estas providencias establecieron reglas específicas que complementaron el adecuado alcance de los precedentes de “descongestión” creados por las citadas disposiciones normativas, en virtud de las cuales, las autoridades, en aquellos eventos en los cuales deban dar aplicación a los precedentes establecidos por los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa (según el caso) siempre están

obligados a considerar los precedentes constitucionales proferidos por la Corte Constitucional que hayan sido proferidos al interpretarse las normas jurídicas que deban aplicar al caso concreto. Así, en los términos de la honorable Corte Constitucional se decidió la constitucionalidad del artículo 10 de la ley 1437 de 2011 que “...por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia” (CorteConstitucional, 2011)

Ahora bien, expresado de forma general el contenido del concepto del precedente y su desarrollo en el sistema jurídico colombiano, corresponde realizar un estudio sobre las diferentes clases de precedente aplicables en Colombia, a efectos de valorar en un capítulo posterior su relación con la elaboración de las políticas públicas sobre prevención de daño antijurídico, así como la metodología que debería seguirse a efectos de su adecuada incorporación en dichos lineamientos generales.

Tipos de precedentes jurisprudenciales en el sistema jurídico colombiano

Pese a su “reciente” incorporación en la práctica jurídica nacional, el precedente jurisprudencial ha gozado de diferentes análisis desde la doctrina local, cuyas consideraciones van desde su noción, alcance y características, hasta la descripción de los procedimientos utilizados para su producción y aplicación, e incluso, las ventajas o desventajas de su utilización en un sistema jurídico de derecho escrito como el colombiano.

En este sentido, y además en razón a que el objeto del presente trabajo no refiere específicamente al análisis de la figura del precedente jurisprudencial, no se desarrolla con

mayor profundidad los aportes doctrinarios en dichos temas, más allá de lo anotado en el acápite precedente. Sin embargo, se considera pertinente poner de presente la existencia de diferentes tipos o clases de precedente jurisprudencial susceptibles de ser identificados en las decisiones judiciales, para su posterior utilización, tanto en el litigio y decisión de nuevos asuntos, como en la propia formulación de políticas públicas, como sucede en la prevención del daño antijurídico. Dichas categorías pueden identificarse de acuerdo a i) el órgano jurisdiccional que lo produce y ii) el objetivo que pretende lograrse con la creación de la regla de derecho que se establece en cada decisión.

Tal como ya se ha puesto en evidencia, en la doctrina nacional, los estudios más amplios desarrollados en torno a la figura del precedente jurisprudencial son, sin duda, los elaborados por el profesor Diego López Medina, cuyos trabajos intelectuales se inclinan por identificar la naturaleza y aplicación del precedente judicial como técnica que concreta las normas jurídicas “preinterpretadas”. En este sentido, y con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional, el profesor López sostiene que es posible identificar en cada decisión judicial tres argumentos que expresan ideas especiales en relación con los postulados que deben ser observados con posterioridad para la aplicación del precedente. Dichos contenidos son la *ratio decidendi*, el *obiter dictum* y el *decisum*. (López D. , 2006)

En este sentido, es necesario iniciar el estudio de estas categorías identificando los elementos intrínsecos de las sentencias y cuáles de ellos constituyen un precedente aplicable; dichas categorías han sido explicadas por la jurisprudencia de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

“(el precedente) *está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración*

del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso.” (CorteConstitucional, 2008)

Y en el mismo sentido, la Sala Novena de Revisión de la misma Corporación, al realizar el enlace entre el precedente y la *ratio decidendi* aclaró

“que la ratio decidendi “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella.”

(CorteConstitucional, 2007)

Conviene entonces, tener presente que la vinculación que la decisión adoptada en una situación particular por parte de un órgano jurisdiccional es obligatoria para situaciones posteriores que compartan las mismas condiciones de hecho¹², siempre que dichas circunstancias ameriten la aplicación de la *regla* establecida en el precedente. Así, circunstancias fácticas (hechos) y regla de derecho (*ratio decidendi*) aparecen directa e inescindiblemente vinculadas al momento de identificar el precedente jurisprudencial aplicable a las nuevas situaciones.

Dispuestos como están, los elementos esenciales del concepto de precedente jurisprudencial, el esfuerzo racional que se adelantará en las líneas que siguen, será el de identificar los tipos de precedente jurisprudencial que se pueden producir por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, con el fin de adelantar una clasificación que a su vez permita establecer la metodología

¹² Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado como condiciones de para la aplicación de un precedente a situaciones de hecho nuevas “sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.” (CorteConstitucional, 2006)

que debería aplicarse a efectos de garantizar su implementación en las políticas públicas de prevención del daño antijurídico.

En primer término, debe establecerse las características de los precedentes contenidos en las sentencias emanadas del máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Al respecto, resulta necesario indicar que la jurisprudencia de la Corte ha establecido con significativa suficiencia el contenido obligatorio que sus decisiones tienen para los actores de la sociedad colombiana, gracias a la producción de una línea jurisprudencial clara respecto al papel que los pronunciamientos judiciales tienen para la vigencia del ordenamiento jurídico. Parte de esa visión se refirió de manera general en el anterior acápite de este capítulo.

Ahora bien, y tal como se ha definido con amplitud por la propia jurisprudencia constitucional en las decisiones antes comentadas, los argumentos que conforman la *ratio decidendi* son las razones mismas de la decisión con base en las cuales el juez constitucional adopta la decisión (*decisum*) en cada caso particular. Así, mientras ésta conforma la cosa juzgada explícita de la sentencia, aquella compone la cosa juzgada implícita. Uno y otro argumento se encuentran estrechamente vinculados de forma tal que no puede desconocerse con posterioridad. (CorteConstitucional, 1996)

Por su parte, los argumentos conocidos como *obiter dictum*, conforman construcciones lógicas que crean un contexto para el discurrir del juez hacia la decisión, pero no sirven de fundamento concreto, razón por la cual no pueden citarse como parámetro obligatorio de decisiones posteriores, en otros términos y a diferencia de lo que sucede con la *ratio decidendi* y el *decisum*, no constituyen reglas de precedente jurisprudencial que puedan servir para adoptar decisiones concretas con posterioridad.

En este sentido, y al dar aplicación a estos contenidos, el profesor Diego López logra distinguir entre precedente constitucional, precedente ordinario y precedente de descongestión; el precedente constitucional es el proferido por la Corte Constitucional mediante sus providencias, por su parte, en el precedente ordinario se deben incorporar los relativos a las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de casación, mientras que el denominado precedente de descongestión, corresponde a los incluidos en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en los términos analizados en la última parte del acápite anterior de este documento. (López D. , 2016)

Los anteriores conceptos también son analizados por el profesor Quinche mediante la recapitulación de las sentencias de la Corte Constitucional que los definen de la manera más concreta, pero haciendo énfasis en que el uso del precedente concreta el derecho a la igualdad de trato que debe garantizarse a los asociados frente a las decisiones de las autoridades judiciales. Así, dadas unas condiciones de hecho similares, lo razonable y proporcional, es dar un trato igualitario o equivalente a las personas. La técnica del precedente materializa esta garantía constitucional directamente vinculada con el debido proceso, que, al ser utilizada con disciplina, garantiza la materialización de la seguridad jurídica en el Estado de Derecho.

En consecuencia, sostiene Quinche que

“para establecer si un fallo es el precedente aplicable en un caso concreto, es necesario verificar tres cuestiones:

- a) La existencia de una semejanza entre los hechos relevantes característicos de los dos casos, el anterior y el que se va a decidir.
- b) Si la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior resulta adecuada para el nuevo caso que se examina.

- c) Si la regla fijada en el pronunciamiento anterior ha cambiado o evolucionado, o si por el contrario, se mantiene como la doctrina sostenida por la Corte.” (Quinche, 2016)

Estas premisas sirven para los efectos del presente estudio por dos razones relevantes pues i) permite analizar cuáles de las reglas contenidas en una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado constituyen precedente jurisprudencial aplicable, y, ii) servirá como parámetro para establecer si en la formulación de las políticas de prevención del daño antijurídico se han tenido en cuenta las reglas jurisprudenciales establecidas por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa.

De esta forma, es razonable afirmar que la aplicación de una regla de precedente contenida en una *ratio decidendi* definida en una sentencia de control abstracto de constitucionalidad o de revisión de tutela, la cual a su vez puede producir una o varias sub-reglas jurisprudenciales, depende de la equivalencia de los hechos que comparta la situación que se pretende decidir respecto de aquella en la cual, al decidirse el conflicto, se estableció la regla de precedente correspondiente.

Obsérvese cómo en las decisiones de constitucionalidad se presenta una realidad diferente a aquella que se materializa en las decisiones de unificación proferidas por el Consejo de Estado en relación con los hechos que sirven de base para la aplicación de las reglas jurisprudenciales pertinentes y que sirven de fundamento en la diferenciación entre “precedente constitucional” y “precedente de descongestión”, por utilizar el término presentado por el profesor López Medina (López D. , 2016).

La anterior afirmación se basa en comprender que en el caso de las sentencias de unificación del Consejo de Estado ha sido la misma ley la que definió que la aplicación extensiva de tales decisiones procede “en los mismos supuestos fácticos”, mientras que para la jurisprudencia

constitucional no solo no existe dicha estipulación legal, sino que le corresponde al juez constitucional establecer si las circunstancias fácticas son equiparables, aunque no idénticas.

Esta distinción es importante, en la medida en que limita y direcciona la actividad del órgano jurisdiccional que establece el precedente, así como de la autoridad o el particular que está llamado a aplicarlo. Recuérdese que las sentencias de unificación han sido establecidas de manera taxativa por el legislador en el artículo 270 del CPACA, y su valor fundamental para el legislador es el de fijar los criterios judiciales previamente establecidos por diferentes pronunciamientos de la jurisdicción con el fin de hacer más coherente la administración de justicia en lo contencioso administrativo. (Hernández A. , 2011)

Así, mientras la autoridad que pretenda dar aplicación al precedente de descongestión¹³ debería partir de la identificación de condiciones fácticas para establecer la procedencia de la regla jurisprudencial, la autoridad que requiere de la aplicación de un precedente constitucional, debe establecer primero las razones por las cuales la regla de precedente puede servir para la solución del litigio, aunque los supuestos fácticos no sean idénticos. En este sentido, piénsese por ejemplo en la regla jurisprudencial que sirve para garantizar la vigencia del derecho a la igualdad: aunque las situaciones de discriminación pueden estar originadas en diferentes circunstancias de hecho (sexo, orientación sexual, raza, condiciones socio económicas, entre otras), su aplicación es constante y reiterada, gracias al análisis que realiza la autoridad respecto de su coherencia con los principios y fines constitucionales.

A lo anterior, debe agregarse la complejidad que enfrenta el operador jurídico al establecer el tipo de precedente que debe aplicar, ya que luego de la revisión de constitucionalidad de las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que

¹³ Se hará referencia a este tipo de precedente bajo la expresión “de unificación” en la medida en que se encuentra contenido en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado bajo los criterios establecidos en el artículo 270 del CPACA.

sirven de fundamento al denominado precedente de descongestión a las que se hizo alusión con anterioridad, la Corte Constitucional concluyó que el entendido constitucional de dichas disposiciones obliga al intérprete a considerar, antes de los precedentes contenidos en la sentencia de unificación, las reglas establecidas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional en sus sentencias. (CorteConstitucional, 2011)

Analizadas las estructuras conceptuales anteriormente expuestas, es lógico concluir que, en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, pueden identificarse los siguientes tipos de precedente:

- a) Las reglas de precedente jurisprudencial constitucional (RPJC), establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre las cuales, a su vez, es posible distinguir:
 - i. Las establecidas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. En esta categoría deberían incluirse las decisiones que adopte la Sala Plena de la Corporación al desatar las solicitudes de nulidad de las correspondientes decisiones.
 - ii. Las establecidas en ejercicio de la facultad de revisión de los fallos de tutela. Dentro de esta categoría se incluyen los autos proferidos por las Salas Especiales de Seguimiento de la Corporación en los asuntos de declaratoria de un Estado de Cosas Inconstitucional.
- b) Las reglas de precedente jurisprudencial de unificación¹⁴ (RPJU) que adopte la Corporación en el caso concreto, esto es, el precedente específico que se conforma gracias al análisis de la decisión y que el Consejo de Estado ha estimado conveniente establecer en razón a la importancia por la importancia jurídica o trascendencia

¹⁴ Corresponden al precedente de unificación denominado así por Diego López Medina. (López D. , 2016)

económica o social del problema jurídico, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, así como las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión de las sentencias proferidas en acciones populares y de grupo. Lo anterior en atención a lo dispuesto en el artículo 270 de la ley 1437 de 2011.

- c) Las reglas de precedente jurisprudencial de precedente “simple” (RPJS) que previamente haya establecido el Consejo de Estado en su jurisprudencia, las cuales, aunque no constituyen criterios de unificación, resultan aplicables al caso concreto en razón al respeto que debe profesar la Corporación a sus propias líneas jurisprudenciales (precedente horizontal) y que además pretenden consolidar una posición coherente del tribunal en temas específicos. Es necesario advertir que estas reglas de precedente, que se han denominado como “simples” para los efectos de este trabajo, pueden haber sido calificadas como de unificación en otras sentencias pero que su invocación en el caso concreto no reviste tal magnitud.

En este punto, resulta conveniente indicar la complejidad que se ha ofrecido en la práctica en razón a si en esta categoría deben o no incluirse las reglas establecidas en los Autos de Unificación que decide el Consejo de Estado en aplicación de algunos de los parámetros definido en el artículo 270 del citado CPACA, como quiera que el citado artículo es claro al señalar que los criterios de unificación provienen de sentencias y no de otro tipo de providencias.

- d) Las reglas de precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (RPJCIDH), como órgano judicial de carácter supranacional al que se encuentra sometido el Estado Colombiano y cuyos parámetros son aplicables en el

régimen jurídico interno, no solo en virtud al mandato establecido en el artículo 93 de la Constitución Política, sino también en razón a la aplicación del denominado Control de Convencionalidad al que están atadas todas las autoridades públicas del Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este punto es necesario resaltar que en el orden de importancia que se propone el lugar asignado no es el que debe gozar el precedente interamericano, pero en razón a las decisiones de constitucionalidad proferidas por la Corte, no resulta del todo claro el nivel que debe reconocerse a este tipo de argumentos superiores. (CorteConstitucional, 2012)

En el capítulo IV del presente trabajo se presentará el trabajo de campo que demuestra la aplicación de estas reglas jurisprudenciales a un grupo de sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado durante los años 2013, 2014 y 2015 en materia de daño antijurídico, con el fin de establecer la rigurosidad la que el máximo órgano de lo contencioso administrativo ha venido utilizando la figura. Antes de ello, sin embargo, es necesario realizar un breve análisis respecto de dos aspectos que se consideran importantes para la adecuada exposición de las ideas del trabajo de investigación: i) las ventajas o beneficios que ha traído la aplicación de la figura del precedente jurisprudencial en Colombia, aspecto que se abordará en el capítulo II, y, ii) lo relativo a la naturaleza de las políticas públicas, así como la metodología que debe seguirse para adecuada su formulación, dentro del contexto de la investigación, esto es, el precedente jurisprudencial y la prevención del daño antijurídico, contenidos que se analizarán en el capítulo III.

Capítulo II. Beneficios y críticas generados por la figura del precedente en Colombia

En el presente capítulo se realizará una presentación de las ventajas que ha traído la utilización de la técnica del precedente jurisprudencial en la realidad nacional, lo que ha ocasionado una reformulación en el sistema de fuentes del derecho. En contraste, se presentarán las críticas que se han enervado frente al uso del precedente por parte de un sector de la doctrina nacional. Conviene aclarar que luego de presentar las correspondientes críticas, se expresarán los argumentos por los cuales se podrá considerar la superación del debate respecto de la valía y utilidad del precedente en el actual sistema jurídico.

Consideraciones previas

En primer término, resulta pertinente comentar que el uso de la técnica del precedente ha traído consigo tanto beneficios como resultados adversos (o por lo menos cuestionables) de acuerdo con ciertos sectores de la doctrina nacional. Este debate se ha expresado con tremenda claridad por el profesor Carlos Bernal Pulido, quien afirma que existen dos tesis respecto al valor y fuerza vinculante del uso del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano, una optimista y otra escéptica. (Bernal Pulido, 2005)

Quienes están a favor de la tesis optimista, sostienen que el uso de ésta técnica ha permitido implementar gradualmente una cultura en los operadores jurídicos de sujeción a criterios generales fijados a manera de guía por los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía, profundizando de forma más técnica la disciplina judicial; por otro lado, ha permitido a las autoridades públicas modernizar el ejercicio de su gestión, al hacer evidente la necesidad de observar una *metodología* diferente al abordar la solución de los problemas jurídicos puestos en su conocimiento, mediante la formulación de una pregunta problema y la consideración de

diferentes hipótesis que puedan consultar de mejor manera la posición jurisprudencial definida en el precedente aplicable; adicionalmente, esta técnica ha contribuido a reforzar la confianza legítima de los asociados respecto de las decisiones de las autoridades por cuanto cuentan con una fuente autorizada que les permite anticipar el resultado dentro de un proceso en particular, así como estructurar una estrategia en el litigio.

Por otro lado, aquellos que defienden la tesis escéptica han expresado diferentes críticas frente a la utilización de la técnica del precedente en el sistema jurídico colombiano. Opinan, en primer lugar, que el uso del precedente como parámetro de decisión implica el desconocimiento al sistema de fuentes que la Constitución Política ha definido en el artículo 230 superior, como quiera que el derecho nacional es legislado y el uso de la jurisprudencia solo se permite como criterio auxiliar de interpretación. Sostienen además que el uso de esta técnica ha permitido la implementación de un activismo judicial que afecta negativamente el ejercicio de las potestades públicas de las demás ramas del poder, por cuanto el conjunto de decisiones que permiten la configuración de un precedente judicial no puede desconocerse por otras autoridades, incluso su modificación no podría verificarse siquiera mediante una reforma de orden normativo. Así mismo, se afirma que el uso desmesurado del precedente ha permitido a la Corte Constitucional crear una especie de *gobierno de los jueces* autoproclamado que no admite discusión en cuanto al alcance de su poder y la intensidad del mismo.

Con el fin de realizar un estudio de este debate, se estima conveniente i) plantear los principales postulados de cada tesis, para posteriormente ii) crear una condición que permita el análisis de esta realidad mediante la superación de esta discusión, pues perpetuar y profundizar la polarización de las posiciones no hará posible encontrar puntos en común que beneficien la acción de las autoridades en el ejercicio de sus competencias.

Parte de los puntos centrales de esta discusión obedecen al debate que Diego López Medina identifica como la confrontación entre formalismo y antiformalismo (Lopez, 2006), lo que supone también invocar las posiciones de otros juristas que le sirven como contradictorios, como es el caso del Javier Tamayo Jaramillo. (Tamayo & Jaramillo, 2012)

De esta forma, y con el fin de proveer un panorama amplio al lector sobre el alcance de la figura del precedente jurisprudencial, se expondrán inicialmente los beneficios que la aplicación del concepto ha traído para la cultura jurídica nacional, para luego confrontarlas con las críticas que se han elevado contra esta figura jurídica para luego tratar de plantear algunos puntos concretos para la superación de la discusión.

Beneficios de la aplicación del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano

Incremento de la disciplina judicial

El primer beneficio que puede presentarse frente a la utilización del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico nacional es la obediencia generada entre los organismos de la rama judicial al momento de proferir sus decisiones. En este sentido, puede afirmarse con categoría que el uso del precedente ha permitido la consolidación de posiciones que, al ser establecidas por autoridades de mayor jerarquía, son obedecidas en gran medida por las de inferior nivel, lo que demuestra una disciplina marcada frente al respeto por lo decidido por el superior. (Lopez, 2006)

Por supuesto que esta condición no es absoluta, como quiera que el mismo legislador, así como los pronunciamientos de constitucionalidad en la materia, han establecido la posibilidad de que el órgano judicial correspondiente pueda apartarse del precedente siempre que ofrezca una motivación adecuada que justifique el cambio de jurisprudencia. (De Lafont, 2013)

Con todo, los precedentes pacíficamente establecidos por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, deben ser respetados por las autoridades de inferior jerarquía, al punto que, desconocerlos, genera la configuración de una decisión ilegítima que afecta derechos fundamentales por desconocimiento del precedente¹⁵. En otros términos, el desconocimiento del precedente vertical es una violación a los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad que abre paso a la solicitud de protección constitucional contra la correspondiente sentencia por configuración de un defecto sustantivo. (CorteConstitucional, 2014)

En este sentido, ha aclarado el máximo órgano de la jurisdicción constitucional que las sub-reglas de procedencia de la acción de tutela contra providencias por defecto sustantivo se presentan

“cuando un juez (i) aplica al caso una disposición que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas en la normativa, por ejemplo, su inexecutable; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce, realiza un interpretación contraevidente – interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –vertical u horizontal- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que

¹⁵ A través de diferentes sentencias tanto de constitucionalidad como de revisión de tutela, la Corte Constitucional ha establecido pacíficamente una línea jurisprudencial relativa a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En este aparte, conviene recordar en especial la sentencia C-590 de 2005 en la cual se sistematizaron y unificaron los criterios jurisprudenciales en la materia al indicar como requisitos generales de procedencia para la protección superior en estos eventos, los siguientes: i) Relevancia constitucional de la cuestión debatida; ii) Agotamiento de los recursos y mecanismos procesales ordinarios y extraordinario dispuestos para la defensa judicial de los intereses del afectado (a menos que se pretenda evitar un perjuicio irremediable); iii) Cumplimiento del requisito de inmediatez; iv) Determinación de la irregularidad procesal que causa un efecto determinante en la sentencia impugnada, y, además, que produce la afectación de derechos fundamentales del accionante; v) Identificación de los hechos generadores de la violación así como de los derechos afectados, y demostrar que alegó la protección de los mismos cuando hubiere sido posible; y, vi) Que no se intente contra acciones de tutela. Adicionalmente, en la misma providencia, se establecieron como requisitos específicos denominados causales de procedibilidad especiales o materiales de la acción de tutela contra providencias judiciales los siguientes: i) Defecto orgánico; ii) Defecto procedimental absoluto; iii) Defecto fáctico; iv) Defecto material o sustantivo; v) Error inducido; vi) Decisión sin motivación; y, vii) **Desconocimiento del precedente**. (CorteConstitucional, 2005)

su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.”

(CorteConstitucional, 2014)

Agregando, respecto al desconocimiento del precedente que

“se entiende como defecto por desconocimiento del precedente, aquel en el cual la autoridad judicial omite dar aplicación a las reglas jurisprudenciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto; reglas que se predicen exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Situación está a la que nos referimos como precedente constitucional” (CorteConstitucional, 2014)

Tal como puede observarse, la disciplina judicial se ha reforzado a partir de la utilización del precedente jurisprudencial, como quiera que la autoridad judicial debe cuidarse de no desconocer las reglas establecidas por su despacho, o por uno de superior jerarquía, so pena de proferir una decisión que vulnere los derechos fundamentales de los justiciables.

Aumento en el goce efectivo del derecho a la igualdad

Otro de los beneficios que ha traído a la realidad nacional el uso de la técnica del precedente jurisprudencial es el de materializar el derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 13 de la Constitución Política, y que además constituye uno de los principios que definen a la norma de normas, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional al sostener que es un concepto que tiene la naturaleza de criterio o mandato de optimización que obliga a las autoridades a actuar con imparcialidad a las personas en la aplicación del derecho (CorteConstitucional, 2016). En este sentido, debe entenderse que el goce efectivo del derecho a la igualdad se logra también, en aquellos eventos en que los ciudadanos reciben por parte de las autoridades el mismo trato de aquellos que, encontrándose en una situación similar, obtuvieron un resultado determinado frente

al reconocimiento de un derecho o la consolidación o extinción de una situación jurídica determinada. (Diez, 2008)

Resulta pertinente indicar que la igualdad, es un contenido de especial relevancia en el ordenamiento constitucional colombiano, como quiera que reviste la triple condición de i) principio, ii) derecho constitucional, y, iii) valor constitucional (CorteConstitucional, 2012), y por ello, puede afirmarse su condición de norma de textura abierta (Moreno, 2012) que obliga a un esfuerzo argumentativo fuerte para establecer su adecuado alcance en cada caso concreto (Dworkin, 1977). Esta cualidad de la igualdad, ha sido señalada por la Corte Constitucional como el “carácter relacional” derivado de la ausencia de un contenido material específico que le permite ser alegado ante cualquier evento en que se genere un trato desigual injustificado. (CorteConstitucional, 2015) Y es en este contexto en el que se enmarca un principio como la igualdad, cuya indeterminación demanda la labor jurisprudencial para establecer su verdadero alcance para circunstancias vinculadas por una regla de derecho que puede determinarse a través del precedente jurisprudencial. (Bernal Pulido, 2005)

Adicionalmente, la misma jurisprudencia constitucional ha señalado las formas en que se expresa la igualdad, enlistando las posibilidades de la siguiente forma

- “(i) dar el mismo trato a situaciones idénticas;*
- (ii) dar un trato diferente a situaciones que no tienen elementos en común;*
- (iii) dar un trato paritario a situaciones de hecho que presentan similitudes y diferencias, cuando las primeras son más relevantes; y,*
- (iv) dar un trato diferente a situaciones que de hecho presentan similitudes y diferencias, cuando quiera que las últimas son más relevantes.”*

(CorteConstitucional, 2016)

Bajo los anteriores supuestos, y considerando que el precedente permite proporcionar un trato igual a situaciones de hecho idénticas o similares, su utilización busca el alcance del goce efectivo de los derechos de los justiciables, lo que en palabras de Carlos Bernal Pulido se afirma bajo la premisa según la cual “el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros” (Bernal Pulido, 2008)

Así, el uso del precedente jurisprudencial pretende colaborar con el gran reto del Estado Social de Derecho proferir decisiones judiciales que presenten un discurso coherente entre la aplicación de la ley y el goce efectivo del derecho a la igualdad ya comentado. Esta problemática es analizada por Lancheros-Gómez al realizar un análisis de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional en la cual, de acuerdo con el autor citado, el tribunal identificó como razón de la decisión una regla aplicable a otros casos, cuyo soporte argumentativo se originaban, a su vez, en diferentes sentencias de control de constitucionalidad (Lancheros-Gómez, 2012), de donde se puede concluir el aporte del precedente en consolidar una posición unificada frente a las problemáticas tratadas por el aparato jurisdiccional al resolver los litigios entre los asociados.

Predominio de la seguridad jurídica y la confianza legítima

El concepto de la seguridad jurídica ha sido entendido como “la previsibilidad de la actuación estatal” (Villegas, 1993), consecuencia natural de la aplicación de la ley a casos concretos atendiendo criterios de uniformidad. Así, la proliferación en el uso del precedente jurisprudencial por parte de las autoridades judiciales ha permitido la consolidación de posiciones generales respecto de temas que antes podrían no merecer un tratamiento equitativo para quienes acudían a la administración de justicia. Es por ello que la rápida expansión en el uso de la figura representó una respuesta a las deficiencias del aparato judicial que no ofrece resultados adecuados a las necesidades de la sociedad. (López L. F., 2014), pues de generalizarse la ineficiente prestación

del servicio público esencial de la justicia, se generará un efecto negativo en el comportamiento de las personas quienes, ante la inadecuada acción del Estado, pueden optar por desatender las decisiones públicas al considerarlas ilegítimas.

El precedente combate esta falencia al crear en la mente de los asociados la idea legítima de que su problema ameritará una respuesta acorde con las reglas de derecho pacíficamente establecidas por las decisiones judiciales al estudiar casos similares. Así, el ciudadano puede ajustar sus propios comportamientos a los estándares públicos definidos por las autoridades correspondientes. (Guilherme, 2012)

De esta forma, la utilización de la técnica del precedente jurisprudencial ha permitido que actores de la sociedad en general, no solo los juristas, anticipen las decisiones que emitirán los órganos judiciales, así como los administrativos, ante las peticiones y litigios en los cuales estén involucrados sus intereses. En este sentido, se suscribe la posición de autores como Fernando Arrázola Jaramillo, quien sostiene que

“El respeto por el precedente judicial resulta relevante en un Estado de derecho, pues proporciona estabilidad y continuidad a su ordenamiento jurídico. Todos los sistemas legales se ocupan del tema en una u otra forma, aunque bajo diferentes perspectivas, pero en la medida en que las normas deben ser interpretadas y aplicadas a una multiplicidad de casos individuales que pueden replicarse de manera similar en un futuro, resulta fundamental tomar una postura en cuanto a la orientación que deberán tener las decisiones.” (Arrázola, 2015)

Así, al plantearse el precedente como una creación normativa que hace el juez al adoptar una decisión particular, la aplicación de dicha regla por otros operadores judiciales (Hanna, 1957),

así como diferentes autoridades públicas, como las administrativas, proveen de estabilidad al sistema jurídico en general, produciendo así seguridad jurídica.

Y como resulta natural, la seguridad jurídica que provee el sistema de contenidos jurídicos organizado dentro del cual se desenvuelve el precedente causa otro efecto positivo en el ordenamiento: el arraigo de la confianza legítima de los asociados en la acción de las autoridades públicas, pues, pudiendo anticipar sus decisiones en razón de la aplicación de una determinada regla jurisprudencial, pueden sentir la tranquilidad en que sus actuaciones, de estar acordes con tales preceptos, no merecerán un reproche por parte del Estado. Esta posición es reproducida también por los litigantes en los diferentes procesos, quienes, con mayor regularidad, acuden a la invocación del precedente jurisprudencial en sus diferentes argumentos, demandando de las autoridades un pronunciamiento coherente con las reglas establecidas anteriormente por altas cortes, así como por pronunciamientos anteriores de los mismos despachos judiciales. (López D. , 2016)

En este sentido, Arrázola al citar a Markman, comenta que

“Esa confianza que ha depositado el ciudadano en las instituciones debe ser respetada por parte de las autoridades públicas, especialmente por los jueces, pues ellos tienen la sagrada misión de pronunciar la última palabra en cuanto al alcance de las normas en la resolución de un conflicto particular” (Arrázola, 2015)

Estas características del precedente, seguridad jurídica y confianza legítima, presentan una gran oportunidad para lograr avances importantes en la dirección de la sociedad, como quiera que las reglas de precedente trascienden los ámbitos, en principio, exclusivos del debate judicial, para convertirse en parámetro de conducta de los particulares, así como línea de acción a la que debe ajustarse la actividad de las autoridades públicas.

Permitió la reconstrucción del concepto de ley en el sistema de fuentes nacional

El uso del precedente ha permitido reformular el contenido y alcance de la ley dentro del sistema jurídico nacional, superando el entendido literal del texto 230 de la Constitución Política, de forma que en dicho término se incorporan no solo los textos normativos creados por las corporaciones legislativas, sino también todo elemento del ordenamiento jurídico, así como estructuras como la jurisprudencia. Esta realidad ha permitido el uso de la expresión Bloque de Legalidad entendido como el conjunto de conceptos jurídicos que deben ser aplicados por las autoridades al tomar una decisión en un caso concreto. (Santofimio Gamboa, 2003)

El resultado implica la transformación del papel de la ley en el análisis y resolución de las situaciones problemáticas puestas en consideración del Estado. Lo anterior, debe ser entendido como una consecuencia del neoconstitucionalismo pues, como ya se ha recordado, el carácter normativo y vinculante de la Constitución obliga a que el operador jurídico se esmere por la protección reforzada de los derechos reconocidos en la *norma normarum*, así como en los diferentes instrumentos internacionales ratificados por el Estado que buscan la protección de los derechos humanos. (Uprimny, 2011) Así, se refuerza la idea de la creación judicial del derecho en el sentido defendido por Hanna al sostener que las decisiones judiciales construyen la ley. (Hanna, 1957)

De esta forma, es pertinente afirmar, en consonancia con Motta Navas que “los derechos y la acción de tutela modificaron igualmente nuestra cultura jurídica y así la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad y la doctrina constitucional de las acciones de tutela cambiaron el sistema de fuentes formales del derecho.” (Motta, 2011)

Adicionalmente, el uso del precedente como elemento transformador del sistema de fuentes en Colombia, en especial el constitucional, vincula a todas las autoridades públicas con diferentes alcances, en razón a la facultad del apartamiento del precedente de que gozan los funcionarios que administran justicia; no así, aquellos que ejercen función administrativa. (CorteConstitucional, 2004)

En otros términos, el precedente constitucional definido por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, aunque obligatorio, puede ser desconocido por otra autoridad judicial siempre que ofrezca argumentos suficientes por los cuales adoptará una decisión que se aparte de la regla establecida en el precedente de la Corte, la cual, además, debe producir la mejor protección de los derechos y principios constitucionales (Quinche, 2016). Sin embargo, esta posibilidad de apartarse del precedente constitucional, no está permitido a las autoridades administrativas, pues, “sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho” (CorteConstitucional, 2004)

Una vez analizados los beneficios que ha traído la utilización del precedente en el sistema jurídico colombiano, resulta pertinente realizar un inventario de las críticas que se han elevado en contra de su utilización y que soportan las posiciones que advierten los riesgos que implica su uso.

Críticas al uso del precedente en Colombia

El uso del precedente jurisprudencial constituye un desconocimiento del sistema de fuentes definido en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991

Tal como se sostuvo líneas atrás, una de las principales características de un sistema jurídico es la observancia de las fuentes del derecho que sirven de insumo a autoridades y particulares para solucionar sus conflictos. En el derecho continental predominantemente escrito y de

tradición romano germánica, como el colombiano, el sistema de fuentes utilizado había tenido como principal, y casi exclusivo, protagonista a la norma jurídica escrita en sus distintos niveles jerárquicos: constitucional, legal y reglamentario. En consecuencia, la norma jurídica creada por los órganos con competencia normativa su ubicó durante incontables lustros en el primer lugar en el sistema de fuentes nacional, y, a su lado, el método de interpretación exegetico propio de los estados de derecho decimonónicos. Esta posición presenta las ideas fundamentales de lo que Bernal Pulido expone como la “tesis escéptica” ante el valor del precedente en el sistema jurídico nacional. (Bernal Pulido, 2008)

Una de las posiciones más verticales en la doctrina nacional planteadas en defensa de la tesis escéptica la mantiene Alexei Julio Estrada, quien sostiene que no pueden ser compatibles bajo ninguna lectura las expresiones “vinculante” y “criterio auxiliar” que se han utilizado para atribuir a la jurisprudencia lugares de importancia dentro del sistema de fuentes, y, si el constituyente de 1991 expresamente atribuyó a la jurisprudencia el carácter de criterio auxiliar, atribuirle la condición de vinculante, atenta contra la independencia de los funcionarios judiciales. (Julio, 2003)

La crítica de la modificación en el sistema de fuentes parte de una afirmación central: dejar de considerar a la norma jurídica como el centro del ordenamiento jurídico produce inseguridad jurídica, pues el servidor público está excusado para desatender el tenor literal de la ley, bajo el apremio en la aplicación de otros contenidos jurídicos, en particular, el precedente judicial.

Adicionalmente, quienes sostienen esta crítica fundan su posición, precisamente, en la interpretación literal del artículo 230 de la Constitución Política que sostiene “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.” En este punto, Julio sostiene que

“asegurar la autonomía funcional de los jueces, esto es, la independencia externa e interna de los funcionarios judiciales frente a los otros poderes públicos y al interior de la misma rama, autonomía que resulta claramente amenazada con una teoría fuerte del precedente” (Julio, 2003)

Como puede observarse, la norma citada, considerada de manera individual y aislada, y con abstracción de las demás disposiciones constitucionales, expresa que la principal fuente del derecho es la norma jurídica, y que la jurisprudencia se encuentra subordinada a ella, al considerarse aparentemente por el constituyente como un simple “criterio auxiliar”.

En el mismo sentido, sostiene Tamayo Jaramillo que

“si el primer inciso del artículo 230 C.P. establece que el Juez sólo estará sometido al imperio de la Ley, y en el segundo inciso establece que la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho son criterios auxiliares, es porque el constituyente primario, en su soberanía, al redactar la Carta, creó un sistema de Derecho escrito y condenó el sistema de precedentes obligatorios estilo anglosajón;”
(Tamayo & Jaramillo, 2012)

La relevancia que tiene el análisis de esta crítica consiste en que para el servidor que ejerce función administrativa, el desarrollo de sus competencias debe realizarse con estricta sujeción a las normas jurídicas que conforman el ordenamiento, y, si el artículo 230 superior le ordena observar las fuentes siguiendo el orden especial allí indicado, nunca podría adoptar una decisión basado en precedentes judiciales, sino únicamente en disposiciones normativas creadas por órganos con la facultad de expedirlas. Sin embargo, la interpretación de la citada norma no puede

realizarse de manera aislada sino considerándolo parte de un sistema organizado. (Bernal Pulido, 2008)

El uso del precedente jurisprudencial crea un activismo judicial que afecta negativamente el ejercicio de las potestades públicas de las demás ramas del poder

Esta crítica al uso del precedente como elemento transformador del sistema de fuentes en Colombia y en la ciencia jurídica contemporánea, parte de la idea según la cual, la labor de los jueces debe estar limitada a las fronteras creadas por la ley, tal y como fuera proferida por el órgano correspondiente. Si bien, el sentido de los jueces es el de decidir los conflictos que se presenten entre los asociados, y entre estos y el Estado, tal solución no puede basarse en contenidos extraños a las normas jurídicas a las que están atados en el ejercicio de sus competencias. Bernal Pulido, al explicar esta crítica, indica que “esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del *stare decisis* es propio de un modelo de “case law”, incompatible con nuestro sistema de derecho continental.” (Bernal Pulido, 2008)

Esta posición crítica se fundamenta en la concepción tradicional de la ley como acto creado por órganos de competencia normativa específicos, cuyos contenidos son suficientes para alcanzar los fines del Estado al provenir de cuerpos colegiados conformados a partir de la representación popular. Así, toda interpretación que un juez haga de la ley, debe velar por la conservación estricta del texto legal, so pena de emitir una decisión que atente contra el principio democrático de la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos del Estado de Derecho. Como resultado, un juez, no puede realizar interpretaciones de las normas jurídicas que, bajo la excusa de lograr una decisión justa, afecte negativamente el ejercicio de las competencias de órganos y autoridades de las demás ramas del poder público, o de los órganos autónomos e independientes.

Como complemento de la posición crítica comentada, se afirma que el uso desmesurado del precedente permite la existencia de decisiones de órganos jurisdiccionales que implican una aparente extralimitación en el ejercicio de sus funciones al emitir órdenes concretas a autoridades administrativas y legislativas, lo que se ha interpretado como una indebida extralimitación en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales. Ejemplo de estas decisiones son las adoptadas por la Corte Constitucional en la providencia que declaró el estado de cosas inconstitucional respecto a la falta de atención a la población en situación de desplazamiento, así como los diferentes autos respecto de cada grupo en situación de vulnerabilidad dentro del citado universo; o las decisiones adoptadas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional mediante las cuales se ordena al Congreso de la República la producción de leyes estatutarias para la regulación del derecho de petición, así como la que condiciona el inicio de las reformas legislativas en materia de política criminal al desarrollo de estudios científicos por parte del Consejo Superior de Política Criminal. (CorteConstitucional, 2015)

El uso del precedente judicial ha perpetuado el gobierno de los jueces sin control alguno

Otra crítica relevante que se hace a la utilización del precedente judicial en la gestión de las autoridades públicas refiere a las consecuencias que se producen, debidas al papel de los tribunales en la formulación de las políticas públicas y la alta dirección del Estado. En este sentido, la crítica parte de la idea principal de cuestionar la legitimación de las decisiones emanadas por los tribunales de cierre que materializan dos tipos de intervenciones en la actividad del gobierno nacional¹⁶, a saber: i) las que emiten órdenes concretas a las autoridades del alto gobierno para que diseñen e implementen políticas públicas en una materia en particular (a la

¹⁶ Las intervenciones a las que se llama en este escrito de intervención directa e indirecta corresponden a aquellas a las que la Corte Constitucional denomina “órdenes complejas”, tal como sucedió en la decisión contenida en la sentencia T-595 de 2002.

que se llamará en este trabajo *intervención indirecta*), o, ii) aquellos proveídos que contienen en sí mismos, lineamientos generales a partir de los cuales el gobierno nacional debe desarrollar una política pública en particular (denominada para los efectos de este escrito de *intervención directa*). Al proferir este tipo de decisiones, con carácter de precedente judicial, sostienen los críticos, las Cortes reemplazan en sus funciones a las autoridades competentes para diseñar e implementar las políticas generales a las cuales debe ajustarse la acción de determinadas autoridades nacionales o territoriales, desbordando los límites de sus competencias establecidos en la Constitución Política de 1991, así como en las disposiciones normativas de menor jerarquía a las que deben ajustar su campo de acción. (Tamayo, 2010)

La generalización de este fenómeno, se concluye, ha dado lugar a la implementación de un “*gobierno judicial*” a todas luces irregular, que no cuenta con fundamento legal y que desconoce el principio de separación de poderes de todo Estado de Derecho. Así, se ha afirmado que este marcado activismo judicial de la Corte Constitucional ha llevado a la judicialización de las políticas en Colombia. (Saffon & García-Villegas, 2011)

Así las cosas, el análisis de esta crítica se expresa mediante las dos variantes o tipos de intervención ya indicadas, esto es, intervención directa e intervención indirecta, razón por la cual es necesario revisar su contenido conceptual.

En este sentido, resulta pertinente indicar que la intervención indirecta se sugiere como aquella orden emitida por el juez, en aplicación de un precedente jurisprudencial, que pretende i) orientar, ii) ordenar, o iii) articular la acción de la entidad o entidades responsables, para que adelanten acciones concretas a fin de superar con rapidez y suficiencia el estado de cosas contrario a la Constitución.

A su turno, la intervención directa, implica asumir una actitud más vertical respecto de la entidad accionada, consistente en la indicación clara y específica respecto del contenido y alcance de su acción u omisión, de forma tal que, de haberse proferido otra orden, no hubiere sido posible superar el estado de cosas inconstitucional. En otros términos, las órdenes de intervención directa demandan del juez ponerse en el lugar de la entidad o autoridad responsable, y adoptar directamente la conducta que le corresponde a aquella, con el fin de garantizar la pronta superación del estado de cosas inconstitucional. Se trata de medidas de *ultima ratio* necesarias, dadas las condiciones de la vulnerabilidad, y que no pueden ser reemplazadas por órdenes de intervención indirecta.

Dada la ausencia de una metodología uniforme para el uso del precedente se pueden presentar decisiones que se aparten del criterio unificador.

El uso de la técnica del precedente no es uniforme. La excesiva producción de decisiones jurisdiccionales por parte de las cortes de cierre hace, en la práctica, imposible conocer todos los precedentes jurisprudenciales producidos, así como sus sub-reglas de aplicación. Por ello, autores como Tamayo y Jaramillo, sostienen que los diferentes operadores jurídicos podrían, frente a un mismo asunto aplicar referentes jurisprudenciales diferentes, pues al no existir una técnica sistemática para la aplicación del precedente, podrían terminar citando como tal una consideración de una decisión judicial que no constituya precedente, o, aplicando un precedente establecido para una situación de hecho diferente a la que se juzgue en un momento determinado. (Tamayo & Jaramillo, 2012)

Esta posición también es señalada por Bernal Pulido al exponer uno de las objeciones a la tesis optimista sobre el valor obligatorio de los precedentes al comentar el problema que puede surgir cuando los jueces de instancia decidan inaplicar un determinado precedente bajo el argumento de que se encuentran ante una situación sustancialmente diferente. Así, llama la

atención a la necesidad de consolidar una doctrina aceptable sobre la utilización de la técnica jurisprudencial analizada. En este sentido, el profesor del Externado comenta que

“Es por ello que aun los adalides de las tesis más radicales en cuanto a la fuerza vinculante, admiten la posibilidad de inaplicar un precedente anterior en un determinado caso nuevo, cuando las propiedades de éste son distintas (distinguish), o incluso admiten la posibilidad de cambiar los precedentes (overruling). Por lo tanto, el desafío consiste más bien en postular una doctrina de inaplicación del precedente anterior y del cambio de precedente, que sea constitucionalmente adecuada. El éxito de la tesis optimista depende en gran medida de ella.” (Bernal Pulido, 2005)

Existe una imposibilidad práctica de solucionar todos los casos de la misma manera

Esta crítica, sostenida por Javier Tamayo Jaramillo, expresa que en el plano de la realidad es imposible decidir adecuadamente mediante el uso de la figura del precedente jurisprudencial en razón a que no es posible identificar dos situaciones que sean idénticas. Así, sostiene el citado jurista que “ni la ley ni la jurisprudencia son capaces de garantizar que todos los casos se fallen en un nivel de igualdad, por razones de tipo práctico” (Tamayo & Jaramillo, 2012)

El fundamento al que apela Tamayo Jaramillo para edificar esta crítica es la condición prima facie que tiene el derecho a la igualdad. En este sentido, expone que la igualdad, tal como acontece con todos los derechos constitucionales, no pueden ser garantizados plenamente por el Estado y su satisfacción dependen de las condiciones materiales a favor de la entidad estatal para tratar de satisfacerlo de la mejor forma. Por ello, indica que “lo que puede haber es una interpretación distinta, pero no por voluntad discriminatoria del Juez o del Legislador, sino por la naturaleza de interpretación y aplicación de la ley.” (Tamayo & Jaramillo, 2012)

Lo anterior, lo lleva a concluir que

“los precedentes constitucionales también corren ese menor o mayor riesgo de incertidumbre, y fácilmente, uno de ellos, al ser interpretado, como se interpreta todo escrito, puede, de la mejor buena fe, ser considerado como obligatorio por un Juez, y en cambio otro Juez puede considerar con argumentos, que dicha obligatoriedad no existe, lo que prueba que aun aplicando los precedentes, la igualdad que se busca es similar o menor a la que se logra con la aplicación libre de la ley.” (Tamayo & Jaramillo, 2012)

Esta problemática, indica Tamayo, puede ocasionar además la producción de decisiones de orden valorista, en las cuales esté comprometida la posición personal del juez frente a lo que considere “correcto” o “incorrecto”, sin que pueda asegurarse un resultado ajustado a la ley, sino a la escala de valores personal del juzgador. Por ello, afirma que “el precedente constitucional sería una simple sombra, pues siendo la apreciación de los valores algo subjetivo (...) no es posible unificar la jurisprudencia a partir de precedentes obligatorios.” (Tamayo & Jaramillo, 2012)

Como resultado, concluye el profesor Tamayo, la Corte Constitucional no cuenta con el suficiente fundamento para revocar las decisiones de los jueces inferiores, como quiera que, al haber fundado sus sentencias en consideraciones de orden valorativo, están legitimados para aplicar una escala de valores diferente que, aunque no sea compartida por el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, debe ser respetado al referirse a una interpretación “suficiente” desde el punto de vista de la aplicación de la igualdad de trato, según la visión de cada fallador.

Puntos en común en el debate planteado. ¿existen propuestas para una salida razonable a la discusión?

A continuación, se realizan algunas consideraciones que pretenden encontrar una salida razonable y constitucionalmente aceptable (Bernal Pulido, 2005) al debate atrás ilustrado. Para el efecto, se reunirán las críticas según su proximidad lógica y racional, lo que permite encontrar argumentos que se estiman suficientes para la superación de las diferencias evidenciadas.

Frente a la crítica sobre el sistema de fuentes y el desconocimiento del principio de legalidad

Para realizar el análisis de esta crítica se plantearán dos preguntas con el fin de orientar la exposición, para después proponer dos postulados cuyo contenido y comprensión permiten superar la discusión al dar respuesta a las inquietudes de los escépticos.

En primer término, entonces, es procedente preguntarse si i) ¿la variación en el sistema de fuentes en Colombia ha producido una morigeración del principio de legalidad que afecte la seguridad jurídica, así como la confianza legítima que los asociados deben tener respecto de las decisiones de las autoridades? En segundo término, resulta pertinente cuestionarse si ii) ¿La aplicación del precedente implica una vulneración al principio de legalidad al que están sujetos las autoridades públicas?

Primer Postulado: la “revaluación” de las fuentes del derecho en Colombia no implica el desconocimiento de la vinculación de las autoridades al imperio de la ley.

En este punto conviene indicar como punto de partida que la utilización de cualquier fuente del derecho en el sistema jurídico colombiano debe partir del uso de la norma jurídica como fundamento necesario para adoptar una decisión en un caso concreto, pero no suficiente. Así, el

uso de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la costumbre, la analogía, así como el hecho según el cual la obligación de exponer con mayor fundamento argumentativo la decisión que se aparta del precedente, implica una evidente sujeción a la ley y en sentido contrario a quienes la critican, refuerza la seguridad jurídica que pretende caracterizar un estado de derecho moderno. (Mantilla, 2011)

Esta posición ha sido demostrada con suficiencia mediante los pronunciamientos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional al exponer gradualmente las bases del concepto que hoy se denomina armonización concreta (CorteConstitucional, 2016), que permite al operador jurídico, incluido el funcionario administrativo, adoptar decisiones de fondo basados en una utilización lógica y razonable de todas las fuentes del derecho, partiendo del marco normativo fijado en la ley, pero apoyándose en las demás fuentes del sistema sin que entre ellas exista una jerarquía explícita, siempre que se respeten los contenidos superiores definidos en la Constitución Política de 1991.

El postulado de la *armonización concreta* tiene las siguientes características:

- La Constitución es un “todo armónico y coherente” que no admite la interpretación o aplicación aislada de sus contenidos. (CorteConstitucional, 1995). En consecuencia, al ser la Constitución “norma de normas”, debe acompañar la interpretación de todos los contenidos jurídicos del sistema, para lo cual, no basta con ceñirse a una visión exclusivamente literal.
- Los derechos y las normas constitucionales deben ser aplicados a los casos concretos, armonizando los contenidos que se aprecien como contradictorios, mediante la utilización de criterios de proporcionalidad y razonabilidad que permitan establecer cuál debe prevalecer sobre el otro. (CorteConstitucional, 2016) Así, tanto la aplicación de normas a

casos concretos, como los juicios abstractos de constitucionalidad, son susceptibles de balanceos concretos, de forma tal que el juzgador pueda considerar todas las circunstancias involucradas en la situación problemática y abordarla mediante el uso de las herramientas jurídicas que puedan ayudarle a construir una respuesta razonable y fundada que atienda positivamente todos los intereses involucrados, así haya de prevalecer uno sobre otro.

- El operador jurídico (judicial o administrativo) con el fin de aplicar adecuadamente la Constitución, debe realizar un estudio integral de las disposiciones superiores a fin de establecer el sentido auténtico de la norma de normas. Este análisis no puede limitarse a la consideración literal de los textos en pugna, pues requiere, para que sea amplia y objetiva, de la utilización de diferentes contenidos jurídicos y técnicas de análisis.
(CorteConstitucional, 2011)
- El ejercicio de este método, requiere del análisis juicioso que haga el operador jurídico de los pronunciamientos previos hechos sobre el mismo punto de derecho, siempre que provengan de órganos con la autoridad para unificar los criterios a aplicar. Ello, en razón a que debe garantizarse el apego a unos criterios únicos de interpretación y aplicación de los contenidos jurídicos que deben considerarse para resolver una situación en particular. De esta forma, al iniciar el estudio del caso atado a los criterios fijados por las reglas de precedente de las altas cortes, el servidor garantiza la unidad del sistema y evita que el ejercicio de la función pública se desarrolle de manera aislada y arbitraria.
(CorteConstitucional, 2011)
- Entre los precedentes judiciales que podrían resultar aplicables, prevalecerá la interpretación constitucional hecha por la Corte Constitucional sobre las proferidas por

las demás cortes de cierre. Este principio es el resultado lógico de considerar a la Constitución en su verdadera entidad: una norma que proporciona el fundamento y validez del sistema jurídico. En consecuencia, la doctrina constitucional establecida por su intérprete autorizado, será obligatoria para comprender el verdadero sentido y alcance de sus disposiciones. (CorteConstitucional, 2011)

Segundo postulado: la utilización del precedente por parte de las autoridades constituye la aplicación del principio de legalidad, en tanto dicho concepto, a la luz de la concepción jurídica contemporánea, no se reduce a la aplicación exclusiva y aislada de las normas jurídicas.

Este postulado parte, a su vez, de un supuesto construido por la práctica jurídica contemporánea: la ley, como toda construcción social, no puede considerarse como un contenido rígido y suficiente para brindar soluciones a la sociedad actual, y ello, implica considerar que los mandatos jurídicos que pretenden regular la conducta de los hombres en sociedad no provienen exclusivamente de los órganos y autoridades públicas tradicionalmente reconocidos por crear la ley como sucede con el Congreso de la República o las autoridades administrativas que expiden reglamentos generales, aunque sí parten de aquella. (Quinche, 2016) En otras palabras, la ley creada por los órganos con competencia normativa, es el punto de partida en la construcción de los criterios generales que obligan en una sociedad, pero en la resolución de problemas jurídicos concretos, su utilización no es exclusiva, de manera tal que, pueden considerarse también las reglas de precedente establecidas por los órganos judiciales de cierre en aquellos eventos en los cuales han decidido litigios con similares características fácticas. En este sentido, aplicar la ley, así como aplicar las reglas de precedente construidas a partir de la aplicación de la ley, constituyen alcances del principio de legalidad que gobierna un Estado de Derecho como el

colombiano y que vincula a todas las autoridades públicas en el ejercicio diario de sus competencias. (Alemán, 2010)

La pregunta que surge de tal conclusión es evidente ¿qué decisión debe adoptarse si en una situación en particular un funcionario administrativo, al resolver un caso concreto, encuentra que la norma jurídica aplicable contraría la regla de precedente establecida por el órgano judicial de cierre correspondiente? La respuesta requiere del análisis de una metodología que permita al servidor resolver los conflictos aparentes en el sistema jurídico mediante técnicas de interpretación como la armonización concreta, comprendiendo, además, que el concepto “ley” no puede entenderse bajo la óptica del siglo XIX, sino que ha trascendido esa clásica visión, para convertirse en un elemento más amplio, que encierra diferentes elementos además de los estrictamente normativos. Por ello, se ha afirmado que el principio del imperio de la ley supera su concepción formal, para establecer un nuevo orden jurídico que ubica al precedente como el método que provee de plena certeza para la aplicación del derecho. (Olano, 2011)

Frente a las críticas relacionadas con la intervención de los jueces en las funciones de las autoridades administrativas y legislativas, el denominado activismo judicial y el gobierno de los jueces

Tal como se expuso en el análisis de la respuesta a la primera crítica, el concepto de ley, así como el principio de legalidad, no se conciben hoy en día en un sentido restringido, ni el ejercicio de las funciones públicas se sujeta únicamente a la aplicación literal de la norma jurídica (CorteConstitucional, 2006). Por el contrario, resulta lógico pensar que, si se ha transformado la concepción misma de la ley y el principio de legalidad, también ha evolucionado la forma en la que las autoridades públicas aplican la ley e interactúan con funcionarios y órganos de otras ramas. En este sentido, también resulta procedente ofrecer una respuesta que, siendo coherente con el ejercicio de la función pública atribuida a las Cortes de Cierre por el

mismo ordenamiento, no represente una amenaza a la autonomía en el ejercicio de las funciones atribuida a las ramas del poder público y los órganos autónomos e independientes.

Obsérvese que tanto las órdenes indirectas como las directas que pueden producirse por parte de una autoridad jurisdiccional al pronunciarse sobre un caso concreto, pretenden el respeto por el principio de legalidad y la garantía de la supremacía e integridad de la Constitución como norma fundante del ordenamiento. (CorteConstitucional, 2004) Lo anterior, en aplicación concreta del principio de coordinación armónica en el ejercicio de las funciones de las ramas del poder público, en virtud de las cuales, el juez constitucional cuenta con la potestad de introducir correctivos a la acción de las autoridades públicas cuya conducta u omisión han creado y consolidado una situación de vulneración de los derechos constitucionales generalizada. (CorteConstitucional, 2010)

Ahora bien, frente al presente análisis, resulta necesario indicar que la cuestionada intervención en la formulación de políticas públicas por parte de las autoridades judiciales ha sido iniciativa de la Corte Constitucional al estudiar diferentes asuntos en los cuales se presentan lo que el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional ha denominado el “Estado de Cosas Inconstitucional” o el “Estado de Cosas Contrario a la Constitución”. Estas decisiones adoptadas por la Corte le han merecido el justo calificativo de tribunal productor de decisiones activistas. (Castaño, 2013)

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en la materia, siempre que exista una situación generalizada de desconocimiento de los derechos fundamentales derivada de la omisión o inefectiva acción de las autoridades públicas competentes, que haya motivado a los afectados a recurrir al uso masivo de los mecanismos de protección constitucional, se presenta este fenómeno, razón por la cual, su declaratoria es obligatoria y motiva al juez constitucional a

proferir una serie de órdenes para que las autoridades correspondientes adelanten acciones concretas para la superación de dicha situación contraria a la Constitución Política. Esta situación anormal se produce, en los términos de Sueli Cock, a “causa de una falla estructural en las políticas públicas de Estado y su ejecución.” (Sueli, 2011)

El Estado de Cosas Inconstitucional se presentó en Colombia desde la sentencia SU – 559 de 1997, mediante la cual se revisaron dos fallos de tutela proferidos al decidirse las acciones constitucionales promovidas por varios docentes contra los alcaldes municipales de María La Baja y Zambrano en el departamento de Bolívar, fundadas en la omisión del deber de afiliarlos al sistema de seguridad social en salud, irregularidad que según los accionantes desconocía sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y el trabajo. Durante el trámite de las acciones de tutela, las autoridades accionadas sostuvieron que la omisión aducida se explicaba por la ausencia de los recursos económicos necesarios para atender las peticiones de los interesados.

En desarrollo del análisis de su competencia, la Corte estableció que existía una inequidad en la distribución de los recursos que servían para la atención de las necesidades de los docentes y, como quiera que tales dineros provenían del entonces vigente sistema de situado fiscal, gran parte de la responsabilidad radicaba en la forma en que las autoridades del gobierno nacional realizaban los cálculos para su estimación y distribución anual, los cuales, no atendían a criterios de igualdad en los términos deseados por la Constitución Política.

Al adoptar la decisión, la Corte encontró que la situación demostrada por los accionantes la experimentaban muchos docentes del país, quienes, aunque no habían conformado el extremo activo de la acción constitucional, compartían las *mismas circunstancias de hecho*, las cuales,

ameritaban la aplicación de las mismas normas jurídicas contempladas en el ordenamiento, razón por la cual concluyó que

“De prosperar la acción de tutela, se pone de manifiesto que la condición actual de varias decenas de miles de maestros, vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales, es semejante a la de los actores y, por lo tanto, merecedora de protección constitucional.” (Corte Constitucional, 1997)

Esta conclusión llevó a la Corte a razonar sobre la posibilidad de que otros docentes no incluidos en los procedimientos constitucionales objeto de revisión, a su vez, iniciaran tales mecanismos de protección superior¹⁷, y, en tal caso, si tenía, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional y guardiana suprema de la Constitución, la *competencia* para proferir una orden específica a las autoridades correspondientes para que se adoptasen las medidas que permitieran “eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional”. (Corte Constitucional, 1997)

Ante tal interrogante, se respondió positivamente, razón por la cual, declaró la existencia de un Estado de Cosas contrario a la Constitución y le ordenó a las autoridades públicas involucradas en la problemática, esto es Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Gobernadores, Asambleas Departamentales, Alcaldes y Concejos Municipales, a que adelantaran las acciones dentro de la órbita de su competencia orientadas a superar la situación generalizada de violación de los derechos fundamentales de los

¹⁷ Al respecto, al sostener la Sala Plena que “La Corte Constitucional tiene la seguridad de que mientras no se tomen medidas de fondo sobre los factores enunciados y los otros que los expertos puedan determinar, el problema planteado, que de suyo expresa un estado de cosas que pugna con la Constitución Política y sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno, se tomará de más difícil solución y propiciará la sistemática y masiva utilización de la acción de tutela”, expresó la justificación de la decisión que i) pudiera beneficiar a un amplio número de personas que se encontraban en la misma situación de los accionantes, mediante ii) la impartición de órdenes especiales para que las autoridades públicas asumieran una participación determinante en la resolución de la problemática. Corte Constitucional, sentencia SU – 559 de 1997.

docentes, orden que implicaba la *producción* de políticas públicas que permitieran el adecuada tratamiento de la situación.

Esta sentencia introdujo la regla de precedente que permitió i) la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional, y, ii) la *legitimación* para emitir órdenes a las autoridades públicas orientadas a la producción de políticas públicas en diferentes materias. Dicha regla de precedente permitió, a su vez, establecer una línea jurisprudencial clara y reiterada, mediante las sentencias T-068 de 1998, T-153 de 1998, T-559 de 1998, T-590 de 1998, T-606 y T-607 de 1998, T-525 de 1999, SU-090 de 2000, T-025 de 2004, T-388 de 2013 y Auto 110 del 2013, entre otras providencias relevantes.

Si bien, estas decisiones implican, en muchos de los eventos analizados, la emisión de órdenes orientadas al establecimiento o realización de políticas públicas a cargo de las entidades accionadas dentro de un marco de tiempo razonable, lo que puede implicar intervenciones *Directas e Indirectas* en la función de otras autoridades públicas tal como ya se expresó, no menos cierto es que dichos mandatos no agotan el catálogo de posibilidades que puede utilizar la Corte Constitucional para la superación de este estado de Cosas contrario a la Carta Política. Además de las indicadas, el máximo órgano ha dispuesto las siguientes medidas:

- Notificación de la situación que genera el estado de cosas inconstitucional a las entidades directamente implicadas en dicha circunstancia. (Orden de Intervención Indirecta) (CorteConstitucional, 1998)
- Adopción de medidas de protección inmediata de los derechos de los involucrados antes de proferir la decisión definitiva. (Orden de Intervención Indirecta) (CorteConstitucional, 2004)

- Orden concreta a las autoridades implicadas para que se abstengan de continuar con la ejecución de ciertas conductas vulneratorias de los derechos fundamentales de los afectados con la situación irregular. (Orden de Intervención Indirecta) (CorteConstitucional, 1998)
- Establecimiento del contenido de la política pública que debe diseñar e implementar la entidad accionada, con el fin de respetar los parámetros superiores establecidos en el bloque de constitucionalidad. (Orden de Intervención Indirecta) (CorteConstitucional, 1998)
- Orden de verificar la satisfacción inmediata de las “dimensiones mínimas o esenciales del derecho fundamental vulnerado” (Orden de Intervención Directa) (CorteConstitucional, 2013)
- Proporcionar un trato diferente a individuos que pertenecen a grupos con alta vulnerabilidad dentro de una población afectada con el estado de cosas inconstitucional. (Orden de Intervención Indirecta) (CorteConstitucional, 2004)
- Ordenó el establecimiento de mecanismos de coordinación entre los órganos responsables de superar la situación violatoria de los derechos fundamentales. (Orden de Intervención Directa) (CorteConstitucional, 1999)
- Establecimiento de mecanismos que garanticen la participación de la población afectada en la superación del estado de cosas inconstitucional. (Orden de Intervención Directa) (CorteConstitucional, 2004)
- Incurrir en las apropiaciones presupuestales necesarias que permitan la superación de la situación de inconstitucionalidad que afecta los derechos fundamentales de la población. (Orden de Intervención Directa) (CorteConstitucional, 1998)

La anterior relación de las diferentes intervenciones ejercidas por la Corte Constitucional en las funciones de otras autoridades públicas pretende poner en contexto la forma en que se ejerce de manera positiva la colaboración armónica en el ejercicio de las facultades públicas sin que ello implique una extralimitación en el ejercicio de las funciones del órgano jurisdiccional.

Dicha afirmación, es también relevante en el presente análisis como quiera que permite i) analizar si el Consejo de Estado ha emitido órdenes similares en las sentencias de unificación que sirvan para aplicar tanto la figura de la extensión de la jurisprudencia como el recurso extraordinario que persigue el mismo objetivo, así como para ii) establecer si, en caso de existir tales órdenes en la indicada jurisprudencia de unificación del máximo órgano de lo contencioso administrativo, dichos mandatos pueden ser utilizados para el diseño de las políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico.

El análisis que se propone debe partir de la revisión de una metodología que permita establecer la forma en que se puede utilizar el precedente jurisprudencial y aplicarlo a las decisiones de unificación del Consejo de Estado en una ventana de tiempo específica para poder determinar cómo sería posible materializar el principio de colaboración armónica de las ramas del poder público entre la rama judicial, en particular la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la rama ejecutiva, en lo relacionado con las entidades responsables del diseño de la política pública para la prevención del daño antijurídico. En caso de no ser posible establecer esta relación, lo que podría presentarse, por ejemplo, en razón a que se identifique que el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado no tiene la misma naturaleza del establecido por la Corte Constitucional, lo procedente, para efectos de la presente investigación, sería calificar la naturaleza y alcance del precedente en lo contencioso administrativo y si dicha

categoría permitiría ayudar en la construcción de una política pública seria para evitar la producción del daño antijurídico.

Por último, resulta pertinente agregar que la crítica relacionada con la presunta intromisión de las altas cortes en las funciones constitucionales y legales de autoridades de las otras ramas del poder público, o de organismos autónomos e independientes, se insiste, se enmarca dentro del debate sostenido en la doctrina nacional entre dos posiciones que defienden tesis encontradas sobre el concepto que conforma lo que llamaremos *derecho tradicional* en contraposición de aquella que defiende al denominado *nuevo derecho*. Dicha discusión no se limita a la posición simplista de considerar la supuesta inutilidad de dicho debate, si se parte del supuesto de considerar exclusivamente que la posición formalista se reduce a la aplicación literal de la norma jurídica, pues, evidentemente no existiría debate alguno (Tamayo, 2006). No, la discusión supera esa débil posición, ya que requiere considerar que un operador jurídico, al adoptar una decisión en un caso concreto, se enfrenta a una disyuntiva: o i) aplica las normas jurídicas sin considerar factores complementarios o sin realizar análisis valorativos necesarios para lograr una decisión que atienda a criterios de justicia material requeridos por la sociedad, incluso a sabiendas su decisión podría sacrificar el goce efectivo de derechos y principios constitucionales bajo la excusa del respeto al principio de legalidad, o, ii) adopta una decisión a partir de la aplicación de tales normas jurídicas pero siendo consciente de la necesidad de integrar contenidos jurídicos de origen no necesariamente normativo que logran el goce efectivo de los derechos constitucionales o convencionales de los involucrados, así como la mejor aplicación de los principios superiores que sirven, en últimas, para reformular los parámetros de validez de las mismas normas del ordenamiento. (Rodríguez C. , 1997) Considerar este debate es relevante en virtud a que la idea central de este documento es demostrar cómo la aplicación del precedente jurisprudencial es un

parámetro obligatorio para los funcionarios administrativos para su acción diaria como elemento para garantizar el goce efectivo de los derechos de los asociados, así como en la prevención del daño antijurídico.

Al respecto, y considerando esta última posición, el postulado que permitiría solucionar el debate entre derecho tradicional y nuevo derecho, dentro del marco del concepto de activismo judicial, es comprender que el Estado de Derecho no se desconoce si los jueces, mediante la *aplicación armónica* de todos los contenidos del ordenamiento jurídico, adoptan decisiones que requieren la participación de otras autoridades públicas en razón que dicha vía es la más razonable posible para el goce efectivo de los derechos de los involucrados, así como la vigencia de los principios constitucionales que rigen la vida de la sociedad. (López D. , 2006)

Por lo tanto, resulta lógico pensar que el uso del precedente, entendido como un contenido del sistema jurídico del que hace uso un operador jurídico al decidir un caso concreto que comparte circunstancias de hecho con una problemática ya saldada por la jurisdicción (Santofimio, 2010), se desarrolla partiendo de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la situación litigiosa, de ahí el que el juez, dentro de su activismo, adopte una decisión en derecho, objetiva y alejada de criterios subjetivos que pongan en riesgo el Estado de Derecho.

Siguiendo esa línea argumentativa, un Estado de Derecho, o mejor, un Estado Social de Derecho, requiere que todas las autoridades de la república sean conscientes de que el ejercicio de sus competencias debe ejercerse teniendo como objetivo principal el goce efectivo de los derechos de los asociados¹⁸ (CorteConstitucional, 2004). Ahora bien, puede presentarse el evento

¹⁸ El principio constitucional de la colaboración armónica de los poderes pretende que las autoridades públicas, siendo conscientes de su independencia, participen de forma coherente con el logro de los fines esenciales del Estado, es por ello, que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “Si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales.” (CorteConstitucional, 2004)

en el que una determinada autoridad, al omitir el cumplimiento de sus funciones, haya creado una situación en la que se han puesto en duda la vigencia de tales derechos, circunstancia que motiva el ejercicio de los medios procesales establecidos en el mismo ordenamiento para remediar la situación; dichos mecanismos pueden ser orden judicial o administrativa. Si se trata de los primeros, es natural pensar que la orden impartida por el juez se oriente al adecuado desarrollo de las funciones constitucionales y legales de la entidad pública cuya omisión ha afectado el desarrollo normal de la vida de sus súbditos.

La decisión de la autoridad judicial, así entendida, no representa una vulneración del Estado Social de Derecho, más bien expresa su total vigencia pues i) materializa el ejercicio del equilibrio de poderes y ii) permite la aplicación directa de la norma fundamental, base del ordenamiento jurídico. En este sentido, resulta pertinente también indicar, junto con Luisa Fernanda García López, que la noción tradicional de separación de poderes absoluta se ha venido transformando en la práctica y el papel del juez como mero intérprete de las normas ha evolucionado al punto de convertirse en una autoridad que con sus decisiones crea derecho e interviene activamente en la vigencia de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política. (López L. F., 2014)

Bajo estos supuestos el uso del precedente antes que la negación del Estado de Derecho, representa su plena vigencia. Y así lo ha entendido el legislador nacional, al elevar a rango legislativo la vinculación entre el ejercicio de la función administrativa al precedente judicial, mediante la inclusión de las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) que regulan i) el deber de las autoridades de decidir de manera uniforme los asuntos que compartan las mismas circunstancias de hecho y que ameriten la aplicación de las mismas normas jurídicas, para lo cual, deben utilizar como parámetro de

acción las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado; y, ii) la figura de la extensión de la jurisprudencia de unificación a terceros por parte de las autoridades públicas.

Capítulo III. Naturaleza y metodologías para el diseño de políticas públicas y su relación con la prevención del daño antijurídico y el precedente jurisprudencial

El presente capítulo, se expondrán los elementos conceptuales esenciales para un adecuado entendimiento del concepto de las políticas públicas, así como la metodología para su formulación, pasando por el análisis de la técnica que se utiliza para el efecto en el desarrollo de los lineamientos generales de acción para la prevención del daño antijurídico en Colombia. Por último, se presentarán observaciones críticas a la metodología actual, tratándose de ofrecer estrategias concretas para el adecuado uso del precedente jurisprudencial en el diseño de tales políticas.

Consideraciones previas

Luego de realizar el análisis de la figura del precedente jurisprudencial, y su relación con las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, resulta necesario encontrar una relación con el diseño e implementación de las políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico en el país, de forma tal que pueda establecerse si los órganos encargados de la estructuración de dicha política han tenido en cuenta los parámetros unificadores contenidos en los precedentes jurisprudenciales pertinentes, cuya aplicación permita evidenciar la coherencia en la visión que el legislador de 2011 quiso lograr con la promulgación del CPACA, esto es, evitar la congestión judicial mediante el uso de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

Para estos efectos, primero se establecerán las condiciones que deben tenerse en cuenta para la producción de una política pública, así como para su implementación y análisis, para después tratar de determinar si el diseño de la política pública en materia de prevención del daño

antijurídico está produciéndose de manera coherente con las decisiones judiciales relevantes en la materia.

Punto de partida: el concepto de políticas públicas

Con el objetivo de realizar un análisis adecuado de la relación entre el precedente jurisprudencial de unificación y la prevención del daño antijurídico, se estima necesario dedicar un acápite inicial sobre el concepto de políticas públicas, con el fin de proporcionar un contexto adecuado para el análisis de interés para el presente trabajo.

Así, en primer término, es pertinente señalar que “(l)as políticas públicas son un conjunto de acciones específicas orientadas a resolver un problema público acotado, concreto” (Cejudo & Michel, 2016). De donde se evidencia su altísima importancia para un Estado de Derecho que requiere del diseño de cursos de acción generales para el tratamiento en términos macro de una determinada problemática en la sociedad.

En un sentido similar, Roth sostiene que una política pública

“designa la existencia de un conjunto conformado por uno o varios objetivos considerados necesarios o deseables y por medio o acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar la situación percibida como insatisfactoria o problemática” (Roth Deubel, 2002)

La posición del profesor suizo revela la importancia que tiene para la gestión pública la identificación de objetivos esenciales para la adecuada gestión de lo público, metas que pretenden, a su vez, “condicionar” positivamente la conducta de actores sociales determinados para lograr un cambio en una realidad a mejorar.

Por su parte, Raúl Velásquez Gavilanes propone como definición de la política pública *“un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener”* (Velásquez Gavilanes, 2009)

La definición presentada por el profesor de la Universidad del Rosario plantea la noción de política pública desde una perspectiva multidimensional, al considerar que el concepto incluye procesos, acciones, consensos e instrumentos que se articulan bajo una serie de condiciones previamente definidas, de manera tal que los diferentes actores intervinientes coordinan esfuerzos con el fin de “solucionar o prevenir” una situación previamente identificada como “problemática”.

Para Jiménez y Ramírez, “las políticas son el instrumento para la conducción de las sociedades y su estudio permite observar la forma en que los gobiernos definen objetivos comunes, disponen de sus recursos asignando beneficios y costos entre los ciudadanos, y el impacto que estas decisiones tienen sobre su bienestar.” (Jiménez & Ramírez, 2008) Esta posición teórica plantea un contenido más estratégico, al proponer que el sentido en el diseño y utilización de las políticas públicas es el de conducir o direccionar a la sociedad entera hacia un determinado norte, definido a su vez por los actores de la gestión pública que tienen la capacidad real de imponer su visión a la sociedad, en razón a su posición dentro del aparato estatal.

Una visión centrada en lo procedimental es la aportada por Carlos Aguilar y Marco Lima, quienes indican que

“lo específico y peculiar de la política pública consiste en ser un conjunto de acciones intencionales y causales, orientadas a la realización de un objetivo de interés / beneficio público, cuyos lineamientos de acción, agentes, instrumentos, procedimientos y recursos se reproducen en el tiempo de manera constante y coherente (con las correcciones marginales necesarias), en correspondencia con el cumplimiento de funciones públicas que son de naturaleza permanente o con la atención de problemas públicos cuya solución implica una acción sostenida. La estructura estable de sus acciones, que se reproduce durante un cierto tiempo, es lo esencial y específico de ese conjunto de acciones de gobierno que llamamos política pública” (Aguilar & Lima, 2009)

Como puede observarse, los citados profesores mexicanos presentan como característica fundamental del concepto de políticas públicas la necesidad de revisión y su correspondiente labor de ajuste.

En un sentido similar, la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, sostiene que

“Una política pública de excelencia corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados” (Lahera, 2004)

Esta posición resalta la necesidad de identificar el objetivo que se encuentra necesario atender mediante la utilización de mecanismos democráticos, esto es, que permitan la participación de

los diferentes actores afectados con la problemática en cuestión, los cuales, pueden provenir tanto del sector público, como del privado.

Por otra parte, una definición cuya cita se encuentra en especial pertinente para los efectos del presente trabajo, es la construida por Quinche y Rivera, quienes, luego de explicar las dificultades que se encuentran para determinar un concepto único de aquello que concierne a políticas públicas, concluyen que se trata de

“un conjunto de actividades, decisiones o medidas diseñadas por el Estado, y en ocasiones también llevadas a cabo directamente por él, mediante las cuales se pretende intervenir en determinadas situaciones previamente identificadas –que por lo general corresponden a situaciones socialmente percibidas como problemáticas– con el propósito de cumplir determinados objetivos –que usualmente corresponden a la intención de mitigar o de corregir esas situaciones problemáticas–” (Quinche & Rivera, 2010)

Obsérvese que el planteamiento propuesto incorpora como sujeto responsable de la formulación e implementación de la política pública al Estado, pero la identificación de la situación problema no es exclusivamente de su resorte, como quiera que se trata de una circunstancia “socialmente” identificada. En otros términos, si bien no es el Estado necesariamente quien identifica el problema estructural, sí es el responsable del diseño e implementación de las acciones cuya ejecución pretende su superación.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional no ha sido ajena al análisis del concepto y alcance de la noción bajo estudio. Así, en la sentencia T – 291 de 2009, al revisar los fallos de tutela proferidos en virtud al inicio de la correspondiente acción constitucional por parte un grupo de recicladores del basurero Navarro de la ciudad de Cali, sostuvo:

“Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional: (i) que la política efectivamente exista; (ii) que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho; y (iii) que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática.” (Corte Constitucional, 2009)

Claramente puede evidenciarse que la posición de la Corte Constitucional refiere a las condiciones que el Estado debe tener presente al momento de producir una política pública en la cual se afecten derechos constitucionales cuya vigencia y respeto son innegociables en el Estado Social de Derecho.

Esta relación entre políticas públicas y derechos constitucionales ha originado otros análisis en los cuales se ha evidenciado la relevancia que tiene tanto para la ciencia política como para el derecho una adecuada formulación de aquellas. Así, Luis Eduardo Pérez Murcia, César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes sostienen que en la medida en que los órganos estatales competentes cumplan adecuadamente su misión de diseñar políticas públicas respetuosas de los derechos protegidos constitucionalmente, menos será la litigiosidad del Estado derivada de las pretensiones que reclamen protección o reparación por una ineficiente acción estatal, permitiendo la utilización eficiente de los recursos disponibles (Pérez, Uprimny, & Rodríguez, 2007). En este sentido, sostienen que

“las políticas públicas efectivas contribuyen a descongestionar el sistema judicial. La idea es básica: si las políticas públicas se diseñan e implementan de manera que satisfagan los mínimos prestacionales de los derechos humanos, y en particular de

los derechos sociales, la ciudadanía dispondrá de mayores posibilidades para la realización de sus derechos y una menor disposición a adelantar acciones judiciales para buscar la protección de los mismos. Los recursos ahorrados podrían encontrar su mejor uso alternativo en políticas sociales que maximicen los derechos humanos de la población” (Pérez, Uprimny, & Rodríguez, 2007)

En un sentido similar, se ha sostenido que el diseño de las políticas públicas que guardan alguna relación con derechos constitucionales debe propender por crear escenarios constitucionales que ofrezcan un espacio adecuado para el desarrollo y goce efectivo del correspondiente derecho (Cano, 2014). Por ello, se ha sostenido que

“abundan las decisiones judiciales que protegen la faceta programática de los derechos de poblaciones vulnerables: discapacitados, niños y niñas, población desplazada, minorías étnicas, población LGBTI, vendedores ambulantes y recicladores, entre otros. Frente a estos grupos poblacionales, la Corte advierte dos tipos de obligaciones estatales derivadas de la cláusula de erradicación de las injusticias presentes: un deber positivo de implementar políticas encaminadas a lograr la igualdad real de la población y un deber negativo que le ordena abstenerse de adoptar políticas regresivas que impliquen un retroceso para los derechos de los afectados por una decisión pública.” (Cano, 2014)

Tanto el pronunciamiento constitucional citado, como los estudios especializados referidos en las líneas precedentes, ponen en evidencia una relación entre pronunciamientos judiciales y diseño de políticas públicas que resulta pertinente para el presente trabajo. Esta relación permite evidenciar que es posible el juzgamiento constitucional de ciertas acciones del Estado vinculadas con las políticas públicas relacionadas con derechos constitucionales. Ello, permite, a su vez,

concluir razonablemente que las reglas jurisprudenciales establecidas en las decisiones proferidas al realizar el control constitucional, se convierten en límites que deben respetar los formuladores de las políticas cuando, en el futuro, produzcan nuevos lineamientos con la vocación de “acondicionar” ciertas conductas en la sociedad o transformar determinadas realidades que se han identificado como problemáticas.

Ahora bien, conviene adicionar al análisis que se viene realizando que, para encontrar un concepto de lo que es una política pública, resulta necesario revisar el contenido semántico de la palabra *política*, que permite afirmar, junto con Roth, que su contenido en el idioma inglés permite una distinción que no es posible identificar en el castellano, como quiera que para los anglosajones la expresión citada puede tener un alcance tridimensional dado que puede comprender i) el ejercicio del gobierno en sociedad (*polity*), o también ii) puede referir a la acción adelantada por quienes quieren ejercer el poder (*politics*), incluso puede significar iii) el establecimiento de los diferentes planes y programas por parte de las autoridades públicas (*policy*), para enfrentar una problemática previamente establecida. (Roth Deubel, 2002). El entendido de esta última expresión, esto es, el anglicismo *policy*, expresa el alcance del concepto que se pretende analizar en el presente acápite, como quiera que refiere a una intención del cuerpo gobernante en orientar una conducta social hacia un objetivo previamente identificado, bajo la aplicación de parámetros concretos de acción, susceptibles de seguimiento, evaluación y reformulación.

Obsérvese cómo las definiciones citadas tienen en común cuatro elementos esenciales del concepto de política pública:

- i) La identificación de una situación problemática,

- ii) El desarrollo de acciones concretas, que pueden comprender procedimientos y diseño de programas, y que requieren de fuentes de información confiables,
- iii) La intención de alcanzar unos objetivos previamente determinados cuyo logro se han concebido como la respuesta a la circunstancia problema, y,
- iv) La vocación de ser ajustadas en el tiempo, desde su implementación y hasta el alcance de los fines propuestos, esto es, su posibilidad de evaluarse y reformularse para mejorar sus resultados y efectividad.

Adicionalmente, analizados los elementos que intervienen en las definiciones de política pública citados con anterioridad, es pertinente señalar que su relación se encuentra determinado además por los conceptos de Estado y de gobierno, los cuales se ubican en el centro de un entramado de sistemas de acción que interactúan en el diseño de toda política pública, por lo que su definición debe partir de la evaluación del mayor número de variables que, habiendo sido identificadas previamente, intervienen en la problemática que se pretende abordar (Roth Deubel, 2010) y que son ponderados por el alto gobierno, siguiendo una metodología concreta.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta el contexto de la prevención del daño antijurídico como una política del Estado cuyo fundamento normativo se evidencia en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, se hace evidente que su diseño debe partir de la identificación de las circunstancias o conductas que, al presentarse con una frecuencia importante, usualmente ocasionan afectaciones a los individuos de tal magnitud que deben ser atendidas patrimonialmente por el aparato estatal.

En otras palabras, el primer paso para diseñar un curso de acción que pretenda prevenir la ocurrencia del daño antijurídico inicia con la identificación de las posibles situaciones de hecho, así como de las conductas que usualmente lo producen. Ello constituye gran parte de la situación

problema que pretende ser atendida por el Estado, por lo que un insumo importante para determinar de las circunstancias fácticas cuya ocurrencia puede ocasionar la configuración de un daño antijurídico, es la identificación de los hechos relevantes que se presentan como soporte de la pretensión judicial correspondiente, y que son estimados positivamente por los jueces y tribunales competentes en las correspondientes sentencias condenatorias. Así, si el objetivo de la política de prevención del daño antijurídico es disminuir su producción a un número cada vez más cercano a cero, una estrategia eficaz sería instruir a las entidades competentes para que adopten medidas concretas que eviten la verificación de los hechos y conductas cuya ocurrencia típicamente confluyen en una condena a cargo del erario.

Desde esta perspectiva, conviene entonces establecer los pasos o etapas que se presentan en la formación o diseño de una política pública, para posteriormente establecer cómo se presentan esas fases en el actual diseño de las políticas de prevención del daño antijurídico en Colombia.

Sobre el proceso de formación de las políticas públicas

El análisis del concepto de políticas públicas no puede comprenderse en su contexto adecuado sin realizar una revisión sobre los procesos utilizados para su formulación. En este sentido, debe considerarse que el proceso de creación de una política pública razonable y que tenga la aptitud de preservarse en el tiempo, logrando resultados positivos para la sociedad, es un proceso de alta complejidad que demanda un diálogo permanente y fluido de las partes interesadas frente a la identificación de un problema, la generación de voluntad política y la selección de soluciones prácticas para enfrentar la situación. (Dovlo, Nabyonga-Orem, Estrelli, & Mwisongo, 2016)

Esta visión requiere, por lo tanto, que el órgano o entidad responsable del diseño de la política pública correspondiente establezca una agenda que le permita i) identificar las partes involucradas en el asunto genérico que debe ser abordado, ii) establecer los mecanismos y

procedimientos para reunir a las partes interesadas en la problemática, iii) identificar los más importantes de la situación y las posibles alternativas para enfrentarla, y, iv) establecer los cursos de acción específicos para la producción de la política correspondiente, con el fin de, posteriormente, desarrollar los programas concretos que permitan su aplicación en los diferentes niveles de la administración.

Pedro Medellín realiza un análisis del proceso que se adelanta para la formulación de políticas públicas en Estados con lo que denomina “baja autonomía gubernativa”, es decir, países con estructuras de poder que no cuentan con un nivel de acatamiento generalizado de las decisiones políticas, y que, además, no tienen la estabilidad suficiente en razón a los cambios regulares que se presentan en las esferas que tienen a su cargo la función de formular tales políticas. (Medellín, 2004)

De acuerdo con el autor en comento, el proceso de formación de las políticas públicas se desarrolla a través de distintas contextualizaciones en las cuales los “los objetos, temas, enunciados, teorías y prácticas de gobierno progresivamente se van desubicando y reubicando en nuevos contextos, en los que luego de un proceso de selección, jerarquización, apropiación se van reelaborando, para llegar a constituirse en un nuevo proyecto de referencia de la acción de los individuos e instituciones” (Medellín, 2004) Existe, entonces, una permanente interacción entre los diferentes actores del proceso, diálogo que no siempre es predeterminado y que obliga a que en “*recontextualizaciones*” se consideren las nuevas posiciones, lo que, a su vez, genera nuevos aspectos a tener en cuenta en la política en formación. Este proceso, descrito al detalle por Medellín, comprende los siguientes momentos:

- i. Puesta en movimiento de las tensiones y conflictos: en este momento los temas que son socialmente relevantes logran ser incluidos en los temas de gran importancia para la gestión pública.
- ii. Reconocimiento de tensiones y conflictos: en esta etapa los actores involucrados exponen sus argumentos y posiciones frente a los asuntos que han logrado conformar la agenda de interés público. El intercambio de argumentos puede o no ayudar al mejor desenvolvimiento en la formulación de la política.
- iii. Búsqueda de equilibrios de las tensiones y conflictos: Este es, concretamente, el momento en el que se construyen las políticas públicas, gracias a los consensos que pueden lograr los intervinientes, quienes están dispuestos a transigir en sus intereses, con el fin de que los puntos esenciales que defienden sean atendidos por la política pública en formación. Esta etapa logra una consolidación transitoria de la tensión, pero deben adelantarse las labores pertinentes a fin de su perdurabilidad en el tiempo.
- iv. Institucionalización de los equilibrios: Esta etapa representa la consolidación del equilibrio de las tensiones que se ha logrado hasta el momento de forma transitoria. Ello requiere traducir los acuerdos logrados en proyectos de normas, definición de estructuras, funciones y procedimientos.
- v. Puesta en marcha del aparato estatal: En este momento, la fuerza real representada por los órganos estatales competentes ponen en marcha la política recientemente producida, siguiendo las normas y procedimientos creados, pero materializando su acción mediante la definición de objetivos, metas y resultados específicos.
- vi. Desplazamiento de las tensiones y conflictos del terreno político al administrativo: Esta etapa supone la contraposición de intereses en el plano de la ejecución

- administrativa, en virtud de la cual, los diferentes funcionarios, encargados de la ejecución de la política, manifiestan a su vez, fuerzas, intereses y reclaman ejercicio de poder específico, con el fin de asumir el liderazgo en los proceso de cambio que supone la puesta en marcha de la nueva política.
- vii. Equilibrio funcional de las tensiones y conflictos: Esta etapa final implica alcanzar el equilibrio de la tensión creada entre los funcionarios administrativos, de tal suerte que, habiéndose encontrado una salida institucional a la disputa de fuerzas, se definen con claridad las competencias y se acuerda el desarrollo de la política correspondiente de manera coordinada y concertada.

El proceso descrito por Medellín (Medellín, 2004) pone de presente la realidad que se vive en los países, como Colombia, cuyas estructuras administrativas dependen de la fuerza política que se encuentre en el poder y que pretende variar la política durante su corta estadía en el aparato estatal. Ello crea las incesantes tensiones que deben ser equilibradas con el fin de implementar de la mejor manera los lineamientos generales que pretenden direccionar la vida de la sociedad.

Otra visión es la aportada por Velázquez Gutiérrez, quien analiza la posición de Giandomédico Majone, el proceso de formulación de una política pública discurre gracias a la permanente argumentación y contiene los siguientes elementos (Velázquez, 2016):

1. Formador de las políticas (policy maker)
2. Tomador de decisiones (decision-maker)
3. Toma de decisiones (decision-making)

Donde el formador de las políticas sustenta su iniciativa ante el tomador de las decisiones para lograr convencerlo y lograr la implementación de la determinada decisión.

Por su parte, James E. Anderson sostiene que el proceso de creación de una política pública puede verse como un “patrón secuencial de actividades o funciones que fácilmente se pueden distinguir analíticamente pese a que pueden ser empíricamente más difíciles de separar”

(Anderson, 2011) en el que se distinguen las siguientes etapas:

- i. Identificación de problemas y configuración de la agenda. En esta fase el ente u organismo encargado del diseño de la política debe enfocarse en encontrar una vía para identificar y especificar los problemas cuya solución debe convertirse en los objetivos de las políticas públicas.
- ii. Formulación. Esta etapa comprende la creación, identificación o adaptación de diferentes cursos de acción para resolver o mejorar los problemas públicos previamente identificados.
- iii. Adopción. Esta fase implica decidir cuál de las alternativas propuestas será utilizada para el manejo del problema.
- iv. Implementación. Refiere a las actividades concretas que deben ponerse en marcha para aplicar las políticas adoptadas.
- v. Evaluación. Esta etapa concierne al desarrollo de las acciones necesarias para establecer si las políticas han tenido o no el efecto deseado.

Esta concepción se agrupa dentro de la categoría que Roth llama el “marco secuencial” que tiene como característica encuadrar el proceso en etapas o fases que pueden estudiarse de forma aislada (Roth, 2008), por lo que encierra un sentido práctico muy relevante en la medida en que permite a los actores interesados diseñar políticas públicas en diferentes asuntos, abordando de manera secuencial la problemática correspondiente.

Como ejemplo de esta situación, es pertinente citar el decreto 689 de 2011 proferido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, por el cual se adoptó la “Guía para la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas distritales”, documento técnico que acoge el citado modelo del policy cycle (Jones, 1984) a que hace referencia Anderson (Anderson, 2011) y Roth (Roth, 2008), dentro del cual se distinguen las siguientes fases en el ciclo de formación de una política pública:

- i. Fase I: Elaboración de la agenda pública. Para la administración distrital, esta etapa está caracterizada por dos grandes momentos: i) un proceso participativo en el que se identifican los diferentes marcos de referencia que sirven de contexto a la realidad social a analizarse; como resultado, se debe producir un diagnóstico que refleje los aspectos esenciales considerados, y debe finalizar con ii) la formulación del problema concreto a tratar, respecto del cual, se deben identificar concretamente sus causas, así como los factores críticos que lo estructuran.
- ii. Fase II: Formulación. En esta etapa se identifican tres momentos relevantes: i) la identificación de las diferentes alternativas que tienen la capacidad para enfrentar con éxito la situación problemática establecida. Dichas opciones deben ser adecuadamente valoradas, con el fin de tener claras las consecuencias de su aplicación. ii) se debe definir la estructura de la política pública mediante la concreción de su finalidad, objetivos, ejes, metas, acciones, seguimiento, responsables y financiación. Por último, iii) se elabora el documento técnico de la política que servirá de guía a los actores interesados.
- iii. Fase III: Adopción de la decisión. Esta etapa materializa la política adoptada y claramente identificada en el documento guía, mediante la producción de los

- diferentes canales de manifestación que tiene a su disposición las entidades encargadas de adelantar las acciones para la ejecución. Así, pueden proferirse normas jurídicas concretas como leyes, decretos o resoluciones que expresan al detalle la decisión adoptada.
- iv. Fase IV: Implementación. Esta etapa refiere a la puesta en marcha de planes, programas, proyectos y servicios específicos que se han contemplado en las normas creadas, de manera que dé inicio a las acciones concretas que enfrentarán la situación problema y que pretenden mejorar su estado.
 - v. Fase V: Evaluación. En esta etapa se establecen los criterios de seguimiento que deben implementarse a fin de realizar el monitoreo en el cumplimiento de la política, de manera tal que puedan evidenciarse regularmente sus resultados, mediante el análisis de indicadores y su correspondiente retroalimentación. Un adecuado seguimiento permite desarrollar técnicas específicas para la evaluación de la política y el ajuste periódico de los elementos que se hayan encontrado desactualizados o ineficientes.

Este modelo sirve como parámetro válido en la formulación de políticas públicas en razón a que obliga a los actores responsables a considerar las actuaciones esenciales que intervienen en esa labor, siguiendo un estricto proceso, que permite la ponderación y análisis de todos los aspectos involucrados en la situación que se pretende cambiar con la implementación de la política.

Por otro lado, debe considerarse también cómo se evidencia la relación entre el diseño de una política pública y el derecho administrativo como i) un elemento regulador del proceso en tanto contiene las condiciones y parámetros que debe seguir el órgano competente al desarrollar el

proceso de formación de la política pública, pero a la vez, sirve como ii) elemento catalizador de las diferentes acciones que permiten la implementación de la correspondiente política.

Ahora bien, las etapas indicadas dentro de todos los sistemas de formulación de políticas públicas que se han citado, no se desarrollan de la misma manera en todos los Estados, pues su estructuración puede variar en razón a las diferentes dinámicas de cada país. En este sentido, tal como lo sostienen Dovlo, Nabyonga-Orem, Estrelli, y Mwisongo, los modelos de formulación de políticas públicas aplicado en países de bajo o medio ingreso resultan altamente criticables “por ser descriptivos, basados en evidencia insuficiente y por su ausencia de consideración respecto del contexto subyacente” (Dovlo, Nabyonga-Orem, Estrelli, & Mwisongo, 2016). La falta de argumentación lógica y discusión entre los actores interesados tiene como resultado el diseño e implementación de una política pública, cuando menos, deficiente. En consecuencia, los resultados jamás podrán alcanzar los objetivos propuestos.

Al aterrizar estas consideraciones preliminares sobre la importancia de la participación de los interesados en el diseño de una política pública, respecto a la prevención del daño antijurídico, se puede evidenciar cómo opera en la práctica las particularidades señaladas por la doctrina atrás citada, tal como pasa a indicarse en el siguiente acápite.

Modelo vigente para el diseño de políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico en Colombia

El diseño de políticas para la prevención del daño antijurídico en Colombia se ha impuesto por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, ANDJE, mediante una serie de documentos técnicos compartidos por dicha entidad a través de su página electrónica a las entidades públicas que en virtud de la ley están vinculadas a dichos lineamientos. Esta función la

ejerce la ANDJE en virtud de las competencias otorgadas por la ley 1444 de 2011 y el decreto 4085 del mismo año.

Así, mediante la circular externa No. 3 del 20 de junio de 2014, la ANDJE, puso en conocimiento de las entidades competentes, el documento diseñado para ilustrar la metodología idónea para el diseño de la política pública relativa a la prevención del daño antijurídico, como quiera que dicha entidad “es competente para expedir lineamientos con carácter vinculante para las entidades públicas del orden nacional dirigidos a fortalecer la defensa jurídica del Estado en sus diversos componentes, incluida la prevención del daño antijurídico.” (ANDJE, 2014)

Para la ANDJE, la política pública para la prevención del daño antijurídico es el “uso consciente y sistemático de los recursos públicos a través de decisiones legales, administrativas, regulatorias y sobre prioridades de gasto específico que se pretende solucionar”. (ANDJE, 2013) Esta definición, de orden técnico y operativo, no contiene los elementos establecidos por la doctrina en el anterior acápite, que pueda evidenciar la construcción de un lineamiento general a cargo de entes gubernamentales que persigue el objetivo de orientar la acción de las diferentes autoridades públicas en la materia específica. Por el contrario, la definición de la ANDJE se centra en el “uso de recursos públicos” mediante la adopción de “decisiones” pero no refiere concretamente al deber del alto gobierno de diseñarla e implementarla. La razón es sencilla, y de orden normativo, tal como se presentará más adelante, la responsabilidad de la formulación y ejecución de la política de prevención del daño antijurídico está en cabeza de los comités de conciliación de cada entidad pública, lo anterior, en razón a lo establecido en el Decreto 1716 de 2009.

En el documento elaborado por la ANDJE denominado Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico, la Agencia expresa que el modelo sobre el cual

debe construirse dicha política por parte de las diferentes entidades es el “propuesto por la teoría de administración de la calidad total” (ANDJE, 2013) o “Total quality management” (Hopper & Jensen, 1994) según la expresión inglesa de donde se tomó la metodología. Para la ANDJE esta metodología es la idónea para tratar la problemática del daño antijurídico y la litigiosidad de la entidad, por cuanto trata permanentemente de encontrar las razones o causas que generan el problema. Los pasos que conforman este método son: i) buscar puntos que generan problemas, ii) enlistar las posibles causas, iii) identificar las causas primarias del problema, iv) diseñar las medidas para corregir el problema, v) implementar las medidas correctivas, vi) comprobar los resultados, y, vii) institucionalizar las nuevas medidas. (ANDJE, 2014)

El contenido de cada paso de la metodología indicada, puede expresarse de la siguiente forma:

- a) Identificación de los puntos que generan problema. La información que se consulta para establecer este paso de la metodología se obtiene gracias a la cuantificación de las peticiones, quejas, reclamos, así como las notificaciones del inicio de los diferentes procesos en contra de la entidad relacionados con el daño antijurídico. Adicionalmente, la ANDJE sugiere la consulta del sistema Litigob o E-Kogui. (ANDJE, 2014)
- b) Identificación y enlistamiento de las causas primarias del problema. Tras sistematizar la información, las áreas misionales de la entidad que se encuentran involucradas en los puntos problema, tratan de establecer las posibles causas que generan las “falencias administrativas” (ANDJE, 2014) que generan la problemática y las clasifican.
- c) Diseño de las medidas para corregir el problema. Con las causas del problema identificadas, se procede a la elaboración de un plan de acción que contenga las actividades suficientes para la prevención del daño antijurídico. Ello, requiere además de

la estimación de un presupuesto que permita disponer de los recursos para la atención de la situación, así como un “cronograma para su desarrollo, los resultados esperados y la medición de los indicadores” (ANDJE, 2014), todo con indicación de los funcionarios y áreas responsables de cada acción.

- d) Implementación de medidas correctivas. Este paso requiere de la integración de la política en la planeación anual de la entidad de forma que “que el diseño e implementación de la política cuente con los recursos humanos y financieros para su desarrollo efectivo, y además demostrar la importancia estratégica de la prevención del daño antijurídico en la entidad” (ANDJE, 2014) Esta etapa requiere además la divulgación adecuada de la política de manera tal que cada funcionario sea consciente de su papel en la prevención del daño antijurídico.
- e) Comprobación de resultados. El plan de acción atrás definido, tendrá un plazo de ejecución al cabo del cual debe verificarse el grado de su cumplimiento, lo que demanda la identificación sobre la marcha de las circunstancias que pueden estar evitando su adecuada implementación.
- f) Institucionalización de las nuevas medidas. El proceso finaliza mediante la implementación definitiva de las medidas ajustadas, con el fin de institucionalizar “la política de prevención del daño de la causa inicialmente analizada para que esta se convierta en una más de las políticas que la entidad aplica en su quehacer misional o administrativo” (ANDJE, 2014)

Las etapas ilustradas hasta ahora no demuestran cómo puede considerarse al precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado como un insumo válido para la formulación de la política de prevención del daño antijurídico

pese a la relevancia que el legislador le otorgó a este tipo de providencias, por cuya utilización, como ya se expresó, es posible evitar litigios que pueden ocasionar mayores costos a la administración si se decide extender sus efectos a las personas que se encuentren en las mismas condiciones de hecho y derecho de las partes que desarrollaron el debate judicial correspondiente. La sentencia de unificación contiene el precedente que sirve también para la administración como insumo para la identificación de la situación problema, así como para la formulación de estrategias a incorporar en el plan de acción para evitar su producción. Toda política de prevención en este sentido, debe incorporar los precedentes allí establecidos.

Vicisitudes presentadas en la incorporación del precedente jurisprudencial y la formulación de la política para la prevención del daño antijurídico en Colombia

Análisis de acuerdo con la visión del Policy Cycle y su relación con el precedente jurisprudencial

Desde el punto de vista de la aplicación del modelo denominado Policy Cycle (Jones, 1984) en virtud del cual se distinguen cinco fases o etapas que se siguen de forma lógica o secuencial para la formulación adecuada de una política pública, es posible establecer las diferentes vicisitudes que se presentan en la formulación de las políticas públicas en materia de prevención del daño antijurídico y la participación que en dicho proceso puede haber tenido el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de unificación del Consejo de Estado. El objetivo de realizar el análisis siguiendo esta metodología es la de compararla con el procedimiento establecido actualmente para la definición de estas políticas y estudiar si en dicho trámite se ha concebido la inclusión de los precedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Las fases que conforman el Policy Cycle, tal como ya se indicó líneas atrás, son i) identificación de un problema, ii) formulación de soluciones, iii) toma de decisión, iv) implementación, y, v) evaluación.

Identificación del problema: carácter reactivo (no proactivo) en la formulación de las políticas públicas para la prevención del daño antijurídico

Una revisión general de las crecientes demandas en contra del Estado (ANDJE, 2016), las cuales han generado a su vez una altísima afectación al patrimonio público, y cuyo costo se incrementa anualmente de manera desproporcionada, permite evidenciar que los formuladores de la política (*policy maker*) de prevención del daño antijurídico se han visto en la necesidad de abordar el problema con una visión reactiva, de choque, antes que mediante la consideración sesuda y bien pensada de la problemática en cuestión.

Así, de acuerdo con cifras establecidas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el periodo comprendido entre el año 2000 y el 2012, crecieron un 432%, pasando de \$219.000 millones en 2000 a \$1 165 347 millones en 2012. (ANDJE, 2013)

Con el fin de *contrarrestar* esta situación, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4085 de 2011, mediante el cual se reglamentó el parágrafo del artículo 5 de la ley 1444 de 2011, creando la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), como un órgano encargado de “(f)ormular, aplicar, evaluar y difundir las políticas públicas en materia de prevención de las conductas públicas antijurídicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos”. (Gobierno Nacional, Decreto 4085 de 2011, 2011). De esta forma, se intentaba articular organismos concretos con el fin de enfrentar una problemática de alto impacto para los intereses del Estado.

En ejercicio de las competencias atribuidas, la ANDJE ha producido una serie de documentos jurídicos orientados a presentar parámetros que guíen a las entidades del nivel nacional de la administración de forma que puedan reducir las desalentadoras cifras en la materia. En uno de tales documentos, la ANDJE sostiene que una de las causas que hicieron aumentar las condenas contra el Estado es la falta de capacidad de las entidades públicas para enfrentar el aumento en las garantías reconocidas para los asociados en la Constitución Política de 1991 (ANDJE, 2013), razón por la cual la acción pública podría vulnerar los derechos de los asociados, abriéndose paso la declaratoria de responsabilidad correspondiente.

La creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, además de tardía, representó la reacción a una problemática gestada desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 90 condensó y afinó una tradición de la responsabilidad extracontractual del Estado que ya venía madurándose por vía jurisprudencial por parte del Consejo de Estado desde varias décadas atrás.

Así, tanto la creación de la ANDJE, como la metodología por ella diseñada en la prevención del daño antijurídico, representan una reacción a las causas que para cada entidad, generan la producción de daños antijurídicos. Una visión proactiva podría considerar el análisis de los precedentes jurisprudenciales a partir de la identificación de las circunstancias fácticas relevantes, así como la abstracción de las reglas y sub-reglas creadas en los correspondientes precedentes contencioso administrativos.

Formulación de soluciones: expedición de normas jurídicas contradictorias que producen una disonancia normativa respecto de la competencia en la formulación de las políticas públicas en prevención de daño antijurídico

Adicionalmente, debe considerarse la *aparente* disonancia normativa respecto a la responsabilidad de entes públicos encargados de asumir el diseño de la política en materia de

prevención del daño antijurídico, pues, aunque el Decreto 4085 de 2011 la establece como uno de los objetivos de la ANDJE, el Decreto 1716 de 2009 definió en su artículo 16 a los Comité de Conciliación de las diferentes entidades públicas como los órganos encargados del “estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.” (Gobierno Nacional, 2009)

La consagración reglamentaria de los citados Comités de Conciliación, más allá de pretender adjudicarles la función sobre la generación de la política pública en la materia, pretendió facilitar un espacio dentro de la entidad en el que se discutieran las solicitudes de conciliación presentadas por quienes deben agotar el requisito de procedibilidad correspondiente, establecido en la ley 1285 de 2009. En consecuencia, una interpretación sistemática, y no literal del reglamento, conduce a concluir la existencia de una función operativa y segregada de los comités de conciliación, razón por demás insuficiente para hacerlos responsables del diseño de tales políticas públicas. A lo anterior debe agregarse el que dichos Comités no tienen una visión científica de la materia, ni están obligados a desarrollar estudios que soporten su marco de acción.

Pese a que el decreto 1716 en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 19, les atribuye las funciones de “Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico”, “Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad”, así como “Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos”, es preciso indicar la inconveniencia práctica en el ejercicio de esta

función en razón a que i) ningún miembro del comité cuenta con la disponibilidad exclusiva para desarrollar dicha labor, como quiera que se trata de diferentes funcionario de la entidad con responsabilidades precisas y diferentes de los asuntos que conoce semanalmente en las sesiones del comité, y, ii) los asuntos que trata el área comentada refieren a litigios concretos que pueden estar siendo atendidos de manera fragmentaria y diferente a otras entidades públicas equivalentes. Piénsese por ejemplo que frente a una solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho el Comité de Conciliación de un Departamento Administrativo del Orden Distrital de la ciudad de Bogotá D.C., sostiene una posición jurídica diferente a la defendida por el Comité de Conciliación de la Secretaría de Hacienda del municipio de Neiva; ello evidencia claramente la imposibilidad práctica de pretender que los Comités de Conciliación, al decidir la procedencia de una conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos concretos y que atañen únicamente a esa entidad pública, están limitados para desarrollar una política pública en materia de prevención del daño que tengan la aptitud de ser generales, con base científica y coherentes con el sistema jurídico.

Toma de decisiones: la incertidumbre en la asignación de soluciones puede constituir un obstáculo para adoptar decisiones de calidad y basadas en identificación de la problemática

Como corolario, la ANDJE, en su Guía para la Generación de Política de Prevención de Daño Antijurídico, confunde el diseño de la política pública con la estrategia jurídica que el Comité de Conciliación debe decidir adoptar en un caso concreto, tanto para establecer la procedencia de la solicitud, como para enfrentar el posible, y muy seguro, litigio contra la entidad. Una cosa es la capacidad para diseñar una política pública, otra la facultad y la aptitud para aplicarla de una determinada forma y otra, muy diferente, la estrategia que se decida adelantar dentro de la ejecución de la política y con el fin de materializarla. En este sentido, bien conviene recordar que

la posición jurídica de una entidad en un determinado litigio, aunque puede partir de una interpretación legal, realmente persigue el alcance de una política pública en la materia. (Devins & Herz, 2003)

Así las cosas, dada a la disonancia normativa ya identificada, resulta claro que la función de los Comités de Conciliación de las entidades públicas debería limitarse a participar en la formulación de las políticas sobre prevención del daño antijurídico únicamente desde la perspectiva de la organización y sistematización de la información que debería ser analizada por la ANDJE para la formulación de la Política general y definitiva.

Implementación

De acuerdo con el informe de gestión de la Agencia de Defensa Jurídica de 2016, uno de los objetivos estratégicos de la entidad fue el de “Generar lineamientos para la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico y lineamientos generales de defensa”. En desarrollo de este objetivo, la ANDJE consolidó los documentos de generación de la política pública para la prevención del daño antijurídico de 82 entidades del Estado del orden nacional, “lo que equivale a un resultado del 32% de las 257 entidades definidas por la Agencia” (ANDJE, 2016), resultado que evidencia el bajo impacto en el cumplimiento de este objetivo.

El cumplimiento de dicho objetivo estuvo limitado al “acompañamiento” a las entidades en la formulación y desarrollo de las diferentes políticas mediante “Capacitaciones y asesoría del Manual para la elaboración de políticas de Prevención del Daño Antijurídico” (...) “asesorías personales, vía correo electrónico o telefónico, relacionadas con preguntas específicas” al respecto (ANDJE, 2016).

Tal como puede observarse, la labor de la ANDJE en el acompañamiento a las 82 entidades del orden nacional no incluyeron actividades *concretas* relacionadas con la identificación,

consolidación, sistematización y análisis de los precedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, pese a su relevancia práctica, así como por las disposiciones legales que ordenan la inclusión de la jurisprudencia de unificación del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto, recuérdese que el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 por el cual se profirió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que

“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.” (CongresodelaRepública, 2011)

Es necesario advertir, que la ANDJE en el periodo indicado “realizó la recolección, depuración y análisis de información litigiosa para la elaboración de líneas jurisprudenciales” (ANDJE, 2016) para la elaboración de “documentos de análisis jurisprudencial sobre: i) desplazamiento forzado ii) responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados con minas antipersonales, y iii) facultad de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública por voluntad de la entidad o llamamiento a calificar servicios, que condensan 23 problemas jurídicos.” (ANDJE, 2016). Sin embargo, dicha estrategia refiere únicamente a la elaboración de síntesis jurisprudenciales, pero no se concentra a sentencias de unificación y sus precedentes, razón por la cual los criterios identificados pueden no estar relacionados con los criterios unificadores establecidos por el Consejo de Estado, evidenciándose así una posible falla en implementación de las diferentes políticas. Esta tendencia se evidenció también para los años

2012, 2013, 2014 y 2015, circunstancia que se analizará en el último capítulo, relativo a las conclusiones de la investigación.

Evaluación

Como consecuencia de las circunstancias evidenciadas, la evaluación que pueda desarrollarse de la correspondiente política pública deberá excluir todos los precedentes jurisprudenciales que el Consejo de Estado haya proferido en sus sentencias de unificación, pues si no han sido objeto de consideración al momento de diseñar la política, no pueden tampoco considerarse dentro de su evaluación. Así, al ser parcial la evaluación, los resultados que pueden obtenerse para fundamentar un nuevo proceso de mejora seguirán excluyendo a este insumo sin una razón válida, incluso, puede sostenerse que dicha exclusión implica en cierta medida el desconocimiento de una obligación legal en razón a que, tal como ya se ha presentado de diferentes manera, tanto las sentencias de unificación, como los precedentes jurisprudenciales en ellas contenidos, son un parámetros vinculante para el cumplimiento de las funciones de las autoridades administrativas.

Confrontación del modelo vigente para formular la política pública para prevención del daño antijurídico y el modelo secuencial del Policy Cycle

Tal como se ha evidenciado, la ANDJE no adoptó el modelo del Policy Cycle en los documentos técnicos que sirven de base a los comités de conciliación para elaborar la política pública en materia de prevención del daño antijurídico. En su lugar, adoptó una técnica administrativa tomada del modelo de calidad total, típicamente utilizado por entidades públicas y privadas para adelantar procesos de mejoramiento continuo en sus diferentes áreas misionales.

Si se compara el modelo del Policy Cycle con el procedimiento establecido por la ANDJE, es posible encontrar lo siguiente:

Cuadro 1
Policy Cycle Vs. Procedimiento de Calidad Total

Modelo Policy Cycle	Modelo Calidad Total
Identificación de problemas y configuración de la agenda	Identificación de puntos que generan problema
Formulación	Identificación y enlistamiento de causas primarias del problema
Adopción	Diseño de medidas para corregir el problema
Implementación	Implementación de medidas correctivas
Evaluación	Comprobación de resultados
	Institucionalización de las nuevas medidas

Fuente: Elaboración propia

En un primer momento, los modelos parecen asimilables, como quiera que la denominación de algunas de sus etapas son semejantes. Sin embargo, al revisar con detenimiento las actividades que se adelantan en cada momento, surgen diferencias esenciales en el concepto.

Así, al considerar la primera etapa de los modelos, se encuentra que en el Policy Cycle se desarrolla una actividad más amplia en cuanto a la consideración de las variables que conforman el marco para el análisis de la situación problemática, mientras que en el esquema de la calidad total, la acción del formulador de la política se limita a la obtención de datos numéricos y estadísticos, que si bien, pueden servir de insumo para establecer la agenda, no son suficientes para alcanzar una visión suficiente de la problemática a resolver.

Por otro lado, los momentos de la fase de formulación en el Policy Cycle, obliga al responsable a estructurar un documento técnico que refleja la identificación de las diferentes

alternativas que pueden servir para mejorar la situación problemática, así como determinar la política como tal, a través de la especificación de su finalidad, objetivos, ejes, metas, acciones, seguimiento, responsables y financiación, mientras que el proceso de calidad total, en la segunda etapa se limita a identificar las causas primarias del problema, aspecto que fue abordado en la primera fase del Policy Cycle.

En tercer lugar, el modelo del Policy Cycle, luego de establecer la agenda y formular la política, obliga al responsable a adoptar la decisión mediante la producción de normas jurídicas especiales, que crean un marco de acción suficiente para el momento de la ejecución concreta de la política pública. Por su parte, la tercera etapa del modelo de calidad total lleva a los interesados a formular un plan de acción que integra acciones específicas para mejorar los aspectos que se han revelado como causas del problema, para lo cual debe estimarse su presupuesto, cronograma e indicadores de medición para el correspondiente seguimiento. Como se advierte sin realizar mayores análisis, estas actividades fueron abordadas en el modelo del Policy Cycle en las primeras dos fases.

La fase siguiente en el modelo del Policy Cycle es la implementación, que permite el desarrollo de planes, programas, proyectos y acciones que permitirán enfrentar cada aspecto de la situación problema, cumpliendo con los mandatos constitucionales de planeación para el desarrollo de toda acción pública. Entretanto, el modelo de calidad total contempla en esta etapa la implementación de medidas correctivas para superar los aspectos a mejorar identificados del análisis de la información realizado en las dos primeras etapas, sin embargo, esta labor no se contempla como parte de una normatividad concreta que le sirva de marco, ni sugiere la elaboración del detalle de programas, proyectos y acciones específicas atados al plan que debió

elaborarse. Nuevamente, el modelo del Policy Cycle representa una acción mayor y más acabada para la superación de la situación problema.

Por último, para el modelo del Policy Cycle, se evidencia la fase de evaluación de la política, un momento importante, en el cual se desarrolla su seguimiento en aplicación de criterios previamente establecidos, mediante la revisión de satisfacción de indicadores clave cuyo análisis permite, a su vez, una retroalimentación adecuada. Como resultado, deben producirse medidas de ajuste para elevar los niveles de eficacia de la política correspondiente. Por su parte, el esquema de calidad total plantea como etapas finales la comprobación de resultados y la institucionalización de nuevas medidas. En este punto, los dos modelos encuentran sus mayores elementos en común, lo que resulta lógico, como quiera que, al tratarse de momentos de evaluación y seguimiento, necesariamente deben incorporar estrategias de realimentación y ajuste.

La confrontación de los dos modelos evidencia que el Policy Cycle tiene una visión más comprehensiva que la del procedimiento de calidad total. Ello en razón a que muchas de las acciones que deben desarrollarse para la implementación del último, debe ser considerados con mayor cuidado en las primeras fases del primero.

Por el contrario, una vez realizado el análisis de comparación, es posible afirmar que entre ellos no debe existir una relación de antagonismo, más bien, se evidencia una correspondencia de medio y fin. Ello es así, porque la metodología de la calidad total, al ser un instrumento diseñado desde la óptica de la gerencia estratégica de las organizaciones (Hopper & Jensen, 1994), puede ser aplicada a cada fase del modelo del Policy Cycle, con el fin de elevar los niveles de satisfacción y eficiencia en cada uno de ellos.

Por otro lado, es necesario insistir en la utilidad que representa el uso del Policy Cycle para la adecuada utilización del precedente jurisprudencial de unificación como un insumo necesario en la formulación de la política pública para la prevención del daño antijurídico, ya que, durante la fase de identificación del problema y definición de la agenda, el órgano responsable debe considerar todos los aspectos relacionados con el problema que se está analizando. Bajo esta perspectiva, resulta evidente que si lo que se pretende es evitar situaciones que tengan la posibilidad de poner al Estado en la obligación de pagar indemnizaciones cuantiosas a quienes han sufrido afectaciones que no están en el deber jurídico de soportar, lo más relevante, sería dedicar un espacio importante al análisis de las situaciones que han ocasionado las condenas en contra de la administración pública, y, para ello, no existe mejor insumo que las sentencias que contienen los precedentes de unificación a los que está atada la propia administración.

Vistos los elementos anteriores, es posible evidenciar que el modelo actual para la formulación de la política pública para la prevención del daño antijurídico en Colombia no permite considerar todos los aspectos esenciales involucrados en la problemática, pues su aplicación se reduce a un análisis aislado y fragmentado de información que atañe únicamente a la entidad que la formula, pues, recuérdese que el decreto 1716 de 2009, radica en cabeza de los comités de conciliación de cada entidad la responsabilidad para la formulación de estos lineamientos.

Bien podría pensarse en la modificación normativa de las disposiciones que regulan la materia, para que pueda rediseñarse el esquema nacional para el diseño de este tipo de políticas tan importantes para el país. De esta forma, podría radicarse en cabeza exclusiva de la ANDJE la obligación de formular la política general para la prevención del daño antijurídico mediante la utilización del modelo del Policy Cycle, para lo cual deberían tenerse en cuenta las sentencias de

unificación proferidas por el Consejo de Estado, tal como lo ordena el artículo 10 del CPACA, y dejar a cada entidad el diseño de acciones específicas, teniendo en cuenta su litigiosidad particular, para lo cual podrían valerse de la utilización del procedimiento de calidad total, aplicado a la política general que defina la Agencia. Este esquema respetaría el modelo descentralizado establecido en el artículo primero de la Constitución, pero aseguraría unicidad de criterios para enfrentar la problemática del Estado, siempre que se incluya en la definición de la agenda a otros actores que hasta el momento no han sido incluidos en la discusión, como organizaciones de víctimas, agremiaciones de profesionales del derecho, asociaciones de facultades de derecho, entre otros.

Capítulo IV. Identificación y clasificación de las reglas de precedente contenidas en las sentencias de unificación del consejo de estado proferidas entre 2013 y 2015 relacionadas con el daño antijurídico

Presentación de la metodología

Tal como se sostuvo en los capítulos anteriores, el trabajo de campo adelantado en desarrollo de la presente investigación consta de dos fases. La primera se desarrolló durante los meses de septiembre y octubre de 2016, mediante visitas a la relatoría del Consejo de Estado, con el objetivo de obtener las sentencias de unificación proferidas por la Corporación durante los años 2013, 2014 y 2015 relativas al tema objeto de la investigación, esto es, el daño antijurídico. La segunda fase se desarrolló durante los meses de noviembre y diciembre de 2016 y consistió en la organización de la información sustraída de las sentencias obtenidas en la fase I.

El objetivo de este capítulo es presentar de manera sistematizada las reglas de precedente contenidas en las sentencias de Unificación del Consejo de Estado en el lapso indicado, con el fin de proporcionar a la comunidad académica, los profesionales en derecho y funcionarios administrativos y jurisdiccionales de una herramienta que les permita realizar un análisis sistemático de esta información, en lo relacionado con el daño antijurídico y su posible consideración en la formulación de las políticas públicas para su prevención.

La información se presentará mediante la exposición de los datos fundamentales de cada sentencia, indicándose primero los genéricos relativos a identificación de la providencia, para, posteriormente, presentar de forma organizada, las condiciones fácticas que se presentaron en las decisiones correspondientes y que dieron lugar al pronunciamiento judicial, así como las reglas de precedente allí identificadas, señalándose en cada caso si la regla corresponde a una regla de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU) del Consejo de Estado, o a una regla de precedente constitucional (RPJC) del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, o a una

regla simple del Consejo de Estado (RPJS), o, si responde a una regla de precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (RPJCIDH)¹⁹, o si ha sido establecida como regla de precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia (RPJS-CSJ) o el Consejo Superior de la Judicatura (RPJS-CSdelaJ). La identificación de cada una de las reglas de precedente señaladas se hará, mediante la identificación de las providencias que se indican como antecedentes en la misma providencia.

En consecuencia, es pertinente aclarar que en muchos de los casos se han extraído textualmente las reglas de precedente identificadas en las correspondientes sentencias, como quiera que el precedente en sí, corresponde a una formulación general susceptible de ser considerada para la decisión de otros asuntos con los cuales se compartan circunstancias de hecho que lo ameriten, lo que no sería posible si la regla se presenta con variación de los elementos que la conforman en virtud de una interpretación subjetiva.

Por último, resulta pertinente indicar que el análisis se realizará mediante la inserción de tablas que contendrán los datos relevantes de las providencias, para posteriormente, realizar las anotaciones del caso, relacionadas con el origen de los antecedentes señalados expresamente por el Consejo de Estado.

Reglas de precedente jurisprudencial sobre daño antijurídico contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el año 2013

Durante el lapso indicado, el Consejo de Estado solo profirió cuatro sentencias de unificación a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la Sala Plena de la Sección Tercera y la Subsección C de la Sección Tercera. De ellas, solo dos refieren a la producción del daño antijurídico. A continuación, se extraen las reglas jurisprudenciales correspondientes.

¹⁹ A esta regla también se le denominará regla de precedente jurisprudencial de convencionalidad (RPJ-Convencionalidad)

Tabla No. 1.

Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 25022

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)																
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2013																
Magistrado Ponente	Enrique Gil Botero																
Demandante	Rubén Darío Silva Alzate y otros.																
Demandado	Nación – Fiscalía General De La Nación																
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa																
Situación o Condiciones Fácticas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Privación de la libertad en virtud de una orden judicial emitida por autoridad competente dentro de un proceso penal. 2. Declaración de absolución de responsabilidad penal mediante sentencia judicial ejecutoriada. 3. Causación de perjuicios al directamente afectado con la decisión, así como a su círculo familiar próximo. 																
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia																	
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	<ol style="list-style-type: none"> 1. En los procesos ordinarios contencioso administrativos, se admite la valoración probatoria de los documentos aportados en copia simple siempre que se haya respetado el principio de contradicción y con el fin de hacer prevalecer los principios constitucionales de buena fe y primacía del derecho sustancial. 2. Los parámetros que sirven de guía para determinar la reparación del perjuicio moral en los eventos de privación injusta de la Libertad son: 																
	<table border="1"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;">Privación de la libertad</th> <th style="text-align: center;">Reparación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Superior a 18 meses</td> <td>100 SMMLV</td> </tr> <tr> <td>Superior a 12 meses e inferior a 18 meses</td> <td>90 SMMLV</td> </tr> <tr> <td>Superior a 9 meses e inferior a 12 meses</td> <td>80 SMMLV</td> </tr> <tr> <td>Superior a 6 meses e inferior a 9 meses</td> <td>70 SMMLV</td> </tr> <tr> <td>Superior a 3 meses e inferior a 6 meses</td> <td>50 SMMLV</td> </tr> <tr> <td>Superior a 1 mes e inferior a 3 meses</td> <td>35 SMMLV</td> </tr> <tr> <td>Inferior a 1 mes</td> <td>15 SMMLV</td> </tr> </tbody> </table>		Privación de la libertad	Reparación	Superior a 18 meses	100 SMMLV	Superior a 12 meses e inferior a 18 meses	90 SMMLV	Superior a 9 meses e inferior a 12 meses	80 SMMLV	Superior a 6 meses e inferior a 9 meses	70 SMMLV	Superior a 3 meses e inferior a 6 meses	50 SMMLV	Superior a 1 mes e inferior a 3 meses	35 SMMLV	Inferior a 1 mes
Privación de la libertad	Reparación																
Superior a 18 meses	100 SMMLV																
Superior a 12 meses e inferior a 18 meses	90 SMMLV																
Superior a 9 meses e inferior a 12 meses	80 SMMLV																
Superior a 6 meses e inferior a 9 meses	70 SMMLV																
Superior a 3 meses e inferior a 6 meses	50 SMMLV																
Superior a 1 mes e inferior a 3 meses	35 SMMLV																
Inferior a 1 mes	15 SMMLV																
	Estos montos se podrán reconocer tanto para la víctima como para sus allegados más cercanos.																
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Las publicaciones periodísticas y notas de prensa solo representan un valor secundario de acreditación de los hechos allí contenidos. Su eficacia, por lo tanto, depende de la conexidad y coincidencia con los otros medios probatorios que obren en el expediente. 2. En casos de privación injusta de la libertad es posible inferir la causación de perjuicios inmateriales en la modalidad de daño moral que deben ser indemnizados. 3. Los criterios para establecer el quantum de la indemnización de daño moral por privación injusta de la libertad son i) el tiempo de la detención, ii) las condiciones en que se vivió la privación, iii) la gravedad del delito, y, iv) la posición y prestigio social de quien sufrió la medida. 																

	<p>4. La indemnización por lucro cesante en los casos de privación de la libertad debe comprender el lapso que le toma a una persona en promedio acceder a un trabajo, de acuerdo con los datos suministrados por la entidad pública competente.</p> <p>5. La indemnización por lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad solo se reconoce a la víctima directa pues un reconocimiento a quien alega depender económicamente de aquel puede devenir en un enriquecimiento sin causa.</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se identificaron dos reglas de precedente jurisprudencial de unificación:

De acuerdo con el Consejo de Estado, la regla de precedente jurisprudencial que se unifica en esta providencia, relativa al valor probatorio de los documentos aportados en copia simple al proceso contencioso administrativo, surge al consolidar las reglas simples de la misma corporación contenidas en las sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente 9.666; 8 de febrero de 2001, expediente 13.254; 17 de mayo de 2001, expediente 12.370; 21 de febrero de 2002, expediente: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12.789) y 18 de enero de 2010, radicado 1999 -01250, así como de la Subsección B de la Sección Segunda, del 2 de agosto de 2007, exp. 2003-01162-01(1926-04), así como las de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de enero de 2013, rad. 41024 y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferida en el caso Manuel Cepeda vs. Colombia, el 26 de mayo de 2010.

Adicionalmente, la regla de unificación por la cual se establecen los parámetros de indemnización por la privación injusta de la libertad, se fija sin precisar sus antecedentes en la providencia, es decir, la corporación sostiene que llega a la conclusión de unificar el criterio en razón a que previamente mediante otras decisiones ha considerado conveniente aplicarlo, pero no cita expresamente dichas providencias.

Por otro lado, en esta providencia se identificaron cinco reglas de precedente jurisprudencial simples:

En primer lugar, frente a la regla relativa al valor probatorio de las publicaciones periodísticas se indican como antecedentes las sentencias de 29 de mayo de 2012, así como de la Sección Tercera del 5 de julio de 2012.

En segundo término, se indica que la regla por la cual es posible inferir la causación de perjuicios inmateriales en eventos de privación injusta de la libertad, tiene su antecedente en la sentencia del Consejo de Estado del 14 de marzo de 2002, exp. 12076.

Por otro lado, frente a la regla que establece los criterios para determinar el monto de la indemnización del daño moral en los casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado no indica sus antecedentes en esta providencia.

En lo que guarda relación con la regla que indica considerar el tiempo promedio cesante en Colombia para determinar el monto de la indemnización por lucro cesante en los eventos de privación injusta de la libertad, se expresa como su antecedente la sentencia de la Sección Tercera del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168.

Por último, en lo relacionado con la regla que indica la legitimación por activa de la indemnización por lucro cesante en los eventos de privación injusta de la libertad en cabeza exclusiva de la víctima directa, no se señala un antecedente concreto en la decisión.

Tabla No. 2.

Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 36460

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	05001-23-31-000-2001-00799-01(36460)
Fecha de Providencia	25 de septiembre de 2013
Magistrado Ponente	Enrique Gil Botero
Demandante	Inés Del Socorro Gómez Agudelo y otros.
Demandado	Nación - Ministerio De Defensa - Ejército Nacional
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa
Situación o Condiciones Fácticas	1. Violación grave de los Derechos Humanos de ciudadanos víctimas de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en ejercicio activo del servicio, portando su correspondiente uniforme y armas de dotación oficial.

	3. Preexistencia Sanciones penales en las que se demostró la causación de los daños antijurídicos ocasionados y se declaró la responsabilidad de los agentes de las fuerzas armadas.
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia	
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	1. La indemnización de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible, podrá desbordar el tope de 100 SMLMV y se aplicará directamente el precepto del art 97 de la ley 599 de 2000, de hasta 1000 SMLMV, en los casos que se demuestre el daño antijurídico en el proceso penal.
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	1. Por regla general el marco competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo. 2. Ante graves violaciones de derechos humanos, el juez contencioso administrativo cuenta con la facultad de adoptar en su decisión las medidas que sean del caso para obtener una reparación integral utilizando como parámetros los estándares contenidos en las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad, pudiendo decretar toda clase de medidas de justicia restaurativa. 3. Las reparaciones por responsabilidad extracontractual del Estado deben adoptarse de manera coherente con el principio de reparación integral, cuya aplicación puede encontrar guía en la reparación del sistema interamericano de derechos humanos.
Reglas de Precedente Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (RPJCIDH)	1. Los Estados parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos deben orientar sus esfuerzos en i) adoptar normas jurídicas que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; ii) establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y iii) salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna, vigilando que sus cuerpos de seguridad respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se estableció solo una regla de precedente jurisprudencial de unificación, relativa a la posibilidad que tiene el juzgador de instancia para reconocer una indemnización superior al tope tradicionalmente reconocido por la jurisprudencia, en aquellos eventos en los cuales se haya demostrado la producción del daño antijurídico en un proceso penal. Su determinación se logra al consolidar las reglas contenidas en las sentencias de la Corte Constitucional C-916 de 2002, así como en la sentencia de Casación Penal de la Corte Suprema

de Justicia del 10 de marzo de 2010, expediente No. 30862, y, de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de abril de 2010, exp. 18.960 y 2 de septiembre de 2013, exp. 33566.

Por otro lado, se encontraron tres reglas de precedente simple del Consejo de Estado:

La regla relativa a la competencia del juzgador de segunda instancia al desatar el recurso de alzada que aquí se utiliza como soporte argumentativo, se estableció como criterio unificador en la sentencia de la Sección Tercera del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060.

Por otro lado, la regla en virtud de la cual se indica la facultad del juzgador para adoptar medidas que permitan una reparación integral, aunque se invocó en la providencia como parámetro jurisprudencial simple, se estableció como regla de unificación en sentencia del 20 de febrero de 2008.

En tercer lugar, frente a la regla relativa a la coherencia entre la compensación definida en la sentencia y el principio de reparación integral, se indica como antecedente la sentencia de la Sección Tercera del 19 de octubre de 2007, exp. 29.273.

Por último, en esta providencia se identificó a invocación de una regla de precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los deberes de los Estados parte de la Convención, cuyo antecedente se indica en la sentencia proferida en el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia).

Reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el año 2014

Durante el año 2014, el Consejo de Estado profirió 12 providencias de unificación a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sala Plena de la Sección Tercera. De ellas, 9 refieren al daño antijurídico, 8 sentencias y 1 Auto de Unificación, razón por la cual el análisis se

concentrará en las decisiones de instancia, por conformar el objeto de estudio de la investigación.

Todas ellas fueron proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera.

Tabla No. 3.

Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 32988

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014
Magistrado Ponente	Ramiro De Jesús Pazos Guerrero
Demandante	Félix Antonio Zapata González Y Otros.
Demandado	Nación - Ministerio De Defensa - Ejército Nacional
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa
Situación o Condiciones Fácticas	<p>1. Daños Antijurídicos ocasionados por la afectación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.</p> <p>2. La Ejecución Extrajudicial o Desaparecimiento cometidos por miembros de la Fuerza Pública contra Civiles (no combatientes): i) Retención ilegal de las víctimas por miembros de la fuerza pública, ii) las víctimas no pertenecían a un grupo armado, iii) Ausencia de combate o enfrentamiento con grupos armados, iv) incumplimiento del deber de aseguramiento de la cadena de custodia a cargo de la fuerza pública y/o la autoridad competente.</p>
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia	
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	<p>1. Las características del daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos son: i) Es un daño inmaterial que proviene de la afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales, ii) Es una afectación relevante que producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a tales bienes y derechos, iii) Es un daño autónomo, iv) la vulneración o afectación puede ser temporal o definitiva.</p> <p>2. La reparación del daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos debe seguir estrictos criterios de restablecimiento del derecho así: a) restauración plena de los derechos o bienes afectados, b) eliminación de las causas que generaron la vulneración, c) restablecimiento de las condiciones que garanticen el goce efectivo del derecho o bien afectado cuando sea posible, d) garantizar la no repetición de la vulneración cuando sea posible y e) propender por el respeto a la realización de la igualdad sustancial.</p> <p>3. La reparación del daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos tiene las siguientes características: a) Es Dispositiva, b) La Legitimación por activa se reconoce a la víctima y a su círculo familiar más cercano (cónyuge o compañero permanente, parientes dentro del primer grado de consanguinidad, el único civil, así como las relaciones de crianza; c) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario, aunque excepcionalmente, y cuando aquellas no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles, puede reconocerse una indemnización exclusivamente para la víctima directa de</p>

	<p>hasta 100 SMLMV, siempre que dicha indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud; d) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración; e) La reparación de este daño confirma el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados.</p> <p>4. La indemnización de perjuicios morales derivados de la muerte originada en graves afectaciones al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos pueden superar los topes de 100 SMLMV fijados en las Sentencia de Unificación correspondientes, sin que supere el triple de dicho tope. Esta reparación es diferente a la que procede por daños antijurídicos que se ocasionan por las conductas punibles de un agente estatal investigadas, sancionadas penalmente y contenidas en una sentencia ejecutoriada.</p>
<p>Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)</p>	<p>1. La validez de las divulgaciones periodísticas para demostrar un hecho del proceso depende de su relación directa con lo demostrado a través de los medios probatorios regular y oportunamente allegados al proceso.</p> <p>2. En los eventos de graves afectaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario el Juez Administrativo debe utilizar criterios flexibles en la valoración de los medios probatorios, considerar medios de prueba indirectos y utilizar inferencias lógicas guiadas por las máximas de experiencia con el fin de reconstruir la verdad histórica.</p> <p>3. Los eventos en los cuales un determinado delito no puede ser de competencia de la Justicia Penal Militar son i) delitos de lesa humanidad, ii) violaciones del Derecho Internacional Humanitario y iii) toda conducta que rompa el nexo funcional con el servicio, en estas circunstancias procede la reparación de las víctimas.</p> <p>4. El Estado asume una posición de garante, derivado del deber de garantía institucional, cuando retiene a los ciudadanos quienes tienen una expectativa positiva respecto a la conservación de su integridad basada en las disposiciones normativas que obligan al aparato estatal a garantizar su protección.</p> <p>5. Los daños extrapatrimoniales ocasionados por graves violaciones a derechos y bienes protegidos constitucional y convencionalmente constituyen una categoría de daños inmateriales autónomos.</p>

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se incorporaron cuatro reglas de precedente jurisprudencial de unificación. Sin embargo, todas ellas se establecieron sin indicarse antecedentes específicos en la providencia.

Por su parte, se identificaron cinco reglas de precedente jurisprudencial simple del Consejo de Estado, señalándose como antecedentes los siguientes:

La sentencia del Consejo de Estado del 11 de agosto del 2011, rad. 20325 se indica como antecedente de la regla relativa a la validez probatoria de divulgaciones periodísticas.

En lo que concierne a la regla relativa a los criterios flexibles en la valoración de medios probatorios en eventos de graves afectaciones al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, se indica como antecedente la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del 27 de septiembre del 2013, rad. 19939. Debe tenerse en cuenta que, aunque se cita como simple, esta es una regla de precedente convencional establecida en las sentencias 15 de septiembre del 2005, caso Mapiripán vs. Colombia; sentencia del 24 de junio del 2005, caso Acosta Calderón vs. Ecuador; sentencia del 23 de junio del 2005, caso Yatama vs. Nicaragua; sentencia del 20 de junio del 2005, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala y sentencia del 2 de julio del 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, de la CIDH.

Ahora bien, en lo referente a la regla de distinción de los delitos de competencia de la justicia penal militar, se cita como antecedente la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura del 5 de febrero del 2014, rad. 2013-2794 y los autos de 21 de julio de 2000, rad. 10443, y, 4 de marzo de 2011, rad. 110010102000201100422 00.

De cara a la regla sobre el deber de garantía institucional, el Consejo de Estado indica como antecedente la sentencia del 13 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional.

Por último, se indica como antecedente de la regla sobre la categoría especial de los daños ocasionados por graves violaciones a derechos y bienes protegidos constitucional y convencionalmente a la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222.

Tabla No. 4.

Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 27709

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	73001-23-31-000-2001-00418-01(27709)		
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014		
Magistrado Ponente	Carlos Alberto Zambrano Barrera		
Demandante	Adriana Cortes Perez Y Otras		
Demandado	Nación-Ministerio De Defensa-Policía Nacional		
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa		
Situación o Condiciones Fácticas	1. Causación de daños antijurídicos por muerte de personal de la policía que fallece en toma guerrillera en razón a la conducta del Estado que incrementó el riesgo al que estaba expuesto.		
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia			
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	1. La indemnización de los perjuicios morales causados por la muerte de una persona debe obedecer al nivel de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y los demandantes, teniendo en cuenta cinco niveles o categorías:		
	Nivel	Grado de Relación	Reparación
	1	Relación afectiva propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar / Primer	Tope indemnizatorio

		grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables / Requiere prueba del estado civil o de la convivencia	de 100 SMLMV
	2	Relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil / hermanos, abuelos y nietos / Requiere prueba del estado civil	50% del tope indemnizatorio – 50 SMLMV
	3	Relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil / Requiere prueba del estado civil y de la relación afectiva	35% del tope indemnizatorio – 35SMLMV
	4	Relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil / requiere prueba del estado civil y de la relación afectiva.	25% del tope indemnizatorio – 25 SMLMV
	5	Relaciones afectivas no familiares / terceros damnificados / requiere prueba de la relación afectiva.	15% del tope indemnizatorio – 15 SMLMV
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<p>1. La valoración de artículos periodísticos e informes de prensa dentro del proceso depende de su conexión directa con otros medios de prueba regular y oportunamente incorporados en el proceso, que permitan establecer su verdadero alcance y certeza.</p> <p>2. El Estado es responsable a título de falla en el servicio si no adelanta las acciones a su cargo para prestar ayuda a tiempo a los miembros de la fuerza pública que se encuentren enfrentando actos violentos por parte de grupos armados.</p>		

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se estableció solo una regla de precedente jurisprudencial de unificación sin que el Consejo de Estado indicara antecedentes concretos en la providencia.

En lo que guarda relación con las reglas de precedente jurisprudencial simple del Consejo de Estado se identificaron dos:

Frente a la regla sobre el valor probatorio de los artículos periodísticos se indican como antecedentes las sentencias de 27 de junio de 1996, rad. 9255, de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, 16 de enero de 2001, Rad. ACU-1753, de 25 de enero de 2001, rad. 3122, de 6 de junio de 2002, rad. 739-01 y de 29 de mayo de 2012, expediente: PI 2011-01378-00, todas del Consejo de Estado.

Frente a la regla sobre la responsabilidad del Estado debido a la omisión en el socorro que debe prestar a los miembros de fuerza pública que se encuentren enfrentando actos violentos, el

Consejo de Estado indica como antecedente la sentencia del 13 de diciembre de 1993, expediente No. 10.807 de la misma Corporación.

Tabla No. 5.

*Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado.
Expediente No. 36149*

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	68001-23-31-000-2002-02548-01(36149)													
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014													
Magistrado Ponente	Hernán Andrade Rincón													
Demandante	Jose Delgado Sanguino Y Otros													
Demandado	Dirección Ejecutiva De Administración Judicial													
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa													
Situación o Condiciones Fácticas	<p>1. Privación de la libertad de una persona en virtud de una providencia regularmente proferida dentro de un proceso penal.</p> <p>2. Haberse proferido sentencia penal absolutoria en virtud de la cual se levanta la medida de aseguramiento y se recupera efectivamente la libertad del investigado.</p>													
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia														
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	1. La indemnización de los perjuicios patrimoniales en la modalidad de lucro cesante por privación injusta de la libertad procede al demostrarse que la víctima directa, al momento de la detención, se encontraba en edad productiva.													
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<p>1. La declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, que corresponde al régimen objetivo de responsabilidad, procede en todos los casos en que el detenido haya sido absuelto o cuando en su favor precluye la investigación, siempre que se demuestre que i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica.</p> <p>2. La privación injusta de la libertad produce daños morales que deben ser indemnizados, tanto en favor del privado de la libertad como de sus seres más queridos.</p> <p>3. Los parámetros que sirven de guía para determinar la reparación del perjuicio moral en los eventos de privación injusta de la Libertad se ven complementados por criterios de cercanía entre la víctima directa y sus allegados más cercanos, aplicando los 5 niveles ya utilizados para la indemnización de perjuicios morales en otro tipo de situaciones, de forma tal que la indemnización corresponda a la prolongación de la privación de la libertad. Así:</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>Nivel</th> <th>Grado de Relación</th> <th>Privación de la Libertad</th> <th>Reparación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td rowspan="2" style="text-align: center;">1</td> <td>Víctima directa, su cónyuge o compañero permanente y parientes en el primer grado de consanguinidad</td> <td>Superior a 18 meses</td> <td>100 SMLMV</td> </tr> <tr> <td></td> <td>Superior a 12 meses e inferior a 18 meses</td> <td>90 SMLMV</td> </tr> </tbody> </table>			Nivel	Grado de Relación	Privación de la Libertad	Reparación	1	Víctima directa, su cónyuge o compañero permanente y parientes en el primer grado de consanguinidad	Superior a 18 meses	100 SMLMV		Superior a 12 meses e inferior a 18 meses	90 SMLMV
Nivel	Grado de Relación	Privación de la Libertad	Reparación											
1	Víctima directa, su cónyuge o compañero permanente y parientes en el primer grado de consanguinidad	Superior a 18 meses	100 SMLMV											
		Superior a 12 meses e inferior a 18 meses	90 SMLMV											

		Superior a 9 meses e inferior a 12 meses	80 SMLMV
		Superior a 6 meses e inferior a 9 meses	70 SMLMV
		Superior a 3 meses e inferior a 6 meses	50 SMLMV
		Superior a 1 meses e inferior a 3 meses	35 SMMLV
		Inferior a 1 meses	15 SMMLV
2	Relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil / hermanos, abuelos y nietos	Mismos rangos	50% de los montos indicados
3	Relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil / Requiere prueba del estado civil y de la relación afectiva	Mismos rangos	35% de los montos indicados
4	Relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil / requiere prueba del estado civil y de la relación afectiva.	Mismos rangos	25% de los montos indicados
5	Relaciones afectivas no familiares / terceros damnificados / requiere prueba de la relación afectiva.	Mismos rangos	15% de los montos indicados

Fuente: Elaboración propia

En esta providencia se estableció una sola regla jurisprudencial de unificación, frente a la cual indica el Consejo de Estado que reúne los antecedentes contenidos en las sentencias del 8 de agosto de 2012 Exp. 24447 y la sentencia del 23 de mayo de 2012 del Consejo de Estado Exp. 22590.

En lo que hace relación con las reglas jurisprudenciales simples del Consejo de Estado, se identificaron tres, así:

Indica el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa que la regla relativa a las condiciones que permiten concluir la procedencia de la declaratoria de responsabilidad en los eventos de privación injusta de la libertad, tiene su antecedente en las sentencias proferidas en los Procesos No. 07001-23-31-000-1999-00025-01(16448) y Proceso No. 25000-23-26-000-1999-00795-01(26573).

Adicionalmente, al considerar la regla relativa a la causación de perjuicios morales indemnizables en los eventos de privación injusta de la libertad cuenta con antecedentes en las sentencias de 14 de marzo de 2002, exp. 12.076 y 20 de febrero de 2.008, exp. 15.980 de la misma corporación.

Por último, se indican como antecedentes de la regla en virtud de la cual se establecen los parámetros que sirven de guía para determinar la reparación de perjuicios morales en los casos de privación injusta de la libertad a una combinación de reglas jurisprudenciales de precedente de unificación contenidos en las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2013 y del 28 de agosto de 2014. Exp. 27709.

Tabla No. 6.

Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 26251

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014
Magistrado Ponente	Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Demandante	Ana Rita Alarcon Vda. De Gutierrez Y Otros
Demandado	Municipio De Pereira
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa
Situación o Condiciones Fácticas	1. Internación de menor con el fin de adelantar la rehabilitación por la comisión de conductas punibles en el marco del sistema de responsabilidad penal para menores y adolescentes en establecimiento a cargo del Municipio sin el personal suficiente para desarrollar la función pública correspondiente. 2. Amotinamiento de los menores reclusos y su posterior fuga.

	<p>3. Desarrollo de procedimientos irregulares por partes de las autoridades públicas competentes.</p> <p>4. Fallecimiento del menor fugado.</p>																		
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia																			
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	<p>1. Los criterios para la indemnización del daño moral por caso de muerte deben obedecer a la relación familiar, personal o afectiva que une al demandante con la víctima directa del daño, establecida por los 5 niveles de cercanía que los precedentes de unificación han establecido en la materia. Así:</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>Nivel</th> <th>Grado de Relación</th> <th>Reparación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">1</td> <td>personas que se encuentren en el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables</td> <td style="text-align: center;">100 SMLMV</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">2</td> <td>personas que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad</td> <td style="text-align: center;">50% del Nivel 1</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">3</td> <td>personas que se encuentren en el tercer grado de consanguinidad o civil</td> <td style="text-align: center;">35% del Nivel 1</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">4</td> <td>personas que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o civil</td> <td style="text-align: center;">25% del Nivel 1</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">5</td> <td>relaciones afectivas no familiares</td> <td style="text-align: center;">15% del Nivel 1</td> </tr> </tbody> </table> <p>Con todo, en los casos de graves violaciones de los derechos humanos o derechos protegidos convencionalmente, la reparación puede incrementarse en hasta tres veces las proporciones señaladas para cada Nivel</p> <p>2. En la reparación de perjuicios inmateriales en materia de vulneración a derechos protegidos constitucional o convencionalmente, se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias, siempre que se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Adicionalmente, cuando las compensaciones no pecuniarias no resulten suficientes para consolidar la reparación del daño, podrá reconocerse una indemnización exclusiva para la víctima directa de hasta 100 SMLMV, siempre que no se hubiera reconocido con fundamento en el daño a la salud.</p>	Nivel	Grado de Relación	Reparación	1	personas que se encuentren en el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables	100 SMLMV	2	personas que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad	50% del Nivel 1	3	personas que se encuentren en el tercer grado de consanguinidad o civil	35% del Nivel 1	4	personas que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o civil	25% del Nivel 1	5	relaciones afectivas no familiares	15% del Nivel 1
Nivel	Grado de Relación	Reparación																	
1	personas que se encuentren en el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables	100 SMLMV																	
2	personas que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad	50% del Nivel 1																	
3	personas que se encuentren en el tercer grado de consanguinidad o civil	35% del Nivel 1																	
4	personas que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o civil	25% del Nivel 1																	
5	relaciones afectivas no familiares	15% del Nivel 1																	
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<p>1. En aplicación del principio constitucional de la buena fe, gozan de pleno valor probatorio la prueba trasladada, así como la que proviene de la parte demandada y las que han obrado durante el proceso con anuencia de la parte contra quien se utilizan.</p> <p>2. Las instituciones de educación asumen una posición de garante respecto de sus estudiantes que las obliga a ejercer un deber de custodia y vigilancia concreto.</p> <p>3. El Estado asume una posición de garante que incluye el deber de custodia, cuidado y esfuerzo de resocialización de los menores infractores que ingresan a instituciones reeducadoras y resocializadoras.</p>																		

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se establecieron dos reglas de precedente jurisprudencial de unificación, sin embargo, el Consejo de Estado no indicó las decisiones que conforman los antecedentes que permitieron su estructuración.

Por otro lado, se identificaron tres reglas de precedente jurisprudencial simple contenidas en la providencia:

Frente a la regla relativa a la aplicación del principio constitucional de buena fe en la valoración de la prueba trasladada en procesos contencioso administrativos, se señala como antecedente a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013. Rad: 25022 y que corresponde a reglas de precedente simple del Consejo de Estado con antecedente en las sentencias del 18 de enero de 2012, Rad. No. 1999- 01250, y de 18 de julio de 2012, Exp. 22.417.

Sobre la regla en virtud de la cual se afirma la responsabilidad de las instituciones de educación frente a sus estudiantes en virtud de una aplicación concreta de la posición de garante, se indica como antecedentes las sentencias proferidas en los expedientes 14.869, 18952, 14869, 14144, 16620 y 17732.

Finalmente, en lo que concierne a la regla sobre el alcance de la posición de garante de las entidades reeducadoras y resocializadoras ante los menores infractores que ingresan en ellas se señala como antecedente la sentencia del 7 de febrero de 2010, Exp. 38382.

Tabla No. 7.

*Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado.
Expediente No. 31170*

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	05001-23-31-000-1997-01172-01(31170)
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014
Magistrado Ponente	Enrique Gil Botero
Demandante	Luis Ferney Isaza Córdoba Y Otros
Demandado	Nación-Ministerio De Defensa - Ejercito Nacional

Medio de Control o Asunto	Reparación Directa														
Situación o Condiciones Fácticas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Detención en un puesto de control del ejército de un ciudadano quien, al tratar de ser conducido hacia una base militar cercana, trata de escapar arrojándose a una quebrada. 2. Accionamiento de las armas de fuego de los efectivos del ejército en respuesta al intento de escape. 3. Producción de heridas en una de las extremidades del ciudadano. 														
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia															
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	<p>1. La indemnización del daño a la salud debe enmarcarse dentro del rango comprendido entre los 10 y los 100 SMLMV, aunque en eventos de extrema gravedad y excepcionales, debidamente motivados dentro del arbitrio judicial con que cuenta el juez contencioso, podrá indemnizarse con hasta los 400 SMLMV, para lo cual puede seguirse los siguientes criterios:</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>Afectación</th> <th>Reparación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Igual o superior al 50%</td> <td>100 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</td> <td>80 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</td> <td>60 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</td> <td>40 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</td> <td>20 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</td> <td>10 SMLMV</td> </tr> </tbody> </table>	Afectación	Reparación	Igual o superior al 50%	100 SMLMV	Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMLMV	Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMLMV	Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMLMV	Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMLMV	Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMLMV
Afectación	Reparación														
Igual o superior al 50%	100 SMLMV														
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMLMV														
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMLMV														
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMLMV														
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMLMV														
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMLMV														
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los argumentos del recurso de apelación limitan la competencia del juzgador en segunda instancia. 2. Las afectaciones corporales de orden inmaterial además de comprender el daño moral tradicionalmente reconocido e indemnizado, incluye como categoría autónoma al daño a la salud. 														

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se identificó una regla de precedente jurisprudencial de unificación relativa al establecimiento de rangos y parámetros para la indemnización del daño a la salud, citándose como antecedentes las sentencias del 14 de septiembre 2011, expedientes 19.031 y 38.222.

Por su parte, se identificaron dos reglas de precedente jurisprudencial simples, así:

La regla relativa a los límites competenciales del juzgador de segunda instancia al decidir el recurso de apelación tiene, según el Consejo de Estado, antecedente en la sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 21.060.

Así mismo, se indica como antecedente de la regla que concierne al reconocimiento del daño a la salud como una afectación independiente del daño moral, las sentencias de unificación del 14 de septiembre 2011, expedientes 19.031 y 38.222.

Tabla No. 8.
*Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado.
 Expediente No. 28804*

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	23001-23-31-000-2001-00278-01(28804)
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014
Magistrado Ponente	Stella Conto Diaz Del Castillo
Demandante	Amparo De Jesús Ramirez Suarez Y Otro
Demandado	Hospital San Vicente De Paul De Lorica Y Otro.
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa
Situación o Condiciones Fácticas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tardía y deficiente atención a paciente en estado de gestión que inicia trabajo de parto en un hospital municipal. 2. Muerte del nasciturus. 3. Producción de afectaciones temporales a la víctima directa. 4. Producción de secuelas que pueden afectar negativamente el desarrollo de un nuevo embarazo.
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia	
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	<ol style="list-style-type: none"> 1. La duración de la afectación es un elemento indispensable para el reconocimiento del daño a la salud sin que deba incidir de manera determinante el carácter permanente de la secuela. 2. No existen antecedentes normativos, constitucionales, legales o reglamentarios, que establezcan a los dictámenes sobre porcentajes invalidez de las juntas de calificación correspondientes como la prueba única de la gravedad del daño. Por lo tanto, el juez, para determinar el efecto del daño debe ponderar todas las circunstancias que inciden en su agravación como: <ul style="list-style-type: none"> • La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente) • La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. • La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. • La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. • La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. • Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria • Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. • Los factores sociales, culturales u ocupacionales. • La edad. • El sexo. • El dolor físico, considerado en sí mismo. • El aumento del riesgo vital o a la integridad.

	<ul style="list-style-type: none"> Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v.gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional)
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<p>1. Las afectaciones corporales de orden inmaterial además de comprender el daño moral tradicionalmente reconocido e indemnizado, incluye como categoría autónoma al daño a la salud. Para establecer esta afectación, el juez debe evaluar las consecuencias de la enfermedad o el accidente que produzcan alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven su condición de la víctima.</p> <p>2. La valoración del daño puede evidenciar la afectación a bienes y derechos reconocidos constitucional y convencionalmente, cuyo reconocimiento procede incluso de oficio y que ameritan la adopción de medidas de reparación no pecuniarias.</p>

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se identificaron dos reglas de precedente jurisprudencial de unificación, frente a las cuales se indican como antecedentes en las sentencias del 14 de septiembre 2011, expedientes 19.031 y 38.222, para la declaración del daño a la salud. Las mismas providencias se citan como antecedente de la regla de precedente jurisprudencial simple relativa al reconocimiento del daño a la salud, mientras que frente a la regla que guarda relación con la valoración del daño y la afectación a bienes constitucional o convencionalmente protegidos no se indica un antecedente específico.

Tabla No. 9.

*Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado.
Expediente No. 28832*

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	25000-23-26-000-2000-00340-01(28832)
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014
Magistrado Ponente	Danilo Rojas Betancourth.
Demandante	Andreas Erich Sholten
Demandado	Nación-Ministerio De Justicia Y Del Derecho-Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario-Inpec.
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa
Situación o Condiciones Fácticas	1. Ciudadano en condición de discapacidad física que es detenido por porte de estupefacientes. Admitió su responsabilidad penal e indicó las

	condiciones especiales que ameritaba el tratamiento de su afección física (paraplejía sin control de esfínteres). 2. Producción de una gangrena de fournier y carcinoma de colon al ciudadano condenado derivada de la falta de cuidado y aseo en razón a las condiciones de reclusión.
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia	
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	1. El monto de la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales se debe tasar teniendo los criterios establecidos para determinar las lesiones de carácter permanente, utilizando dichos parámetros de cara al tiempo durante el que se sufrieron las afectaciones correspondientes.
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	1. La valoración de los recortes de medios periodísticos como medios probatorios depende de su relación directa con otros medios aportados regular y oportunamente al proceso, que den cuenta de su relación con los hechos del litigio. 2. El juez contencioso tiene la facultad para interpretar la demanda como “un todo armónico” con el fin de establecer con precisión el objetivo que persigue el actor con sus pretensiones. 3. Gracias a la aplicación de las máximas de la experiencia, es posible concluir que se producen daños morales a la persona que ha sufrido afectaciones físicas, por lo que resulta procedente declarar la indemnización correspondiente, la cual, en evento de extremo sufrimiento, puede llegar a los 100 SMLMV. 4. La valoración del daño puede evidenciar la afectación a bienes y derechos reconocidos constitucional y convencionalmente, cuyo reconocimiento procede incluso de oficio y que ameritan la adopción de medidas de reparación no pecuniarias.
Reglas de Precedente Jurisprudencial Constitucional (RPJC)	1. Las personas que se encuentran en los centros de reclusión se encuentran en una “relación especial de sujeción” respecto del Estado, que obliga a éste a asumir unas condiciones de cuidado diferente respecto de aquellos y que crean una posición de garante específica.

Fuente: Elaboración de los autores

En esta sentencia se identificó solo una regla de precedente jurisprudencial de unificación, relativa a los parámetros para la tasación de la indemnización del daño a la salud, para lo cual se citó como antecedentes las sentencias del 27 de agosto de 2014, exp. 31170, y 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, para la declaración de este tipo de afectación.

En cuanto a los antecedentes de las reglas de precedente jurisprudencial simple se identificaron los siguientes:

Frente a la regla sobre la valoración probatoria de los recortes periodísticos, se indicó a la sentencia de 29 de mayo de 2012, exp. 11001-03-15-000-2011-01378-00(PI).

En lo que concierne a la regla en virtud de la cual se expresa la facultad del juez contencioso para interpretar la demanda, se señaló la sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772.

En sentido similar, respecto de la regla sobre la utilización de reglas de la experiencia en la valoración de los daños morales derivados de afectaciones físicas y el monto de su indemnización, se invocó como antecedente las sentencias de 10 de julio de 2003 y 6 de septiembre de 2001, exp. 13232 y 15646.

Ahora bien, la regla relacionada con el reconocimiento de oficio de la afectación a bienes que gozan de protección constitucional o convencional, así como la procedencia en la adopción de medidas de reparación no pecuniaria, tiene como antecedente las sentencias de 4 de mayo de 2011, exp. 19355 y 15 de noviembre de 2011, exp. 21410.

Por último, es necesario indicar que en esta providencia se identificó la utilización directa de una regla de precedente jurisprudencial constitucional relativa a la especial sujeción de las personas que se encuentran en centros de reclusión respecto del Estado, cuyo antecedente se indica en las sentencias T-266 de 2013, T-596 de 1992, T-222 de 1993, T-065 de 1995, T-705 de 1996, T-153 de 1998, T-966 de 2000 y T-687 de 2003, y que a su vez, guarda concordancia con la regla de precedente simple del Consejo de Estado con antecedente en las sentencias de 26 de mayo de 2010, exp. 18800 y 15 de octubre de 2008, exp. 18586.

Tabla No. 10.

*Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado.
Expediente No. 31172*

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	50001-23-15-000-1999-00326-01(31172)
Fecha de Providencia	28 de agosto de 2014
Magistrado Ponente	Olga Mélida Valle De De La Hoz
Demandante	Gonzalo Cuellar Penagos Y Otros
Demandado	Ministerio De Defensa- Ejército Nacional
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa

Situación o Condiciones Fáticas	<p>1. Soldado profesional que es afectado por la explosión de una granada de mortero durante una clase de manejo de armas.</p> <p>2. Amputación de las piernas del soldado como consecuencia de las heridas producidas con la detonación.</p>																		
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia																			
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	<p>1. La indemnización de los perjuicios morales causados por lesiones de una persona debe obedecer al nivel de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y los demandantes y grado de afectación ocasionado por la lesión, teniendo en cuenta cinco niveles o categorías:</p>																		
	<table border="1"> <thead> <tr> <th data-bbox="561 527 643 562">Nivel</th> <th data-bbox="643 527 948 562">Integrantes</th> <th data-bbox="948 527 1218 562">Afectación</th> <th data-bbox="1218 527 1377 562">Reparación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="561 562 643 1024" rowspan="6">1</td> <td data-bbox="643 562 948 1024" rowspan="6">Víctima directa y personas que tengan con ella una relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar, esto es, el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables</td> <td data-bbox="948 562 1218 598">Igual o superior al 50%</td> <td data-bbox="1218 562 1377 598">100 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 598 1218 634">Igual o superior al 40% e inferior al 50%</td> <td data-bbox="1218 598 1377 634">80 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 634 1218 669">Igual o superior al 30% e inferior al 40%</td> <td data-bbox="1218 634 1377 669">60 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 669 1218 705">Igual o superior al 20% e inferior al 30%</td> <td data-bbox="1218 669 1377 705">40 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 705 1218 741">Igual o superior al 10% e inferior al 20%</td> <td data-bbox="1218 705 1377 741">20 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 741 1218 777">Igual o superior al 1% e inferior al 10%</td> <td data-bbox="1218 741 1377 777">10 SMLMV</td> </tr> </tbody> </table>	Nivel	Integrantes	Afectación	Reparación	1	Víctima directa y personas que tengan con ella una relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar, esto es, el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables	Igual o superior al 50%	100 SMLMV	Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMLMV	Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMLMV	Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMLMV	Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMLMV	Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMLMV
	Nivel	Integrantes	Afectación	Reparación															
	1	Víctima directa y personas que tengan con ella una relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar, esto es, el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables	Igual o superior al 50%	100 SMLMV															
			Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMLMV															
			Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMLMV															
			Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMLMV															
			Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMLMV															
			Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMLMV															
	<table border="1"> <tbody> <tr> <td data-bbox="561 1024 643 1493" rowspan="6">2</td> <td data-bbox="643 1024 948 1493" rowspan="6">La relación afectiva del segundo grado de consanguinidad o civil.</td> <td data-bbox="948 1024 1218 1060">Igual o superior al 50%</td> <td data-bbox="1218 1024 1377 1060">50 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1060 1218 1096">Igual o superior al 40% e inferior al 50%</td> <td data-bbox="1218 1060 1377 1096">40 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1096 1218 1131">Igual o superior al 30% e inferior al 40%</td> <td data-bbox="1218 1096 1377 1131">30 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1131 1218 1167">Igual o superior al 20% e inferior al 30%</td> <td data-bbox="1218 1131 1377 1167">20 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1167 1218 1203">Igual o superior al 10% e inferior al 20%</td> <td data-bbox="1218 1167 1377 1203">10 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1203 1218 1239">Igual o superior al 1% e inferior al 10%</td> <td data-bbox="1218 1203 1377 1239">5 SMLMV</td> </tr> </tbody> </table>	2	La relación afectiva del segundo grado de consanguinidad o civil.	Igual o superior al 50%	50 SMLMV	Igual o superior al 40% e inferior al 50%	40 SMLMV	Igual o superior al 30% e inferior al 40%	30 SMLMV	Igual o superior al 20% e inferior al 30%	20 SMLMV	Igual o superior al 10% e inferior al 20%	10 SMLMV	Igual o superior al 1% e inferior al 10%	5 SMLMV				
2	La relación afectiva del segundo grado de consanguinidad o civil.			Igual o superior al 50%	50 SMLMV														
				Igual o superior al 40% e inferior al 50%	40 SMLMV														
				Igual o superior al 30% e inferior al 40%	30 SMLMV														
				Igual o superior al 20% e inferior al 30%	20 SMLMV														
				Igual o superior al 10% e inferior al 20%	10 SMLMV														
		Igual o superior al 1% e inferior al 10%	5 SMLMV																
<table border="1"> <tbody> <tr> <td data-bbox="561 1493 643 1875" rowspan="5">3</td> <td data-bbox="643 1493 948 1875" rowspan="5">La relación afectiva del tercer grado de consanguinidad o civil.</td> <td data-bbox="948 1493 1218 1528">Igual o superior al 50%</td> <td data-bbox="1218 1493 1377 1528">35 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1528 1218 1564">Igual o superior al 40% e inferior al 50%</td> <td data-bbox="1218 1528 1377 1564">28 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1564 1218 1600">Igual o superior al 30% e inferior al 40%</td> <td data-bbox="1218 1564 1377 1600">21 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1600 1218 1635">Igual o superior al 20% e inferior al 30%</td> <td data-bbox="1218 1600 1377 1635">14 SMLMV</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1635 1218 1671">Igual o superior al 10% e inferior al 20%</td> <td data-bbox="1218 1635 1377 1671">7 SMLMV</td> </tr> </tbody> </table>	3	La relación afectiva del tercer grado de consanguinidad o civil.	Igual o superior al 50%	35 SMLMV	Igual o superior al 40% e inferior al 50%	28 SMLMV	Igual o superior al 30% e inferior al 40%	21 SMLMV	Igual o superior al 20% e inferior al 30%	14 SMLMV	Igual o superior al 10% e inferior al 20%	7 SMLMV							
3			La relación afectiva del tercer grado de consanguinidad o civil.	Igual o superior al 50%	35 SMLMV														
				Igual o superior al 40% e inferior al 50%	28 SMLMV														
				Igual o superior al 30% e inferior al 40%	21 SMLMV														
				Igual o superior al 20% e inferior al 30%	14 SMLMV														
	Igual o superior al 10% e inferior al 20%	7 SMLMV																	

			Igual o superior al 1% e inferior al 10%	3.5 SMLMV														
	4	La relación afectiva del cuarto grado de consanguinidad o civil.	Igual o superior al 50%	25 SMLMV														
			Igual o superior al 40% e inferior al 50%	20 SMLMV														
			Igual o superior al 30% e inferior al 40%	15 SMLMV														
			Igual o superior al 20% e inferior al 30%	10 SMLMV														
			Igual o superior al 10% e inferior al 20%	5 SMLMV														
			Igual o superior al 1% e inferior al 10%	2.5 SMLMV														
	5	La relación afectiva no familiar y terceros damnificados.	Igual o superior al 50%	15 SMLMV														
			Igual o superior al 40% e inferior al 50%	12 SMLMV														
			Igual o superior al 30% e inferior al 40%	9 SMLMV														
			Igual o superior al 20% e inferior al 30%	6 SMLMV														
			Igual o superior al 10% e inferior al 20%	3 SMLMV														
			Igual o superior al 1% e inferior al 10%	1.5 SMLMV														
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<p>1. La indemnización del daño a la salud debe enmarcarse dentro del rango comprendido entre los 10 y los 100 SMLMV, aunque en eventos de extrema gravedad y excepcionales, debidamente motivados dentro del arbitrio judicial con que cuenta el juez contencioso, podrá indemnizarse a la víctima con hasta los 400 SMLMV, para lo cual puede seguirse los siguientes criterios:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Afectación</th> <th>Reparación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Igual o superior al 50%</td> <td>100 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</td> <td>80 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</td> <td>60 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</td> <td>40 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</td> <td>20 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</td> <td>10 SMLMV</td> </tr> </tbody> </table>				Afectación	Reparación	Igual o superior al 50%	100 SMLMV	Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMLMV	Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMLMV	Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMLMV	Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMLMV	Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMLMV
Afectación	Reparación																	
Igual o superior al 50%	100 SMLMV																	
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMLMV																	
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMLMV																	
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMLMV																	
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMLMV																	
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMLMV																	

	<p>2. No existen antecedentes normativos, constitucionales, legales o reglamentarios, que establezcan a los dictámenes sobre porcentajes invalidez de las juntas de calificación correspondientes como la prueba única de la gravedad del daño. Por lo tanto, el juez, para determinar el efecto del daño debe ponderar todas las circunstancias que inciden en su agravación como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente) • La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. • La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. • La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. • La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. • Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria • Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. • Los factores sociales, culturales u ocupacionales. • La edad. • El sexo. • El dolor físico, considerado en sí mismo. • El aumento del riesgo vital o a la integridad. • Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v.gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional)
--	---

Fuente: Elaboración propia

Esta providencia demuestra el establecimiento de una sola regla de precedente jurisprudencial de unificación relativa a los criterios para determinar la indemnización de los perjuicios morales causados por lesiones a una persona y su vínculo con la cercanía entre determinados individuos y la víctima directa, lo que, a juicio del Consejo de Estado, obliga a considerar unos rangos para la correspondiente reparación. No es expresa un antecedente en concreto, pero evidentemente resulta de aplicar un juicio de proporcionalidad entre las reglas de unificación establecidas para la indemnización del perjuicio moral en caso de muerte y las que establecen la indemnización por daño a la salud.

Por su parte, se identificaron dos reglas de precedente jurisprudencial simple: una relativa a i) el rango entre el cual debe moverse el juzgador al determinar el monto de la indemnización del daño a la salud, para la cual se indicó como antecedente la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expedientes 31.170; adicionalmente, ii) se especificó regla que expresa los criterios para determinar el efecto del daño ocasionado por lesiones a las personas, para la cual se identificó como antecedente la sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp. 28804.

Reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el año 2015

Durante el año 2015, el Consejo de Estado profirió 5 providencias de unificación a través de la Sección Primera, Sección Segunda, Sección Quinta y la Subsección B de la Sección Tercera. De ellas, solo esta última refiere al daño antijurídico, razón por la cual el análisis se concentrará en esta decisión, por conformar el objeto de estudio del documento.

Tabla No. 11.

Análisis de Precedentes Jurisprudenciales de Sentencia de Unificación Consejo de Estado. Expediente No. 19146

Identificación de la Providencia No. Expediente o Radicado	15001-23-31-000-2000-03838-01(19146)
Fecha de Providencia	22 de abril de 2015
Magistrado Ponente	Stella Conto Díaz Del Castillo
Demandante	María Antonia Gómez De Carrillo Y Otros
Demandado	Departamento De Santander
Medio de Control o Asunto	Reparación Directa
Situación o Condiciones Fácticas	1. Accidente de tránsito de un vehículo de propiedad de un municipio, conducido por un servidor del ente territorial, en el que viajaban varios servidores públicos y un particular. 2. Existencia de un contrato de seguro celebrado entre el municipio y una compañía aseguradora llamada en garantía al proceso contencioso de reparación directa.
Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificados en la Sentencia	
Reglas de precedente jurisprudencial de unificación (RPJU)	1. La indemnización del lucro cesante a los miembros de la familia puede atender a criterios de reparación que correspondan a la forma en que el buen padre ausente debería atender las obligaciones de los miembros del núcleo

	familiar, de manera tal que, al alcanzar la autonomía alguno de los hijos, la indemnización a él reconocida debe acrecentar al que le sigue en edad, y la de éste, al siguiente, cuando llegue a su autonomía. Cuando no existan descendientes que disfruten el acrecimiento, se trasladará a la cónyuge o compañera permanente supérstite.																		
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple del Consejo de Estado (RPJS)	<p>1. En la responsabilidad patrimonial del Estado a título de riesgo excepcional, la ocurrencia de un caso fortuito no es causal eximente de responsabilidad en razón a que el evento dañino consiste en la materialización de un riesgo que se concretó al adelantarse una actividad peligrosa por parte de la Administración.</p> <p>2. Los criterios para la indemnización del daño moral por caso de muerte deben obedecer a la relación familiar, personal o afectiva que une al demandante con la víctima directa del daño, establecida por los 5 niveles de cercanía que los precedentes de unificación han establecido en la materia. Así:</p> <table border="1" data-bbox="602 795 1338 1108"> <thead> <tr> <th>Nivel</th> <th>Grado de Relación</th> <th>Reparación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1</td> <td>Personas que se encuentren en el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables</td> <td>100 SMLMV</td> </tr> <tr> <td>2</td> <td>Personas que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad</td> <td>50% del Nivel 1</td> </tr> <tr> <td>3</td> <td>Personas que se encuentren en el tercer grado de consanguinidad o civil</td> <td>35% del Nivel 1</td> </tr> <tr> <td>4</td> <td>Personas que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o civil</td> <td>25% del Nivel 1</td> </tr> <tr> <td>5</td> <td>Relaciones afectivas no familiares</td> <td>15% del Nivel 1</td> </tr> </tbody> </table> <p>Con todo, en los casos de graves violaciones de los derechos humanos o derechos protegidos convencionalmente, la reparación puede incrementarse en hasta tres veces las proporciones señaladas para cada Nivel.²⁰</p>	Nivel	Grado de Relación	Reparación	1	Personas que se encuentren en el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables	100 SMLMV	2	Personas que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad	50% del Nivel 1	3	Personas que se encuentren en el tercer grado de consanguinidad o civil	35% del Nivel 1	4	Personas que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o civil	25% del Nivel 1	5	Relaciones afectivas no familiares	15% del Nivel 1
Nivel	Grado de Relación	Reparación																	
1	Personas que se encuentren en el primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables	100 SMLMV																	
2	Personas que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad	50% del Nivel 1																	
3	Personas que se encuentren en el tercer grado de consanguinidad o civil	35% del Nivel 1																	
4	Personas que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad o civil	25% del Nivel 1																	
5	Relaciones afectivas no familiares	15% del Nivel 1																	
Reglas de Precedente Jurisprudencial Simple de la Corte Suprema de Justicia (RPJS - CSJ)	1. Al desatar el recurso de apelación, el juez de segunda instancia está limitado, por regla general, a los argumentos contenidos en el recurso de alzada y que constituyen precisamente las razones de la inconformidad del recurrente con la providencia atacada.																		

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia se identificó solo una regla de precedente jurisprudencial de unificación respecto de la cual no se indican antecedentes pero que evidentemente resulta de aplicar un juicio de proporcionalidad entre las reglas de unificación establecidas para la indemnización del perjuicio moral en caso de muerte y las que establecen la indemnización por daño a la salud.

²⁰ Esta es una regla de precedente de unificación del Consejo de Estado establecido en.

Adicionalmente, se identificaron dos reglas de precedente jurisprudencial simple:

La primera regla, relativa a la imposibilidad de considerar al caso fortuito como una causal eximente de responsabilidad en el título de imputación de riesgo excepcional, encuentra su antecedente en la sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 15.494.

Por su parte, frente a la segunda regla, que concierne a los criterios para determinar la indemnización del daño moral por causa de muerte de cara a la relación familiar o personal entre la víctima directa y el demandante, se indica como antecedente las sentencias 28 de agosto de 2014. Exp 26.251 y 27.709.

Por último, se invoca también una regla de precedente jurisprudencial simple de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con la competencia del juzgador de segunda instancia al resolver el recurso de apelación, cuyo antecedente se ubica en las sentencias de 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585-01 y 4 de agosto de 2010, exp. 2002-00623-01.

Capítulo V. Conclusiones

Después de presentar un contexto teórico sobre la figura del precedente jurisprudencial en Colombia, así como las diferentes circunstancias que se han presentado en el desarrollo de esta figura en el sistema jurídico nacional y su relación con la formulación de políticas en la prevención del daño antijurídico, terminando con la identificación de los precedentes jurisprudenciales contenidas en un grupo de sentencias de unificación del Consejo de Estado, es posible realizar algunas consideraciones finales a manera de conclusión respecto del problema de investigación inicialmente planteado, con el fin de dejar abierta la discusión sobre la forma cómo la técnica del precedente está siendo utilizada por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y su impacto en la prevención del daño antijurídico en el país.

Para desarrollar este cometido, se partirá de la respuesta directa a la pregunta que condensa el problema de investigación, para después presentar los argumentos por los cuales se confirmó la hipótesis inicialmente planteada; posteriormente, se indicarán otras conclusiones a las que se llegó gracias al ejercicio investigativo y que plantean futuros escenarios de investigación que pueden ser abordados en otra oportunidad.

Utilización del precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de unificación del Consejo de Estado en la formulación de la política para la prevención del daño antijurídico en Colombia – Metodología propuesta

La pregunta de investigación se planteó de la siguiente forma: ¿Cómo deberían incorporarse las reglas de precedente jurisprudencial establecidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado proferidas en el periodo 2013 a 2015 relacionadas con el tratamiento del daño antijurídico, en el diseño de las políticas de su prevención?.

La respuesta a la pregunta planteada se expresa mediante la siguiente afirmación: el uso del precedente por parte de las autoridades administrativas responsables de la formulación de la política pública orientada a la prevención del daño antijurídico debe considerar un análisis juicioso de las reglas de relevancia que conforman la regla de precedente definida por la jurisprudencia de unificación correspondiente del Consejo de Estado, mediante la aplicación de los siguientes pasos:

1. Identificación de los hechos relevantes que motivaron el pronunciamiento judicial de unificación.
2. Identificación de las reglas jurisprudenciales concretas que permitieron adoptar la decisión correspondiente, estableciendo además su nivel de importancia jerárquica, en la medida en que cada decisión de unificación puede contener reglas de precedente a) convencional, b) constitucional o c) de descongestión (también llamado de unificación).
3. Establecer si dentro de tales reglas de precedente jurisprudencial existen órdenes concretas (de intervención directa o de intervención indirecta) emitidas por la autoridad judicial que deban cumplirse a fin de materializar su adecuada aplicación.

Este procedimiento, que envuelve en sí la respuesta a la pregunta problema, constituye también la confirmación de la hipótesis planteada inicialmente, en virtud de la cual se sostuvo que la formulación de toda política pública en materia de prevención del daño antijurídico debe considerar como insumo las reglas de precedente jurisprudencial contenidas en las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

En este sentido, se ha concluido también que la utilización adecuada del precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de unificación del Consejo de Estado debe adelantarse mediante el agotamiento de los siguientes pasos:

1. Sistematización de un banco de datos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, así como de las principales decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma que pueda realizarse su consulta de manera rápida mediante la identificación de hechos relevantes.
2. Abstracción de los hechos relevantes en el litigio correspondiente.
3. Planteamiento del problema jurídico principal que subyace en el enfrentamiento.
4. Identificación de las normas jurídicas que deben aplicarse en la solución del problema.
5. Identificación del o los precedentes que pueden aplicarse para encontrar la solución adecuada al problema jurídico correspondiente
6. Comparación de las circunstancias fácticas del litigio a resolver con aquellas que se describen en la sentencia que contiene el precedente a aplicarse.
7. Aplicación del precedente identificado.

Resulta pertinente también indicar que la respuesta a la pregunta problema se logró partiendo de la consideración sobre la pertinencia del uso del precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en la materia en el diseño de la política pública para la prevención del daño antijurídico. En este sentido, tal y como se indicó en el capítulo III al realizar la revisión de la metodología establecida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para el efecto, se evidenció una bajísima consideración de los precedentes de unificación en este proceso.

La anterior conclusión se confirmó tras contrastar la información contenida en el Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico y en la Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico, ambos documentos producidos por la ANDJE, con el reporte de las actividades concretas que desarrolló la Agencia durante los años 2012, 2013,

2014, 2015 y 2016, para el logro de sus fines misionales, descritos en los correspondientes informes anuales publicados por la entidad.

Así, en cada uno de los periodos señalados, las actividades de la Agencia relacionadas con el análisis de los precedentes de unificación no son relevantes, en cuanto no se indicaron el desarrollo de acciones concretas al respecto; lo que es posible establecer, por el contrario, es la preocupación de la ANDJE por realizar talleres y elaborar documentos de análisis jurisprudencial sin vinculación expresa con la técnica del precedente, tal como pasa a explicarse.

En el año 2012, la ANDJE indicó haber realizado un levantamiento de líneas jurisprudenciales sobre daño moral y privación injusta de la libertad, obteniendo como resultado la elaboración de un documento contentivo de la línea base de dicha línea.

En el mismo sentido, durante el año 2013, la Agencia reportó la elaboración de un documento “con recomendaciones de política pública para evitar demandas fundamentadas en la configuración de una relación laboral a través de contratos de prestación de servicio, el documento incluyó la conceptualización, doctrina y análisis jurisprudencial.” esta labor, tal como aconteció para la anualidad del 2012, se orientó al análisis de líneas jurisprudenciales en temas como privación injusta de la libertad, liquidación y reestructuración de entidades públicas, conciliación prejudicial y judicial en lo contencioso administrativo, registro y entrega de ayuda humanitaria de emergencia, así como de reparación administrativa y judicial. Sin embargo, el análisis no se orientó a la identificación específica de precedentes de sentencias de unificación en asuntos relacionados con daño antijurídico.

En lo concerniente al 2014, la gestión de la Agencia, en lo relacionado con la prevención del daño antijurídico, se centró en la publicación de los documentos especializados No 1, denominado “Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico” y No 11,

titulado “Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico” a los que ya se hizo referencia en el presente documento. Adicionalmente, la entidad continuó con la estrategia de elaborar líneas jurisprudenciales sobre privación injusta de la libertad, daños causados a y por conscriptos, daños causados con vehículos de uso oficial, daños causados por o/a personas privadas de la libertad en centros carcelarios o de detención, pero no se realizó la identificación concreta de los precedentes contenidos en sentencias de unificación como insumo determinante para la construcción de la política de prevención correspondiente.

En el 2015, la labor de la Agencia relacionada con el apoyo en la recopilación de la información necesaria para la elaboración de la política de prevención del daño antijurídico se mostró más orientada hacia la revisión de sentencias de unificación del Consejo de Estado, actividad que se adelantó mediante la publicación de tres informes de “seguimiento de las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre perjuicios inmateriales”. Esta acción representó un cambio en el modelo, sin embargo, no se expresó la función concreta que puede jugar el precedente de dichas sentencias en la formulación de la política, como quiera que el producto obtenido continuó manifestándose a través de fichas de análisis jurisprudencial y no mediante un documento que exprese la metodología concreta para incorporar dichos precedentes en la señalada política.

Por último, y tal como se indicó en la parte final del capítulo III, durante el 2016, la Agencia “realizó la recolección, depuración y análisis de información litigiosa para la elaboración de líneas jurisprudenciales” con el fin de elaborar “documentos de análisis jurisprudencial sobre: i) desplazamiento forzado ii) responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados con minas antipersonales, y iii) facultad de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública por voluntad de la entidad o llamamiento a calificar servicios, que condensan 23 problemas

jurídicos.” Pese a lo anterior, dicha labor, no se centró en la identificación de precedentes jurisprudenciales concretos cuya utilización se expresara en la política de prevención del daño antijurídico.

Ahora bien, resulta pertinente recordar que, frente a la técnica del precedente jurisprudencial y su utilización en casos concretos, es posible evidenciar la importancia que cobra el adecuado planteamiento de conceptos y estructuras de la lógica y el conocimiento en su uso e invocación. Por ello, debe señalarse la importancia que tiene en este proceso la correcta formulación del problema jurídico que debe resolverse en un determinado litigio, como quiera que, de lograrse su adecuado planeamiento, se facilita y orienta la identificación y aplicación del precedente que debe utilizarse en la situación. Sin embargo, una adecuada identificación del problema jurídico no es suficiente para la adecuada utilización de un precedente. Deben tenerse en cuenta también los hechos relevantes del asunto litigioso, así como la identificación de las reglas aplicadas por el órgano judicial a dicha situación, para posteriormente poder generar las reglas de relevancia de forma objetiva, las cuales, podrán ser aplicadas posteriormente a situaciones similares.

La revisión de la literatura que se realizó durante la investigación, y que permitió la presentación de los conceptos contenidos en los primeros tres capítulos del presente documento, también dan cuenta de que el diseño de una política pública debe partir del análisis general de una problemática que se establece mediante rasgos fácticos que comparte semejanzas relevantes entre sí, cuyo tratamiento merece la aplicación de reglas de relevancia similares. En este sentido, y considerando la técnica del precedente jurisprudencial de las sentencias de unificación, resulta evidente concluir que su utilización es indispensable en la construcción de la política pública para la prevención del daño antijurídico como quiera que encierra los elementos necesarios para adelantar esta labor.

Adicionalmente, dados los elementos referenciados en el capítulo sobre la naturaleza de las políticas públicas y su diseño, es posible concluir que una política de esta naturaleza no puede originarse en el estudio aislado de los casos que enfrenta de cada entidad tal como está regulado en el Decreto 1716 de 2009, norma que radica en cabeza de los comités de conciliación la función de desarrollar la política de prevención de daño antijurídico de la entidad, basado en su litigiosidad anual. El resultado es el diseño de una política parcial y que eventualmente no comprende asuntos que se presenten en la siguiente anualidad y frente a los cuales no se tendrán lineamientos que guíen la acción pública.

El escenario reglamentario que se aplica actualmente mediante el Decreto 1716 de 2009, puede llevar a eventos en los cuales una decisión administrativa sobre la procedencia de una solicitud de conciliación, contraría abiertamente la regla de precedente de unificación contenida en las sentencias del Consejo de Estado, circunstancia que daría al traste con el fin de prevención de la litigiosidad, pero además pondría en entredicho las competencias del máximo órgano de lo contencioso administrativo y la obligatoriedad vertical respecto de sus reglas jurisprudenciales.

Por otro lado, en relación con el sentido en que se establecen los precedentes jurisprudenciales de acuerdo con los conceptos analizados en los dos primeros capítulos del presente documento, y teniendo en cuenta que la elaboración y utilización de los precedentes jurisprudenciales representan en algún sentido la opinión legal de la Corporación o Juez que lo aplica, basada en sus preferencias políticas así como por la influencia política y legal del resultado, resulta razonable pensar que los precedentes de unificación sobre la configuración del daño antijurídico y su reparación proferidos por el Consejo de Estado dentro del periodo comprendido entre 2013 y 2015 indican una tendencia del máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a racionalizar las indemnizaciones indicadas en las condenas

correspondientes, al establecer límites respecto del monto y las personas que pueden acceder a la compensación económica correspondiente, así como al establecer los parámetros para la prueba de determinado vínculo con la víctima directa del daño antijurídico.

Conclusiones derivadas del desarrollo del trabajo de campo

Luego del análisis de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado entre el 2013 y el 2015, se lograron obtener los siguientes datos:

Tabla No. 12.

Síntesis de los Precedentes Jurisprudenciales Contenidos en las Sentencias de Unificación Proferidas por el Consejo de Estado en los años 2013, 2014 y 2014.

Año		Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificadas en las decisiones	
2013		RPJU-establecidas en las sentencias	3
		RPJU-citadas en la sentencia	2
		RPJS-establecidas en la sentencia	8
		RPJS-citadas en la sentencia	12
		RPJC	1
		RPJCIDH	3
		RPJS-CJS	2
		RPJS-CSdelaJ	0
2014		RPJU-establecidas en las sentencias	15
		RPJU-citadas en la sentencia	13
		RPJS-establecidas en la sentencia	25
		RPJS-citadas en la sentencia	39
		RPJC	10
		RPJCIDH	5
		RPJS-CJS	0
		RPJS-CSdelaJ	3
Sentencias de Unificación proferidas		4	
Sentencias de Unificación sobre Daño Antijurídico		2	
Sentencias de Unificación proferidas		12	
Sentencias de Unificación sobre Daño Antijurídico		9	

Año		Reglas de Precedente Jurisprudencial Identificadas en las decisiones	
2015		RPJU-establecidas en las sentencias	1
		RPJU-citadas en la sentencia	2
		RPJS-establecidas en la sentencia	3
		RPJS-citadas en la sentencia	3
		RPJC	0
		RPJCIDH	0
		RPJS-CJS	2
		RPJS-CSdelaJ	0
		Sentencias de Unificación proferidas	5
Sentencias de Unificación sobre Daño Antijurídico	1		

Fuente: Elaboración de los autores

Los aspectos sobre los cuales se unificaron criterios durante las anualidades estudiadas fueron:

- a. Valoración probatoria de documentos aportados en copia simple.
- b. Reglas para establecer la indemnización por perjuicio moral en eventos de privación injusta de la libertad. Al establecer estos criterios bajo la forma de un precedente de unificación, el Consejo de Estado hace más compleja la posibilidad que un órgano jurisdiccional de menor rango reconozca montos superiores, pese a que al establecerlos reconoce tal posibilidad, siempre que el juzgador pueda establecer una vulneración a bienes constitucional o convencionalmente protegidos, o a que la labor probatoria de la parte haya establecido con suficiencia que la afectación fue de tal entidad, que requiere de una mayor indemnización para la adecuada compensación.
- c. Parámetros para la indemnización de perjuicios morales ocasionados por conductas punibles cometidas por agentes del Estado, vinculado a los criterios del artículo 97 de la

ley 599 de 2000 y a la acreditación de la configuración del daño antijurídico en el correspondiente proceso penal.

- d. Alcance de los daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, creando de esta manera una categoría de daño especial que hasta el momento (2014) no gozaba de tal condición; así mismo, se unificaron criterios para su correspondiente reparación estableciendo la posibilidad de que en estos eventos la indemnización alcance tres veces los topes establecidos jurisprudencialmente para afectaciones a otro tipo de bienes.
- e. Creación de parámetros para la indemnización de los perjuicios morales ocasionados por muerte de una persona, vinculados a la demostración del parentesco o a cercanía con la víctima. Los criterios unificadores pretenden limitar el grupo de posibles beneficiarios de la indemnización al crear 5 niveles de cercanía cuya prueba permite, a su vez, un tope indemnizatorio.
- f. Aclaración sobre la procedencia de la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante vinculados al alcance de la edad productiva de la víctima.
- g. Se unificaron criterios que permiten obtener indemnizaciones bajo la modalidad del lucro cesante en favor de los miembros el núcleo familiar, aplicando los parámetros del derecho civil sobre “el buen padre de familia”, de manera tal que la atención de las necesidades que se van satisfaciendo a medida que un hijo alcanza la mayoría de edad, permite el acrecentamiento de los recursos en favor del hermano que le sigue en el proceso de desarrollo.
- h. Creación de nuevos parámetros para la reparación de perjuicios inmateriales ocasionados por la vulneración de derechos protegidos constitucional o convencionalmente, a través del privilegio de medidas de reparación no pecuniarias, en atención a las obligaciones

internacionales a las que está obligado el Estado colombiano desde su vinculación con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Este criterio unificador materializó estándares de aplicación directa de dicha Convención.

- i. Límites para la indemnización del daño a la salud, así como los criterios en virtud de los cuales el juzgador puede reconocer indemnizaciones superiores a dichos montos. En el mismo sentido, se unificaron criterios respecto de los estándares que el juez debe observar para determinar el efecto del daño a la salud.
- j. Criterios para la indemnización de perjuicios morales ocasionados por lesiones, así como los estándares para su reconocimiento a la víctima directa y determinadas personas en atención al nivel de cercanía que tengan. Dicho reconocimiento debe también tener en cuenta ciertos límites de la afectación sufrida, la cual, puede ir desde el 1% y hasta el 50%.

Se insiste en que la formulación de la política pública en relación con la prevención del daño antijurídico debe comprender los aspectos anteriormente señalados, dada su importancia, así como la posibilidad de evitar o aminorar el costo asociado con eventuales pretensiones judiciales.

Consideraciones adicionales del trabajo de investigación

Como resultado del trabajo de investigación adelantado, se han logrado algunas conclusiones que, si bien no están directamente relacionadas con la solución al problema de investigación, guardan un estrecho vínculo con la figura del precedente jurisprudencial de unificación. A continuación, se relacionan a manera de consideraciones relevantes.

En primer término, es pertinente sostener que si, tal como lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional i) el precedente jurisprudencial es obligatorio tanto para autoridades

judiciales como administrativas, y, ii) solo está permitido a las primeras apartarse de un precedente bajo los estrictos parámetros también fijados en los pronunciamientos del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, se ha evidenciado una aparente “*disonancia*” entre los parámetros establecidos en por la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la obligatoriedad del precedente y la facultad otorgada en el numeral tercero del inciso 5 del artículo 102 de la ley 1437 de 2011 en la medida en que se le autoriza a la autoridad administrativa negar la solicitud de extensión de una sentencia de unificación bajo el argumento según el cual la interpretación de las normas que se aplicaron al caso concreto por parte del Consejo de Estado es equivocada. Si el precedente contenido en las sentencias de unificación es obligatorio, el legislador no puede estar facultado para permitir a una autoridad administrativa desconocer su aplicación planteando un argumento relacionado con una indebida interpretación.

Lo anterior, representa además un problema en relación con la formulación de las políticas de prevención del daño antijurídico como quiera que, si en principio el precedente de unificación o descongestión ha sido adoptado para evitar o racionalizar las posibles condenas a la administración, le estaría siendo permitido a las autoridades desconocerlos al momento de formular la política pública en la materia, bajo el débil -pero legal- argumento de que el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa se “equivocó” al establecer dicho precedente.

Ahora bien, en relación con la forma en que el Consejo de Estado ha venido estableciendo las reglas de precedente jurisprudencial en sus sentencias de unificación dentro del periodo comprendido entre el 2013 y el 2015, es pertinente indicar que algunas secciones de la Corporación son más juiciosas al momento de presentar las reglas de unificación contenidas en sus providencias. La Sección Tercera, en particular, presenta de manera ordenada los argumentos

sobre los cuales edifican sus decisiones, mediante la inclusión de obiter dictum autorizados y coherentes, dentro de los cuales es posible identificar incluso, alusión a reglas de precedente de unificación o simples que, aunque no inciden en la decisión que se está adoptando, le muestran al lector un camino argumentativo sólido. Así, es común encontrar muchas citas a precedentes constitucionales o de otras jurisdicciones que no están relacionadas con el caso concreto pero que ofrecen un contexto para su decisión, desde ese punto de vista, podría advertirse que el precedente juega un papel de Obiter Dictum, de mayor relevancia o jerarquía.

Por otro lado, llama la atención el que algunas secciones del Consejo de Estado, como la primera y la segunda, no utilizan de una manera muy común reglas de precedente establecidas por otros tribunales de cierre o internacionales, mientras que las secciones quinta y tercera, -en especial esta última-, han demostrado posiciones vanguardistas al realizar un esfuerzo en presentar diferentes tipos de reglas de precedente establecidas por otras Corporaciones nacionales como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, e incluso, de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, resulta relevante el que en muchas consideraciones o dichos de paso, así como algunos precedentes simples, el Consejo de Estado apela a la aplicación del principio de convencionalidad, lo que produce como resultado la prevención en concreto de decisiones que puedan afectar el patrimonio del Estado, en la medida en que al respetarse los contenidos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos mediante las decisiones de los tribunales internos, se estaría demostrando ante el sistema regional de protección de derechos humanos, una acción concreta que puede evitar el litigio en sede internacional. Al respecto, surge inmediatamente la duda sobre si los comités de conciliación de las entidades públicas han tenido

en cuenta el denominado control de convencionalidad al momento de generar la política de prevención del daño antijurídico en cada institución.

Por último, puede afirmarse que la integración del precedente convencional pretende garantizar la reparación plena en armonía con los postulados del instrumento internacional, con el fin de evitar condenas en el sistema de protección interamericano. Si es así, se confirmaría que el precedente directamente aplicado por las autoridades judiciales es un mecanismo que tiene la doble condición de i) formular la política de prevención del daño antijurídico, y, ii) garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de protección de derechos humanos.

Referencias

- Aguilar, C., & Lima, M. (1 de Septiembre de 2009). *¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?* Obtenido de <http://www.eumed.net/>: <http://www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm>
- Alemán, I. (2010). Pensamiento jurídico contemporáneo y carácter vinculante de los fallos de tutela. *Justicia Juris*, 93-101.
- Alvarado, V. (2013). El precedente judicial y la extensión de la jurisprudencia (Ley 1437 de 2011). *Revista Nueva Época*, 89-109.
- Anderson, J. (2011). *Public Policymaking: An Introduction*. Boston: Wadsworth Cengage Learning.
- ANDJE. (2013). *Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2013). *Informe de gestión vigencia 2012*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2013). *Informe de gestión vigencia 2013*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2014). *Circular Externa No. 03 de 20 de junio de 2014*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2014). *Informe de gestión de la agencia nacional de defensa juridica del estado con corte a 31 de diciembre de 2014*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2014). *Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2016). *Informe de gestión 2015*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2016). *Informe de gestión anual*. Bogotá D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- ANDJE. (2016). *Informe de rendición de cuentas para la audiencia pública de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Enero - Diciembre 2015*. Bogotá D.C.: AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.
- Araujo Rentería, J. (2001). *Salvamento de voto a la Sentencia C-836 de 2001*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Arrázola, F. (2015). La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho Público*, 2-29.

- Barroso, L. (2015). *El neoconstitucionalismo y las transformaciones de la interpretación en el derecho contemporáneo*. Bogotá D.C.: Universidad Libre.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 81-94.
- Cano, L. (2014). La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Papel Político*, 435 - 458.
- Castaño, J. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 119-160.
- Cejudo, G., & Michel, C. (2016). Coherencia y políticas públicas Metas, instrumentos y poblaciones objetivo. *Gestión y Política Pública*, 3-31.
- Cepeda Espinosa, M. J., & Monroy Cabra, M. G. (2001). *Aclaración de voto a la Sentencia C - 836 de 01*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CongresodelaRepública. (1896). *Ley 169 de 1896*. Bogotá D.C.: Diario Oficial 10235 de enero 14 de 1897.
- CongresodelaRepública. (2010). *Ley 1395 de 2010*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010.
- CongresodelaRepública. (2011). *Ley 1437 de 2011*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.
- Consejo de Estado. (2012). *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011*. Bogotá D.C.: Nomos Impresores.
- Consejo de Estado. (2014). *Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- CorteConstitucional. (1993). *Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del artículo 2 y el artículo 23 parcial del Decreto 2067 de 1991*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (1995). *Caso Augusto Vargas Sáenz Vs. Anaís Moreno de Alzate*. Bogotá D.C.: Relatoría Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (1995). *Caso Seguros Generales Aurora S.A. Vs. División Segunda de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (1996). *Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia"*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.

- Corte Constitucional. (1997). *Caso Delfida Carrascal Sandoval y Otros Vs. Alcaldes Municipales de María La Baja y Zambrano (Bolívar)*. Bogotá D.C.: Relatoría Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1997). *Caso Luis Heriberto Solís Herrera contra la Electrificadora de Córdoba, Seccional de Montelíbano*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1998). *Caso Luis Alberto Carreño Vs. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1998). *Caso Manuel José Duque Arcila y Otros Vs. el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC*. Bogotá D.C.: Relatoría Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1998). *Caso Pedro Julio Mahecha Avila, en representación de Esteban Cancelado Gómez Vs. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1998). *Caso Silverio Cortes Romero Vs. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1999). *Caso Luisa del Carmen Anaya Atencio y Otros Vs. Departamento de Bolívar*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1999). *Caso Viviane Morales Hoyos Vs. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (1999). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) de la Ley 488 de 1998*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2004). *Caso Jaime Escruceria Gutierrez contra la Gobernación De Nariño*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Consitucional.
- Corte Constitucional. (2004). *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4° y 6° (parciales) de la Ley 18 de 1970; párrafo 2° (parcial) del artículo 41 de la Ley 80 de 1993; párrafo del artículo 7° y artículo 24 (parcial) de la Ley 185 de 1995; y artículo 38 de la Ley 3*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T - 025 de 2004, Caso Abel Antonio Jaramillo y Otros Vs. la Red de Solidaridad Social y Otros*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2005). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 185, parcial, de la Ley 906 de 2004*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2006). *Caso Laureano Augusto Ramírez Gil contra CAPRECOM*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.

- CorteConstitucional. (2006). *Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2007). *Caso Ramiro Suárez Corzo contra la Sección Quinta del Consejo de Estado*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2008). *Caso Aquilino Góngora Castro contra Juzgado Quinto Administrativo de Pasto y Tribunal Administrativo de Nariño*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2009). *Caso Recicladores de Navarro Vs. Alcaldía de Cali, Sentencia T - 291 de 2009*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2010). *Auto 383 de 2010, Coordinación de la política pública de atención a la población desplazada de las entidades territoriales y nacionales en el marco de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2011). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 102 (parcial) de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2011). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2011). *Sentencia C - 634 de 2011, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2012). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2012). *Demanda de inconstitucionalidad: de los artículos 102 (parcial), 269 (parcial) y 270 (parcial) de la ley 1437 de 2011*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (28 de Junio de 2013). *Acciones de tutela instauradas por varias personas privadas de la libertad, o en representación de estas Vs. Instituto Penitenciario y Carcelario - INPEC-*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2014). *Caso Eufrocina Hortensia Madrid Novoa, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", en descongestión*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2015). *Caso Diosemel Quintero Bayona y otros Vs. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y otros*. Bogotá D.C.: Relatoría Corte Constitucional.

- CorteConstitucional. (2015). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20, literal (a) (parcial), del Decreto Ley 274 de 2000*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2016). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2016). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2016). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 176 del Decreto Ley 407 de 1994*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- CorteConstitucional. (2016). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 del Código Civil*. Bogotá D.C.: Relatoría de la Corte Constitucional.
- Cross, R., & J.W., H. (1991). *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- De Lafont, R. (2013). El proceso especial para la extensión de la jurisprudencia. En I.C.D.P., *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano De Derecho Procesal* (págs. 506-524). Bogotá D.C.: Universidad Libre - Universidad Externado de Colombia.
- Deutsch, J. G. (1974). Precedent and Adjudication. *The Yale Law Journal*, 1553-1584.
- Devins, N., & Herz, M. (2003). The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 558-606.
- Diez, S. (2008). *El Precedente Administrativo- Fundamentos y Eficacia Vinculante*. Madrid: Marcial Pons.
- Dovlo, D., Nabyonga-Orem, J., Estrelli, Y., & Mwisongo, A. (2016). Policy dialogues - the "bolts and joints" of policy-making: experiences from Cabo Verde, Chad and Mali. *BMC Health Services Research*, 327-335.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press.
- GobiernoNacional. (2009). *Decreto 1716 de 2009*. Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.349 de mayo 14 de 2009.
- GobiernoNacional. (2011). *Decreto 4085 de 2011*. Bogotá D.C.: Diario Oficial 48240 del 1 de noviembre de 2011.
- Guilherme, L. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 249 - 266.

- Gutiérrez, J. (2014). *El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo colombiano*. Bogotá D.C.: Tesis de Grado de Maestría en Derecho Administrativo Universidad Nacional.
- Hanna, J. (1957). The Role of Precedent in Judicial Decision. *Villanova University School of Law*, 367-384.
- Henao, J. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J., & Ospina, A. (2015). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, A. (2011). La Jurisprudencia en el Nuevo Código. En CdeE, *Memorias Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (págs. 233-244). Bogotá D.C.: Contraloría General de la República, Consejo de Estado.
- Hernández, N. (2002). Los principios de igualdad y seguridad jurídica como presupuestos de la doctrina probable. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, 85-105.
- Hopper, K., & Jensen, M. (1994). Science, Specific Knowledge, and Total Quality Management. *Journal Of Accounting & Economics* , 247–287.
- Hoyos, R. (2013). El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente de derecho? En I.C.D.P, *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano De Derecho Procesal* (págs. 452-474). Bogotá D.C.: Universidad Libre - Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez, W., & Ramírez, C. (1 de Enero de 2008). *Escuela Superior de Educación Pública*. Obtenido de ESAP: http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/1_gobierno_y_politica_publica.pdf
- Jones, C. O. (1984). *An Introduction to the Study of Public Policy*. Michigan: Wadsworth Publishing Co Inc.
- Julio, A. (2003). El Precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001. En AutoresVarios, *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional* (págs. 45-63). Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Lahera, E. (2004). *Política y Políticas Públicas*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL.
- Lancheros-Gómez, J. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. *Revsita Díkaion*, 159-186.
- Lopez, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C.: Legis, Universidad de los Andes.

- López, D. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.
- López, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Precedente*, 9-42.
- López, D. (2016). *Eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- López, L. F. (2014). E juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Vniversitas*, 79-120.
- Mantilla, M. (2011). Principio de legalidad: sujeción a la Constitución, a la ley y a la jurisprudencia de las altas cortes. En A. Varios, *20 años de la Constitución Colombiana. Logro, retrocesos y agenda pendiente* (págs. 115-127). Bogotá D.C.: Konrad Adenauer Stiftung.
- Medellín, P. (2004). *La Política de las Políticas Públicas: Propuesta Teórica y Metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL.
- Moreno, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 165-192.
- Motta, A. (2011). El estado de derecho en construcción. En A. Varios, *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*. (págs. 102-114). Bogotá D.C.: Konrad Adenauer Stiftung.
- Olano, H. (2011). Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo. *Estudios Constitucionales*, 395 - 428.
- Pérez, L., Uprimny, R., & Rodríguez, C. (2007). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá D.C.: DeJuSticia, IDEP.
- Quinche, M. (2016). *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario; Legis Editores S.A.
- Quinche, M., & Rivera, J. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*, 113 - 138.
- R. P., & L. B. (1992). "Supreme Court Authority in the Judiciary: A Study of Remands". *American Politics Quarterly*, 169-191.
- Rivero, J. (1980). *Derecho administrativo*. París: Jurisprudence Generale Dalloz.
- Rodríguez, C. (1997). Hermenéutica Constitucional y Activismo Judicial. *Revista de Derecho Público*, 155-170.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho administrativo. General y colombiano*. Bogotá D.C.: Temis.

- Roth Deubel, A. N. (2002). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá D.C.: Ediciones Aurora.
- Roth Deubel, A. N. (2010). *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Roth, A.-N. (2008). Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: ¿de la razón científica al arte retórico? *Estudios Políticos*, 67 - 91.
- Saffon, M., & García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 75-107.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2003). *Tratado de derecho administrativo, Tomo I*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2007). *Tratado de derecho administrativo. Tomo II*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Santos, J. (2006). La transformación de la vinculación de la Administración pública a la legalidad. *Revista Derecho del Estado*, 171-182.
- Sarmiento-Erazo, J. (2011). *El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo?* Bogotá D.C.: Vniversitas.
- Sellers, M. (2006). The Doctrine of Precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, 67-88.
- Shauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 571-605.
- Spriggs, J., & Hansford, T. (2002). The U.S. Supreme Court's Incorporation and Interpretation of Precedent. *Law & Society Review*, 139-160.
- Suárez-Rodríguez, J. (2010). La determinatio en el proceso de adjudicación: Una visión prudencial del razonamiento jurídico. *Revista Dikaion*, 374-398.
- Suelt, V. (2011). El estado de cosas de inconstitucionalidad. En Autores Varios, *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente* (págs. 203-223). Bogotá D.C.: Konrad Adenauer Stiftung.
- Tamayo, J. (2006). El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 36(105), 361-397.
- Tamayo, J. (28 de Marzo de 2010). *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*. Obtenido de <http://www.ceja.cl>: <http://www.ceja.cl/index.php/biblioteca/biblioteca->

virtual/doc_view/1365-interpretaci%C3%B3n-de-la-corte-constitucional-arma-de-doble-filo.html

- Tamayo, J., & Jaramillo, C. (2012). *El precedente judicial en Colombia. papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Editorial Ibañez - Univesidad Javeriana.
- Uprimny, R. (2011). La Constitución de 1991 como Constitución transformadora. ¿Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil? En A. Varios, *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*. (págs. 37-53). Bogotá D.C.: Konrad Adenauer Stiftung.
- Velásquez Gavilanes, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto "política pública". *Desafíos*, Bogotá D.C.
- Velázquez, J. M. (2016). Retroalimentando la etapa de terminación: Análisis de casos de políticas públicas. *Estudios Políticos*, 163-189.
- Villegas, H. (1993). El contenido de la seguridad. *Revista Impuestos*, 33-43.
- Zagrebelky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. Madrid: Trotta.

Sistema de Citación

El presente trabajo se realizó utilizando como sistema de citación las normas APA
Sexta Edición