



Universidad del Rosario

360 años

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TESIS DE MAESTRÍA

UNA MIRADA AL PAPEL DEL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ESTUDIO DEL PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DEL MECANISMO DE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA, CONSAGRADOS EN LA LEY 1437 DE 2011.

Presentada por Paola Marcela Iregui Parra

Dirigida por Dra. LUISA FERNANDA GARCÍA L.
Profesora de Carrera Académica
Facultad de Jurisprudencia

Bogotá, D.C., Agosto de 2014

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la oportunidad y la fe para poder alcanzar este nuevo logro académico. Por ser mi guía y fortaleza siempre, al llenar mi vida de amor y alegría.

A mis papás por animarme a seguir, y aguardar con paciencia la buena noticia. A las mejores hermanas del mundo por ser como son, y darme el soporte que siempre necesito, pero sobre todo por su amor incondicional. A Ricardo por su infinito amor, ayuda y comprensión. A Juan José, a Iván, y a la familia, por apoyarme en silencio.

A Malu por ser ejemplo en todo el sentido de la palabra. Sus enseñanzas, apoyo, y amistad son incomparables. Por ser cómplice y coadyuvante de mis sueños y proyectos, pero sobre todo por confiar en que lo iba a lograr, cultivando en cada momento difícil mi esperanza.

A María T y a Hugo por compartir desinteresadamente su experiencia y conocimiento, para enriquecer el contenido de esta investigación, porque sin sus aportes académicos este trabajo no sería el mismo que hoy se presenta.

A Luisa, por su apoyo en la dirección de esta investigación y su compromiso. A la doctora Beatriz por creer en mi proceso de formación. Al doctor Restrepo por su comprensión y por presionar cuando se necesitaba. A Juan Felipe por la bibliografía proporcionada.

A mis amigos, a Pocalana, la Tuna del Rosario y la Tuna Navarra, les agradezco su comprensión, paciencia y apoyo durante la construcción de esta investigación.

Aprovecho para pedir disculpas a esas personas que deje de lado durante mucho tiempo por sentarme a leer o escribir, pero aquí está el fruto de este esfuerzo.

¡Gracias a todos, por todo!

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
I CAPITULO: EL PRECEDENTE JUDICIAL ¿FUENTE DE DERECHO?	11
Introducción	11
1.1 Las Fuentes del derecho	11
1.1.1 El concepto de fuentes del derecho	11
1.1.2 Contextualización de las familias jurídicas	14
1.1.2.1 La familia Romano Germánica	16
1.1.2.2 La familia del Common Law.....	23
1.1.3 Puntos de encuentro y reflexión	28
1.2 Las fuentes en el derecho colombiano	32
1.2.1 El tradicional sistema de fuentes del derecho colombiano.....	33
1.2.1.1 Desarrollo Normativo.....	34
1.2.1.2 La labor de unificación en el derecho colombiano.....	38
1.2.1.3 Las fuentes en la Constitución de 1991.....	42
1.2.2 El Precedente judicial como fuente del derecho colombiano.....	48
Conclusiones	81
II CAPITULO: EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA	83
Introducción:	83
2.1 Las fuentes del derecho administrativo	83
2.1.1 El tradicional sistema de fuentes del derecho administrativo	83
2.1.2 Desarrollo normativo y jurisprudencial del Consejo de Estado sobre unificación jurisprudencial y precedente.....	87
2.2 El CPACA materializa el precedente judicial en la justicia Contenciosa Administrativa. ...	99
2.2.1 Antecedentes	99
2.2.2 Instituciones que materializan el precedente judicial en la Ley 1437 de 2011	104
Comentarios finales.....	126
CONCLUSIONES	132
ANEXO 1.....	140
ANEXO 2: GLOSARIO.....	144
BIBLIOGRAFÍA.....	146

INTRODUCCIÓN

El derecho en su objetivo de ser regulador de las distintas relaciones dentro de la sociedad, está en constante evolución, por el carácter dinámico de los temas que maneja, de esta manera el hombre está en crecimiento permanente, y las instituciones deben actualizarse para mejorar día a día. En este sentido, constantemente se debe hacer revisiones a temas neurálgicos que permitan la redefinición de los conceptos y la acomodación a las nuevas tendencias, de tal manera que responda a las necesidades reales de la comunidad.

La historia del derecho colombiano, refleja exactamente la forma cómo las instituciones y los gobernantes se han amoldado a las nuevas realidades de la sociedad. En este sentido, muchos cambios, han sido fruto de reclamaciones violentas, otras pacíficas, por reformas a las formas de gobierno, a la administración, a las instituciones jurídicas, políticas y sociales en general, reclamando justicia, igualdad y la protección de los derechos de las personas.

En este contexto se considera pertinente estudiar uno de los temas más tradicionales del derecho, sus fuentes, presentando las alteraciones que han sufrido, al reconocer la aparición de nuevas instituciones que han incursionado con fuerza en el ordenamiento, afectando la jerarquía existente. A la institución que se está haciendo referencia es al precedente judicial, entendido como “la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares” (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 10), el cual coincide con el de la Corte Constitucional “de allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes” (Corte Constitucional, T- 292 de 2006).

Según la Corte Constitucional y la doctrina que ha estudiado el tema del precedente judicial en el derecho colombiano, sin lugar a dudas señalan que la sentencia C-836 de 2001, es un verdadero hito para el derecho colombiano “en tanto traduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo ya a la jurisprudencia de la Corte Constitucional” (Contreras Calderón, 2011). Adicionalmente, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” en adelante CPACA, se crean instituciones como las sentencias de unificación de jurisprudencia y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, las cuales ameritan ser estudiadas para identificar su relación con el concepto de precedente judicial.

Para lo cual se plantea el siguiente problema, alrededor del cual se estructura la presente investigación: ¿Hay una alteración en las fuentes del derecho, que abre cabida a la existencia del precedente judicial como fuente formal del ordenamiento colombiano, y específicamente del derecho administrativo?

La pertinencia del problema está dada, en que nuestro ordenamiento jurídico, desde sus inicios se ha enmarcado en la familia jurídica Romano Germánica o Sistema Continental, donde la Jurisprudencia ocupa un papel secundario en el momento de la toma de decisiones por parte de los jueces, fungiendo como un instrumento meramente auxiliar, totalmente opacado por la ley, la cual ha sido la principal fuente del derecho. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con la creación de la Corte Constitucional junto al valor vinculante que se ha dado a sus decisiones, el tradicional sistema de fuentes Romano Germánico adoptado en el país ha presentado una evolución que lo aproxima al uso de instituciones que parecían exclusivas del Common Law.

Sin perjuicio de la dificultad que representa la materia, es necesario abordar el tema con el fin de solucionar problemas en la práctica del derecho, que pueden llegar a comprometer la seguridad jurídica y la justicia, pilares fundamentales del estado social de derecho. De esta manera, lo novedoso del problema de investigación es que la discusión sobre la alteración de la jerarquía de las fuentes del derecho, se aborda desde una perspectiva teórica, pero que

desarrolla puntualmente, mecanismos como las sentencias de unificación y la extensión de jurisprudencia, que posiblemente dan alcance al concepto de precedente judicial en el Contencioso Administrativo.

La conclusión a la que se quiere llegar es que a pesar que el sistema colombiano se enmarca dentro del Sistema Romano Germano donde la ley es la principal fuente del derecho, en la actualidad, conceptos como el precedente judicial han tomado fuerza convirtiéndose verdaderamente en fuente del derecho colombiano, alterando la concepción clásica de las fuentes y su organización jerárquica tradicional de acuerdo al valor vinculante que se le ha otorgado. Lo cual se puede evidenciar en la Ley 1437 de 2011, en la que el legislador intervino en la materialización del concepto de precedente judicial en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la creación de las sentencias de unificación y la posibilidad de extender los efectos de las mismas.

Para llegar a una respuesta al planteamiento propuesto, se trazaron como objetivos de investigación los siguientes:

1. Identificar las fuentes del derecho de las dos grandes familias jurídicas, en la tradición Romano Germana y del Common Law para comprender el concepto y alcance del precedente judicial en cada una.
2. Analizar el desarrollo normativo y jurisprudencial de las fuentes del derecho colombiano para establecer si existe el precedente judicial dentro del ordenamiento, y el valor que se le ha otorgado como fuente como para alterar la jerarquía tradicional del sistema.
3. Revisar las fuentes del derecho administrativo colombiano e identificar a través del estudio de sus normas y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la existencia del precedente judicial en la Jurisdicción Contenciosa administrativa.
4. Identificar la existencia de instituciones en la Ley 1437 de 2011, que materialicen o den alcance al concepto de precedente judicial en la Jurisdicción Contenciosa administrativa.

La metodología planteada para el desarrollo de este trabajo de investigación evidencia una orientación deductiva, en razón que se parte de premisas generales como el estudio de las fuentes del derecho en la familia jurídica Romano Germánica y en el Common Law para obtener resultados particulares circunscritos al derecho administrativo. En este sentido se puede observar el planteamiento de los cuatro objetivos, y su desarrollo en orden a lo largo del documento.

La información que sirvió de base para la investigación se recopiló a partir de la búsqueda de fuentes primarias y secundarias. En este sentido se utilizó, documentos relacionados con los objetivos propuestos, esto es, desarrollos legislativos que se han referido sobre los puntos de investigación, providencias judiciales proferidas principalmente por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y documentos provenientes de doctrina autorizada donde se evidencien diversas posturas sobre el problema de estudio.

El estudio de la jurisprudencia se circunscribirá únicamente a las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en razón que la Corte Constitucional, como legítima intérprete de la Constitución, ha realizado el mayor desarrollo en la materia, marcando las pautas para la aplicación del precedente judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Por su parte se estudiará las providencias del Consejo de Estado, por ser el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual es el objeto central de este trabajo.

En ese sentido, esta investigación está estructurada en dos capítulos, y cada uno a la vez en dos secciones:

El primer capítulo titulado “El precedente judicial ¿fuente de derecho?”, tiene como objetivo responder a la primera parte del problema de investigación, consistente en identificar si a pesar que Colombia se circunscribe en la tradición jurídica Romano Germánica, figuras como el precedente judicial se han abierto camino, provocando una alteración en la concepción tradicional de las fuentes del derecho. La respuesta a esta pregunta se trabaja desde dos

perspectivas: Una muy general, desarrollada en la primera parte del capítulo, en la que se estudia el concepto de fuente del derecho y la jerarquía de las mismas en la familia Romano Germánica y la familia del Common Law, haciendo una breve referencia a la historia y evolución de cada tradición jurídica, para evidenciar el papel del precedente judicial en cada uno de ellas. La segunda perspectiva es más particular, en razón que la discusión se centrará en el contexto nacional, en este sentido en la segunda parte del capítulo se estudiarán las fuentes del derecho en el sistema colombiano como parte de la tradición jurídica Romano Germánica, profundizando en el rol de los jueces y la posición que se le ha otorgado a la jurisprudencia en el desarrollo normativo y en los pronunciamientos de las Altas Cortes, para evidenciar si en Colombia existe el precedente judicial y si el desarrollo que se le ha dado ha alterado la concepción tradicional de las fuentes del derecho.

En el segundo capítulo titulado “El precedente judicial en la Justicia Contenciosa Administrativa”, se analizará cómo el contexto general, estudiando en el primer capítulo, ha impactado en el Consejo de Estado y en la jurisdicción contenciosa administrativa. Para lo cual se empleará la misma estructura que en el primer capítulo pero ahora enfocado únicamente al derecho administrativo. En este sentido, en la primera parte del capítulo, se estudiarán las fuentes tradicionales del derecho administrativo y el papel relegado de la jurisprudencia, a partir del desarrollo normativo y jurisprudencial del precedente judicial, el cual termina con la expedición de la Ley 1437 de 2011, al comprender que la norma incluye mecanismos para hacer una materialización del precedente judicial en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia. En la segunda parte del segundo capítulo, se profundiza en el contexto de la expedición de la Ley 1437 de 2001 y el análisis de las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de jurisprudencia a terceros, comprendidas estas instituciones como herramientas innovadoras que materializan el precedente judicial. En esta parte no se profundiza en el detalle de los procedimientos sino en el concepto y alcance de las figuras. Por último se presentan, algunos retos que se tienen para seguir consolidado el precedente judicial en el contencioso administrativo, para que sea aplicado por los jueces, al igual que directamente por la administración pública, para la protección de los derechos de las personas.

I CAPITULO: EL PRECEDENTE JUDICIAL ¿FUENTE DE DERECHO?

Introducción

El primer capítulo titulado el precedente judicial ¿fuente de derecho?, tiene como objetivo responder a la primera parte del problema de investigación, consistente en identificar si a pesar que Colombia se circunscribe en la tradición jurídica Romano Germánica, figuras como el precedente judicial se han abierto camino, provocando una alteración en la concepción tradicional de las fuentes del derecho.

La respuesta a esta pregunta se trabajará desde dos perspectivas: Una muy general, desarrollada en la primera parte del capítulo, en la que se estudiará el concepto de fuente del derecho y la jerarquía de las mismas en la familia Romano Germánica y la familia del Common Law, haciendo una breve referencia a la historia y evolución de cada tradición jurídica, para evidenciar el papel del precedente judicial en cada uno de ellas. La segunda perspectiva es más particular, en razón que la discusión se centrará en el contexto nacional, en este sentido en la segunda parte del capítulo se estudiarán las fuentes del derecho en el sistema colombiano como parte de la tradición jurídica Romano Germánica, profundizando en el rol de los jueces y la posición que se le ha otorgado a la jurisprudencia en el desarrollo normativo y en los pronunciamientos de las Altas Cortes, para evidenciar si en Colombia existe el precedente judicial y si el desarrollo que se le ha dado ha alterado la concepción tradicional de las fuentes del derecho.

1.1 Las Fuentes del derecho

1.1.1 El concepto de fuentes del derecho

Tal como se presentó en la introducción, las discusiones que se presentan en la investigación son presentadas en el contexto de las fuentes del derecho, por lo que se considera pertinente

retomar algunas definiciones que responden al interrogante ¿Qué son las fuentes del derecho?. De tal manera que le permita al lector ubicarse en el marco de la reflexión que se plantea.

Legaz y Lacambra (Filosofía del Derecho, 1979, pág. 509) enuncian algunos significados dados a la palabra fuente del derecho:

- Fuente del conocimiento de lo que es o ha sido el Derecho.
- Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social.
- Autoridad creadora del Derecho.
- Acto concreto creador del Derecho.
- Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho.
- Forma de manifestarse la norma jurídica.
- Fundamento de la validez de un Derecho subjetivo.

Son tantos los significados otorgados al concepto fuente de derecho, y la razón es que “cualquier definición de fuentes determina una posición filosófica que encierra una posición política frente al concepto de Derecho” (Jiménez Gil , 2010, pág. 3). Por esta razón, para evitar las discusiones políticas y filosóficas frente a la concepción del derecho se opta por el concepto más amplio y sencillo que define las fuentes del derecho como: “los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas” (Bobbio, 1987, pág. 158), adicionalmente se comulga con que el objeto de las fuentes del derecho “constituye el fundamento del orden jurídico y consisten directivas que no se refieren directamente al modo cómo ha de ser resulta una controversia jurídica, sino que indican la manera en que debe proceder el juez para descubrir la directiva que son decisivas para la cuestión en debate” (Ross, 2011, pág. 105), en este sentido las fuentes del derecho son todos los factores que le ayudan a tomar las decisiones al juez.

Tradicionalmente ha representado dificultad la definición de las fuentes del derecho, aunque varios autores las han definido como el origen, causa o nacimiento del derecho lo que ha

permitido avanzar a otras problemáticas como su clasificación o su composición¹. Frente a la clasificación de las fuentes del derecho, algunos autores las clasifican en fuentes primarias y complementarias, escritas y no escritas, e históricas y actuales (González Carraso, s.f.), sin embargo la forma de clasificación más reconocida es la clasificación entre fuentes reales y formales (Monroy Cabra, 2010, pág. 156).

Las fuentes materiales también conocidas como reales, según Abelardo Torré "son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades que el legislador tiende a resolver, y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla". (1965, pág. 274) En este sentido, las fuentes materiales pueden ser aspectos sociales, económicos, políticos, morales, culturales, éticos, religiosos, ideológicos, que influyen en la creación del derecho y constituyen el contenido de las normas jurídicas (Aftalion, García Olano, & Vilanova, 1960). Entonces, las relaciones sociales nutren el derecho al estar en constante contacto entre sí, en razón que el derecho puede elevar a configuración jurídica la realidad social tal cual es, y otras veces es instrumento eficaz para configurar una realidad social distinta. Las fuentes materiales, consideradas en sí mismas, son hechos que tienen su propio sentido pero, además, para originar formas de derecho, deben corresponder el ámbito social humano y apuntar hacia los valores jurídicos (Alzamora Valdez, 1975, págs. 233 - 235).

Por el contrario, frente a la definición de las fuentes formales, Legaz y Lacambra las define como "todo acto de creación jurídica constatable de modo indubitable en la experiencia histórica del derecho, por medio del cual una intuición o un pensamiento jurídico es trasmutado en norma de derecho, o por el que una cierta realidad vital social se convierte en realidad jurídica" (1979, pág. 345). En este sentido las fuentes formales serán el resultado de un procedimiento para la formación del derecho bien sea como acto de poder del estado o por el órgano que lo expide. Es así como las fuentes materiales serían todos los factores que

¹ Ver entre otros al respecto: Bonnecase, Julien. 1982. Introducción al estudio del Derecho. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá D. C. Páginas 74 y s.s. (Bonnecase, 1982) García Maynez, Eduardo. 1982. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa S. A. México. Página 51 (García Maynez, 1982)

nutren a las fuentes formales, esto es, todo elemento o factor que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica. La relación entre fuentes materiales y formales "podría explicarse diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras" (García Máynez, 1982, pág. 51).

Una vez presentado un panorama general sobre el concepto de las fuentes del derecho, en el que se destaca que las fuentes son las que dan origen, causa o nacimiento al derecho, y cómo las mismas orientan las acciones de los jueces (Ross, 2011), se permite avanzar al estudio de las mismas en las distintas tradiciones jurídicas.

1.1.2 Contextualización de las familias jurídicas

Es importante comenzar desde lo más básico para generar una comprensión adecuada del tema, por lo tanto nos remontaremos al contexto de la clasificación del derecho en tradiciones o familias jurídicas. Para el propósito de este trabajo, se utilizará el término tradición jurídica y no sistema jurídico, porque a juicio de distintos autores como Merryman con el que se coincide, son ideas distintas. Un sistema jurídico es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas, mientras que la tradición jurídica, es la manera en que tradicionalmente se han agrupado los distintos sistemas de los estados, es así como, se afirma que "en un mundo organizado en estados soberanos puede haber tantos sistemas jurídicos cuantos estados y organizaciones de estados existan" (Merryman, 1980, pág. 13).

Una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos o delitos, aunque estas normas sean reflejo de esa tradición. "Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse" (Merryman, 1980, pág. 15). Según el mismo autor, es útil identificar características o afinidades entre determinados sistemas jurídicos para encuadrarlos dentro de una familia

jurídica, atendiendo a lo siguiente: “1. Una historia, una tradición común; en cuanto a la formación y características que debe tener la norma jurídica, evolución histórica de las normas. 2. Una filosofía, una concepción de los valores comunes; rectores de una determinada comunidad y 3. Un orden de prelación de las fuentes del derecho, asimismo común”.

Lo anterior implica que para agrupar los distintos sistemas, necesariamente se pueden identificar elementos en común que comparten, recalcando que esto no quiere decir que las instituciones, procedimientos o normas son idénticas, pero sí “teniendo en cuenta su base filosófica y la concepción de la justicia” (David , 1953, pág. 215). En este sentido, por cuestiones prácticas se utilizará un sistema clasificatorio que permite identificar cinco ordenamientos jurídicos, de la siguiente manera: Familia Jurídica Romano Germánica; Familia Jurídica del Common Law, Familia jurídica Socialista², Familia Jurídica Religiosa y sistemas híbridos.

Para cumplir con los objetivos del presente trabajo, el estudio se centrará únicamente en dos grandes tradiciones jurídicas: La familia Romano Germánica y la familia del Common Law, las dos tradiciones jurídicas más relevantes en el mundo contemporáneo, entendiendo relevantes por el número de países que siguen las dos tradiciones jurídicas y también porque los derechos socialistas son una derivación de la tradición jurídica del derecho civil (Merryman, 1980, pág. 16). Se utilizará el estudio de estas tradiciones para entender mejor los rasgos característicos, de nuestro propio derecho y ayudar a la comprensión del mismo. Se revisará de una manera breve, la historia de cada una, para así comprender porque se tienen las fuentes del derecho respectivas, y se profundizará en el papel del precedente judicial.

² Familia jurídica con una tradición muy fuerte en el pasado que perdió su vigencia, con la desintegración del Bloque socialista, identificado con la caída del muro de Berlín en 1989 y la precipitación de Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. (Sirvent Gutiérrez, 2003)

1.1.2.1 La familia Romano Germánica

1.1.2.1.1 Contexto histórico

La familia Romano Germánica goza de una tradición muy antigua que está íntimamente relacionada con el sistema de derecho de la antigua Roma y también es considerada como su descendencia. Su formación se sitúa en Europa continental, y en la actualidad sigue siendo su referente. Se pueden identificar cuatro épocas de formación de esta tradición jurídica: una primera antes del siglo XIII, un segundo periodo con el renacimiento del estudio del derecho romano en las universidades europeas, un tercer periodo de casi cinco siglos, dominado por la doctrina y un último periodo será el predominio de la legislación. Se estudiarán brevemente cada una de estas épocas.

Antes del siglo XIII el Imperio Romano había terminado, sin embargo la tradición de su derecho quedó en la mayoría de Europa Occidental. La tradición del derecho romano se vio influenciada por las costumbres nórdicas, eslavas y árabes con las invasiones bárbaras. Antes del siglo XIII, no es posible identificar ninguna práctica o enseñanza del derecho, a pesar que existían normas de comportamiento social que no se pueden identificar estrictamente como derecho. “Así más que el derecho lo que importaba era llevar acabo el principio de la justicia” (David , 1953, pág. 26), entendido como dar a cada cual lo que le corresponde, al igual que practicar la solidaridad y asegurar la convivencia pacífica.

Es hacia el siglo XIII, que se identifica el inicio de la familia jurídica Romano Germánica, en razón que empieza a surgir la idea que sólo el derecho podía garantizar el orden y la seguridad que existe en el plan divino, pero que debe realizarse alejado de la práctica del cristianismo, o de la anarquía y arbitrariedad que se venía viviendo tiempo atrás. “La recepción del derecho romano en occidente se fue haciendo en las universidades medievales, según se iban descubriendo los distintos manuscritos de la obra Justiniana” (Morineau & Iglesias, 2004, pág. 6) con la finalidad de no caer en el estudio de un derecho local, se acudió al estudio del derecho romano, por ser fácil su comprensión al estar en latín, idioma enseñado por la iglesia y que por su rigor y organización facilitaba la enseñanza.

“En el siglo XI, con el florecimiento de los estudios de Bolonia por obra de los glosadores se cedió el paso a la complicación justiniana, la cual vino a sustituir las antiguas fuentes romanas” (Sarfatti, 1945, pág. 10), es esta enseñanza universitaria la que marca un nuevo rumbo a los estudios del derecho romano, en razón que aparecen varias escuelas que permean el derecho, entre las que más se destacan la escuela de los glosadores y los postglosadores. Los glosadores quienes trataron de fijar el sentido de las normas romanas en las compilaciones de Justiniano, y posteriormente los postglosadores centraron sus esfuerzos en completar la ciencia jurídica romana y se alejaron cada vez más de los métodos propuestos por Justiniano (Morineau), para convertirse en un derecho fundado en la razón, con vocación de universalidad, conocida como la escuela del derecho natural, la cual triunfa en las universidades de los siglos XVII y XVIII.

La existencia de un *jus commune*³ que se extendió por todo el territorio europeo, constituye una cultura jurídica común para todos estos pueblos. Sin embargo según Merryman, es la revolución intelectual⁴, que comenzó en 1776, y que afectó a la mayoría de las naciones europeas, la que conllevó a un cambio de concepción de la sociedad, de la economía y del estado en general, al estar “compuesta de fuerzas intelectuales tales como el derecho natural, la separación de poderes, racionalismo, anti feudalismo, liberalismo burgués, estatismo y nacionalismo” (Merryman, 1980, pág. 41).

³ El derecho común es un fenómeno de la evolución de la ciencia jurídica que da como resultado un derecho específico, producto de la mezcla del derecho romano justiniano y derecho canónico (como componentes principales) y el derecho feudal y el derecho mercantil (como componentes secundarios). “La denominación derecho común hace referencia al derecho que se desarrolla en los territorios hispánicos entre los siglos XII y XVIII, lo que implica un ámbito cronológico muy amplio que se inicia con la invasión no violenta de una corriente conceptual jurídica, cultural e ideológica procedente de Europa, que será recibida e incorporada con intensidad desigual y en momentos diferentes por las diversas culturas jurídicas de la Península” El *ius commune*: artificio de juristas de Antonio Pérez Martín (Pérez Martín, 1999) y *Ius commune*: fundamento del derecho común europeo e iberoamericano de Rosario de Castro Camero, (Castro Camero, 2010)

⁴ Revolución que derivó en acontecimientos como las revoluciones francesa y americana, el risorgimento italiano, las series de guerra de independencia que liberaron a las naciones de Centroamérica y Suramérica, la unificación de Alemania bajo Bismark y la liberación de Grecia después de la dominación Turca. (Merryman, 1980)

Es importante profundizar en dos cambios sustanciales que trajo la revolución intelectual, que permiten comprender con mayor claridad el cambio en el derecho. El primero de ellos es la relevancia que se le dio a los derechos naturales, y entre los que se destacan la igualdad entre los hombres, la propiedad, la libertad, y la función auténtica del gobierno en reconocer y proteger esos derechos. El segundo de ellos, la importancia fundamental de mantener una separación de los poderes gubernamentales para impedir los abusos, basada en las ideas de Montesquieu, de tal manera que el poder judicial se ve limitado a aplicar la ley creada por la legislatura. La razón de esto último, es que en Francia, la aristocracia judicial, se relacionaba mucho con la aristocracia propietaria de la tierra, y en este sentido era difícil de diferenciar en aplicar la ley y hacer la ley.

Es ahí lo que constituye según René David, el hecho decisivo que señala el nacimiento de la familia jurídica Romano Germánica, porque son en las universidades con sus métodos de análisis y de razonamiento, los que van a enseñar las ideas de la revolución intelectual acompañadas del derecho romano lo que supone antes que nada, "el renacimiento de la idea del derecho, al menos del principio de legalidad que ve en el derecho la base inexcusable del orden civil" (David , 1953, pág. 37) y es bajo esta premisa que se va formando el derecho en los países que se integran a esta familia.

Es así como, en todos los países del continente europeo prevalece la concepción del *Ius Commune* cultivado en las universidades (Serrano González, 2002), donde se resalta siempre el vínculo directo entre derecho y justicia, de tal manera que los juristas siempre pueden completar las normas, adaptándolas a nuevas necesidades de la sociedad, por esto es que no se vio la necesidad de crear un sistema administrativo- judicial de equity, como el que se creó en Inglaterra, y que se estudiará más adelante.

Hacia el siglo XVIII se rompe con esta tradición, y se empieza a reconocer la omnipotencia del soberano y de atribuir la calidad de leyes a los mandatos que emanaban únicamente de la voluntad de ese soberano. Se empieza a dar el atributo de legislador al soberano, por lo que se le atribuye la posibilidad de reformar el derecho. El Estado al proclamarse y reconocerse

como la única fuente de derecho adjudicándose la soberanía, ahora el derecho será emanado únicamente del Estado.

La concepción del estado soberano, es un paso adelante para la consolidación de la tradición Romano Germánica, al periodo del derecho codificado, fuertemente influenciado por la escuela del derecho natural, quienes promovieron la codificación, para convertir en derecho práctico o real el derecho que se enseñaba en las universidades (limitado a la idea de justicia). Ideas que se complementaron con el pensamiento jurídico racionalista, el cual concebía el Derecho como un producto de la razón humana, concretado en la ley. "Bajo el influjo de estas ideas, los países del continente europeo se orientan hacia la nueva fórmula de codificación y no a la compilación" (David , 1953, pág. 46). De esta forma, se creía que el surgimiento de un código remediaría para siempre el desorden que existía en el Derecho y el abuso del derecho. Como afirma Figueroa, "La Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII sintió como un imperativo categórico la necesidad de codificar sus leyes civiles para afirmar, primeramente, la igualdad y, luego, la libertad que se ofrecían entonces a todos los franceses, promovidos a la calidad de ciudadanos" (Figueroa).

La difusión del derecho romano se le adjudica principalmente a Francia y España quienes colonizaron muchos territorios, y establecieron las instituciones para su enseñanza y aplicación, lo cual se facilitó con la técnica jurídica de la codificación, adoptada por los romanistas (Islas Colón), lo que garantizaba que el estado ostentaba el monopolio para hacer las leyes, pero por medio de las legislaturas, porque tienen un carácter representativo de la voluntad del pueblo quien es el soberano.

1.1.3.2 Las fuentes del derecho en la familia Romano Germánica

Una vez comprendida la evolución de la familia Romano Germánica, sin que esto quiera decir que es una familia estática, que paró su crecimiento o cesó su historia, entraremos al estudio de las fuentes del derecho de esta tradición. Tratando de dar un panorama general sin

que esto implique que todos los sistemas jurídicos que constituyen esta familia siguen estrictamente esta categorización de las fuentes clásicas del derecho (Metro, 2012): la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios básicos del derecho.

Como lo evidenciamos anteriormente la necesidad de la codificación, y la obligación de imponer unos controles al poder de los dueños de la tierra o a los poderes feudales, sometiéndolos al derecho implica una supremacía de la legislación o de las normas jurídicas, lo cual es adoptado por todos los países pertenecientes a esta tradición. "Dentro de esta familia, la doctrina, muy estimada por los juristas, se ha dedicado tradicionalmente a ordenar o sistematizar las decisiones formuladas al dar solución a los casos, y en consecuencia no se ha concebido a la norma jurídica para esto" (David, 1968, pág. 73) por el contrario se ha elevado a un rango superior dotada de cierta generalidad y situada por encima de las aplicaciones de los tribunales o de los profesionales a los casos concretos. En este sentido a primera vista, la ley comprendida en sentido amplio es "la fuente primordial y casi exclusiva de todos los países de tradición de derecho escrito" (David, 1968, pág. 79) en donde los juristas encuentran las soluciones a través de textos legislativos que emanan de un parlamento o de las autoridades administrativas.

Tras la codificación, pareció triunfar en los países de la familia Romano Germánica la teoría positivista, para la cual la ley debe ser la fuente exclusiva del derecho, al ser la forma más clara y precisa de encontrar una solución justa, sin embargo por las necesidades de nuestras sociedades modernas al quedar corta la ley debía existir un margen de interpretación conforme al espíritu de la ley, para poder lograr su aplicación, lo que tiene reconocimiento por parte de la doctrina. La ley comprendida en un sentido amplio como normas constitucionales, códigos, leyes y reglamentos.

A pesar de la aparente claridad de la legislación como fuente suprema de la tradición Romano Germánica, es importante mencionar que la distinción entre ley y reglamento y la forma en la que se interpreta la ley son factores que diferencian los derechos nacionales dentro de la familia Romano Germánica. A pesar de lo anterior, en todos los países con esta tradición la

ley parece permear la mayoría del orden jurídico, pero tanto los juristas como la propia ley conocen la existencia de lagunas, por lo tanto además de reconocer la importancia indudable de la ley las fórmulas de la doctrina, las otras fuentes del derecho, y los componentes políticos y sociales son los que dan aplicación a la ley. Por lo tanto "los códigos son para los juristas únicamente el punto de partida" (David, 1968, pág. 96), que se tiene que apoyar en las otras fuentes del derecho para resolver los conflictos particulares.

Para describir la costumbre como fuente de derecho, es importante señalar que no existe una única postura sobre su jerarquía en los diversos sistemas jurídicos del derecho Romano Germánico⁵. Para esta tradición la costumbre "es perfectamente natural e inevitable tomar en consideración la conducta habitual de los hombres cuando se quiere establecer lo que objetivamente se considera justo en nuestra sociedad" (David, 1968, págs. 98-99), entonces el valor de la costumbre se puede ver reforzado por el reconocimiento de la misma en la ley, de esta manera para que la costumbre se pueda aplicar, se le suma razonabilidad y se somete a la crítica.

Dentro de la tradición de la familia jurídica Romano Germánica, la jurisprudencia ha tenido un valor mínimo, en la medida que la creación de normas jurídicas es una competencia única y exclusiva del legislador. Sin embargo la jurisprudencia y su posición como categoría dentro de las fuentes del derecho, se debe reconocer en razón que es el juez el que debe aplicar la ley de una manera justa, a lo que se le suma la existencia de grandes recopilaciones de jurisprudencia, que tienen un carácter oficial⁶, que ciertamente responden al interés de generar cierta certidumbre del derecho. Estas recopilaciones son pruebas del reconocimiento de la jurisprudencia como fuente, en la medida que "permite garantizar la correcta aplicación de la ley" (David, 1968, pág. 105), y es precisamente ese valor el que se le otorga como fuente del derecho dentro de la tradición jurídica bajo estudio.

⁵ En Francia y en Alemania siguiendo la escuela positivista, se actúa como si la ley fuese la fuente exclusiva o casi exclusiva de derecho, aunque la realidad muestra que la costumbre tiene más importancia que lo que se creyera. ver: DAVID, René, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, traducción de la 2 edición francesa por Pedro bravo Gala. Editorial Aguilar, edición española, Madrid, 1968. (David, 1968, pág. 98)

⁶ Como ocurre por ejemplo en Francia, Alemania, España, Italia, suiza y Turquía entre otras.

La doctrina se ha reconocido como fuente principal del derecho, en la medida que su función "manifiesta en el hecho que forja el vocabulario y los conceptos jurídicos que van a ser utilizados por el legislador" (David, 1968, pág. 108). Por lo tanto se puede pensar que la doctrina además de ser fuente de consulta, la misma puede incitar al legislador a actuar, en la medida que sus dos funciones principales van a ser exponer y explicar la forma de aplicación práctica del derecho y a la vez criticar o justificar este derecho, lo cual le otorga un papel protagónico como fuente en la conformación del derecho.

Siguiendo con esta línea en la que se mencionó, que la doctrina va a influir directamente en el papel del legislador para ayudar a la construcción o criticar el papel de la ley, algo similar ocurre con los principios generales como fuentes del derecho en la medida que los mismos son terreno que cede el legislador para no limitarse a la casuística, y esta es la razón para que el juez acuda a la aplicación de los mismos al momento de resolver los casos particulares, para estar siempre inspirado por el ideal común de la justicia complementado con la equidad y no únicamente limitado a lo que dice el derecho.

Dentro de las fuentes formales del derecho de la Familia Romano Germánica, no se hace referencia al precedente sino a la jurisprudencia. Sin embargo, como el propósito de este aparte es identificar el papel del precedente, a continuación explicaremos su relación con la jurisprudencia. Según Michelle Taruffo (2007), cuando se habla de precedente se hace referencia a un caso particular, mientras que cuando se habla de jurisprudencia se hace referencia a una pluralidad de sentencias relativas a diversos casos concretos. En este sentido la jurisprudencia es el conjunto de la doctrina contenida en las sentencias de los altos tribunales, mientras que el precedente provee una regla que puede ser aplicada en un caso sucesivo en función de la analogía de los hechos de los dos casos.

Por el contrario, Santofimio Gamboa (2010, pág. 10) tiene otro concepto que es el que se utiliza a lo largo de la tesis, "el precedente, entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y

jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares”. De esta manera, los precedentes han desempeñado siempre un papel importante en la decisión de una controversia, en razón que “el hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla” (Ross, 2011, pág. 115).

En la tradición Romano Germánica, se evidencia que al desarrollo que hace la jurisprudencia, se le quiere dotar de un roll con mayor fuerza. Por esto, se piensa en la inclusión de la figura del precedente, el cual se sostiene en la generalidad e igualdad de trato ante la ley, que es un principio democrático, por lo que no es posible aceptar que cada juez decida su caso subjetivamente y sin consideración de la forma como se resolvió un caso similar o la aplicación de la misma norma que resuelve el caso en estudio.

1.1.2.2 La familia del Common Law

1.1.2.2.1 Contexto Histórico

Una vez abordado los orígenes y las fuentes de la familia Romano Germánica, a continuación iniciaremos con el estudio de la tradición del Common Law, para cumplir con los fines de esta parte se tomará como referencia el derecho inglés, porque sin duda centra la mayoría de las características de esta tradición, y a su vez este derecho ha sido un modelo inspirador de otros ordenamientos jurídicos del mundo, lo cual nos es un referente útil.

“Más que ningún otro derecho, el derecho inglés es un espejo de acontecer histórico del país” (Morineau, 2004, pág. 15), es por esto que al igual que se realizó en el estudio de la tradición Romano Germánica, para comprender esta familia jurídica es indispensable conocer la historia del derecho inglés, en la cual se pueden identificar cuatro periodos que se explicarán a continuación, haciendo énfasis que a los ingleses y en especial al jurista inglés, le gusta

subrayar la continuidad histórica de su derecho al ser un resultado de una larga evolución histórica que ninguna revolución lo interrumpió como ocurrió con el derecho de tradición Romano Germánica.

El primero periodo que se puede identificar es el que precede a la conquista normanda de 1066, donde es muy poco lo que se conoce, sin embargo se sabe que estas leyes bárbaras, sólo regulaban aspectos sociales muy limitados, que hoy se consideran parte del derecho (David, 1968, pág. 243). Este tipo de normas son consideradas normas construidas por las tradiciones o costumbres locales, lo cual le daba una aplicación estrictamente local, por lo tanto anterior a la conquista no existe un derecho común para Inglaterra.

El segundo periodo, es conocido como el periodo de formación del Common Law, el cual se extiende desde la conquista normanda hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor en 1485 (David, 1968, pág. 242). Con la conquista normanda se instaura un gobierno fuerte y centralizado. Como forma de administración se instaura el feudalismo en Inglaterra, pero de una manera diferente al de Francia, Alemania o Italia, en la medida que los normandos se cuidaron de crear grandes feudos, para prevenir la separación o independencia de los territorios. Lo anterior, causó la necesidad de un derecho común a toda Inglaterra, en oposición a las costumbre locales que existían, y este derecho era creado por los tribunales reales⁷, a los cuales se acudía en los casos en que la paz del reino se veía amenazada, o cuando otra consideración extraordinaria ameritaba la intervención del poder real.

Es así como el Common Law se presenta como un derecho público y los litigios entre los particulares solo interesaban cuando afectaban los intereses de la Corona. Sin embargo, posteriormente esta forma excepcional de justicia, cambió en la medida que había conflictos entre particulares que también ameritaban intervención por parte de los jueces, y de esta manera los tribunales comenzaron a tener plenitud de jurisdicción (Halsall, 1998). La forma

⁷ Se crearon los Tribunales de Westminster, tribunal de hacienda (Exchequer), Tribunal de causas comunes (Common Pleas), Tribunal del Banco del Rey (King's Bench). Ver: Cavanna, Adriano. Storia del diritto in Europa: Le fonti e il pensiero giuridico. Milano, 1979.

de resolver los conflictos va a ser mediante la consideración de los fallos de los casos similares precedentes y el procedimiento que se había aplicado. Lo cual tiene como consecuencia directa que los tribunales comienzan a elaborar un nuevo derecho que será común a toda Inglaterra. Un derecho que será lleno de tecnicismos procedimentales que sólo se podía aprender en la práctica, cosa distinta que ocurrió en el derecho Romano Germánico que su aprendizaje era en las universidades.

El tercero periodo histórico que se reconoce, es el de la creación de "las normas de equity". Debido al excesivo procedimiento del Common Law, y a la rutina de la forma de resolver los casos puntuales, el juez se vio obligado a resolver sin hacerlo de una manera justa, y es por esto que el derecho inglés se vio obligado a crear un sistema rival, que después iba a ser complementario, la equity. La aplicación de la equity, era una potestad de la cancillería quien era un delegado del rey y consistía en resolver los casos no sólo apegados al procedimiento o al precedente, sino a la justicia, como razón fundamental del ordenamiento jurídico. Es así como, "el derecho inglés va a poseer una estructura dual, las normas del Common Law y las normas de equity, que complementan y retocan dichas normas" (David, 1968, pág. 256).

El cuarto y último periodo puede identificarse desde 1832 hasta nuestros días, ajustándose a una sociedad dirigida cada vez más por la administración. Esta época se vio influenciada por las ideas democráticas de Bentham (David, 1968, pág. 258), en el que el legislador comenzó a sistematizar algunas prácticas, sin sustituir el papel creador de derecho de la jurisprudencia, sino que se inició a otorgarle credibilidad a la legislación, sin equipararlo al papel codificador del legislador en el derecho Romano Germánico. Otro cambio propio de esta época fue el cambio del papel del juez, en la medida que se debía prevalecer el derecho sustantivo y no el estrecho procedimiento, lo que conllevó a unir el Common Law y la Equity, dando así jurisdicción para aplicar este nuevo derecho a todos los tribunales.

Teniendo claro estas épocas históricas mencionadas, es importante traer en este momento, la transformación que está ocurriendo con el derecho inglés. Los procedimientos de elaboración casuística y jurisprudencial, ya no se están adaptando a las transformaciones de

la sociedad, a lo que se le suma la alianza cada vez más fuerte entre el ejecutivo y legislativo y la creación de reglamentos y normas administrativas, que son contrarias a la tradicional creación de derecho inglés, por lo que "puede percibirse un cierto movimiento de aproximación entre el derecho inglés y los derechos continentales, estimulado por las necesidades del comercio internacional y que se ve favorecido por una conciencia más clara de las afinidades existentes entre los países de Europa, vinculados esos nuevos valores de la civilización occidental" (David, 1968, pág. 259), lo cual se profundizará al final de esta primera parte del primer capítulo.

1.1.2.2 Fuentes del Derecho Inglés

Una vez entendido un panorama general del sistema jurídico inglés desde su historia es importante hacer unas precisiones puntuales antes de pasar al estudio de sus fuentes.

Posteriormente a la unión de los tribunales de Westminster y el tribunal de la cancillería, como ya se expresó, a los que se debía la elaboración del Common Law y de la Equity, se crearon los Judicature Acts y con esto se formó una única jurisdicción superior, en cabeza de los jueces de la Supreme Court of Judicature, ahora Supreme Court of Justice, quienes son los únicos depositarios del poder judicial al resolver directamente o al supervisar la solución de los casos. En este sentido, la existencia de este tribunal ha desempeñado un papel fundamental para la formación del derecho inglés y sigue siendo esencial para su aplicación mediante la jurisprudencia, en especial para el buen funcionamiento de la regla de precedente, la cual vamos a pasar a estudiar.

En Inglaterra el papel de la jurisprudencia es tal que se puede afirmar "que fuera de la jurisprudencia no hay derecho inglés" (David, 1968, pág. 292). La obligación de atenerse a las normas elaboradas por los jueces (stare decisis) se encuentra en la base de todo sistema de derecho jurisprudencial. Con la finalidad de aportar certidumbre y seguridad al sistema se creó la regla del precedente, que le impone al juez, la fuerza vinculante de aplicar las normas creadas por sus predecesores de la Supreme Court of Justice.

Para entender la aplicación de la regla del precedente se debe entender las partes de las decisiones judiciales, las cuales serán de utilidad para todo el trabajo. La ratio decidendi y el obiter dictum. La ratio decidendi constituye una norma jurisprudencial que se incorpora al derecho inglés, por lo tanto debe ser observada en el futuro al ser las razones que fundamentaron la decisión. Por el contrario el obiter dictum no goza de esa autoridad, su valor es únicamente persuasorio. Entonces, los jueces al solucionar los casos, tienen la obligación de aplicar la ratio decidendi definida por un tribunal superior en algún caso pasado. Lo anterior permite resaltar que en Inglaterra "jamás se hablará de cambio de jurisprudencia, sino de una evolución jurídica" (David, 1968, pág. 305) al ser un sistema jurisprudencial basado en la aplicación de la regla del precedente como se ha estudiado.

Continuando con el estudio de las fuentes del derecho inglés, se seguirá con el papel de la ley. "La ley en Inglaterra es algo más que el correctivo del Common Law, existen extensos sectores de la vida social cuyos principios reguladores se buscan en la creación del legislador" (David, 1968, pág. 304), entonces a pesar que la ley se ha presentado como un extraño al derecho inglés, esto no es tan cierto en la actualidad, en la medida que lo que hace la ley es aportar elementos adicionales a los principios establecidos por la jurisprudencia, que al ser elaboradas por un parlamento soberano que representa a la nación, tienen la misma fuerza de ser respetadas y aplicadas por los jueces. Es por esto que la ley se va a considerar como una fuente importante dentro del derecho Inglés.

Una tercera fuente del derecho inglés es la costumbre. Al igual que en la familia Romano Germánica las tradiciones o las reglas convencionales de conducta para vivir en sociedad, existen y nadie las cuestiona. Sin embargo es importante decir, que "el derecho inglés no es un derecho consuetudinario" (David, 1968, pág. 300) como la mayoría de autores lo asocian, lo que lo hace diferente del derecho de la época anterior a la conquista Normanda que sí era fundado en las costumbres locales. Seguramente algunas de estas tradiciones permearon su derecho jurisprudencial, pero la creación del Common Law se basó en la razón, precisamente con el fin de sustituir el derecho de la época anglosajona, fundado sobre la costumbre.

Otras fuentes como la doctrina y la razón, también merecen una mención en las fuentes del derecho inglés. La doctrina aunque no tiene el mismo carácter como ocurre con la tradición Romano Germánica que le da un papel muy importante, en Inglaterra también existen libros de doctrina⁸ que han gozado de tanto prestigio que son considerados por los tribunales como exposiciones autorizadas del derecho. Algo similar ocurre con la razón, no existe una tradición que haga pensar que la razón es una fuente del derecho inglés pero es importante mencionar que tanto el Common Law como la Equity han sido inspirados por la razón para buscar una solución justa y lógica a la solución de los casos que se presentan. Lo que permite pensar que a pesar que por lo general estas fuentes del derecho se han ignorado, también han sido parte para constituir el sistema.

1.1.3 Puntos de encuentro y reflexión

Una vez comprendido el panorama general de las tradiciones jurídicas del Common Law y la tradición Romano Germánica, analizando la historia y sus fuentes tradicionales, ahora es importante detenerse un poco a pensar qué está ocurriendo en la actualidad y darle una mirada reflexiva a una realidad que no se puede ignorar. Las aparentes diferencias abismales entre las distintas tradiciones jurídicas estudiadas parecen diluirse cuando se estudia el concepto de justicia, la innegable relación o contacto cultural que existe entre los distintos países, el cambio en las fuentes del derecho como el nuevo papel de la ley en el Common Law y el precedente judicial en la tradición Romano Germánica, lo que ha propiciado el nacimiento de sistemas jurídicos mixtos.

A. Concepto de Justicia:

Existe una similitud entre las dos familias jurídicas que se están estudiando, ambas tradiciones han sido siempre acompañadas por el uso de la razón y la creación del derecho como herramienta para alcanzar la misma concepción de justicia. En este

⁸ Por ejemplo las obras de Glanville, Bracton, Littleton, y Come, quienes sin ser jueces exponen conceptos y fundamentos del derecho inglés.

sentido, los países de la familia Romano Germánica como en los del Common Law, prevalece una misma concepción del derecho vinculada a la búsqueda de la justicia, y que tal vez la mayor diferencia que se encuentra, es que mientras unos atribuyen el máximo valor a la ley, los últimos apuntan al mismo objetivo mediante una técnica que valora sobre todo las decisiones judiciales. En este sentido, existe un análisis diferente de la norma jurídica desde una perspectiva legislativa y doctrinaria en la tradición Romano Germánica y desde una perspectiva jurisdiccional en los países del Common Law, que apunta hacia el mismo fin, la justicia.

B. El contacto cultural y la globalización:

Atendiendo a esa concepción de justicia, Cross y Harris en su libro sobre precedente en el Common Law, afirman que los casos similares tienden a ser resueltos similarmente en casi todas las jurisdicciones o sistemas jurídicos independientemente de su tradición jurídica (1991), postura que se complementa con el pensamiento de Stürner quien señala que “la uniformidad mundial de la civilización humana conduce a una armonización del pensamiento jurídico y con él de las formas procesales” (2007, pág. 439). Lo que permite afirmar que con fenómenos como la globalización y la facilidad del intercambio de información, hay un indudable acercamiento de las tradiciones jurídicas al compartir elementos y tal vez adoptar la forma de hacer las cosas como la toma de decisiones judiciales.

C. Alteración en las fuentes del derecho

Los cambios de las relaciones comerciales y sociales en los estados modernos, ha implicado intercambio cultural y también de expresiones y experiencias jurídicas, lo que evidentemente genera cambios en la forma de ejercer el derecho y con ellos un cambio en las fuentes formales lo que podría implicar que vamos hacia un nuevo orden común que evidentemente hace más cercanos las diferentes tradiciones jurídicas, al compartir elementos entre sí. Manuel José Cepeda lo describe así “a partir de la segunda postguerra mundial del siglo pasado, se ha presentado una convergencia entre las dos familias

jurídicas en cuanto a la importancia de la jurisprudencia y la ley” (Corte Constitucional, C- 836 de2001), lo que ha acercado y fundido esas dos maneras de ejercer el derecho.

Un ejemplo cercano y pertinente por el objeto de esta investigación es la inclusión de la palabra “precedente” y las implicaciones que esto trae para la tradición jurídica Romano Germánica. Específicamente en el derecho colombiano la inclusión de la palabra precedente (representativa del derecho anglosajón, como se estudió anteriormente) se realizó por la Corte Constitucional y se empezó a utilizar como sinónimo de la expresión “jurisprudencia”, propia de la tradición Romano Germánica. De esta manera se popularizó la utilización de la expresión y con esto el cambio de fondo que ha producido la inclusión del precedente judicial en la tradición jurídica colombiana. El hecho innegable de los intercambios y acercamientos entre los dos modelos, reconfigura también la comprensión de lo que se suele llamar “la tradición jurídica colombiana”, que como toda tradición jurídica es también cambiante, a veces de un modo gradual y lento, y en otras de un modo notorio y radical. (Quinche Ramírez, 2014, pág. 74)

Con relación al precedente como tal se puede observar otra cercanía que vale la pena mencionar, a pesar que en los ordenamientos de la Familia Romano Germánica el grado de fuerza vinculante atribuido al precedente es menor que al precedente en el Common Law, nada impide pensar que existe el precedente y su fuerza se la otorga la autoridad que lo expidió, lo que implica su obligatorio cumplimiento para los jueces de rango inferior. Entonces la distinción tradicional según la cual el Common Law es fundado sobre el precedente, mientras la Familia Romano Germánica que se fundamenta en la ley escrita, no tiene en la actualidad el valor que en principio tuvo, tal vez acercando la tradición jurídica colombiana a la familia de las tradiciones mixtas y ya no únicamente a la tradición Romano Germánica.

La idea de los sistemas legales mixtos pueden encontrarse a finales del siglo XX, la historia ha demostrado que los mismos son creados cuando una cultura, con su sistema jurídico, idioma y organización le es impuesto otro sistema jurídico como ocurrió en Quebec, que se

le impuso el Common Law de Inglaterra, pero respetando el derecho civil (González, 2002, pág. 121). En la actualidad los estados con sistema mixto han tomado mayor fuerza como un posible modelo de armonización de las tradiciones romanistas y del Common Law.

En este sentido la definición clásica de jurisdicción mixta fue establecida por F.P Walton: “Las jurisdicciones mixtas son sistemas jurídicos en los cuales se exhibe dos tradiciones legales”. Que posiblemente es lo que está ocurriendo en el caso colombiano, en razón que en las últimas décadas existe una tendencia a la convergencia entre las dos grandes familias jurídicas estudiadas, lo cual se evidencia en el rol que se le asigna al precedente como fuente de derecho, y que será estudiado a profundidad en la siguiente parte.

1.2 Las fuentes en el derecho colombiano

Como se mencionó en la primera parte del capítulo, al aproximarse al estudio de las dos grandes tradiciones jurídicas permite identificar el derecho colombiano, como sus instituciones y sus características, como parte de la familia Romano Germánica, al igual que sucede con la mayoría de países latinoamericanos. En este sentido, nuestro sistema está caracterizado por el predominio del derecho escrito, es decir que las normas se encuentran contenidas en códigos (cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados). Lo que en principio, indica una considerable distancia con la tradición del Common Law, toda vez que estos últimos se cimentan, en el papel del juez y sus decisiones, las cuales son guiadas por normas y principios (Dworkin , 1984, pág. 80 y ss), tal como se estudió en la primera parte de este capítulo.

En los últimos años, cierta parte de la doctrina colombiana discute la pertenencia del derecho colombiano, a la tradición Romano Germánica en razón al poder creador de derecho que parece atribuírsele cada día con más fuerza a los jueces (Martínez Cárdenas, 2011, pág. 29), y en particular a la Corte Constitucional. Lo que aparentemente nos acerca a la tradición del Common Law y tentativamente puede inducir a la unificación de las tradiciones jurídicas en un único derecho. En este sentido, vale la pena dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las fuentes del Derecho Colombiano? y ¿Cuáles son las posiciones jerárquicas de dichas fuentes?, lo que permitirá estudiar la aparente alteración reciente de la jerarquía de las mismas, haciendo énfasis en lo relacionado con el rol desempeñado por la jurisprudencia.

Tradicionalmente en el derecho colombiano, “las fuentes formales del derecho se han clasificado en cuatro grupos: a) la legislación; b) la costumbre; c) la doctrina; d) la jurisprudencia. Estas dos últimas no han sido consideradas como fuentes en sentido estricto, sino como autoridades”, (Monroy Cabra, 2010, pág. 158) lo que quiere decir que únicamente la ley y la costumbre son consideradas fuentes formales, ubicando indiscutiblemente nuestro sistema jurídico en la tradición Romano Germánica, como se expresó anteriormente.

Durante mucho tiempo, el derecho colombiano, fiel seguidor de la tradición Romano Germánica circunscribió el derecho al derecho positivo y a los planteamientos de la escuela de la exegesis, que le daba un valor fundamental a la ley y a la voluntad del legislador, justificado como lo indica Bobbio en que “un sistema de fuentes organizado en la ley y a través de la codificación impedía la dispersión y el caos (Bobbio, 1993). Entonces, el problema de la identificación de las fuentes del derecho, sólo se puede resolver con el estudio del mismo ordenamiento jurídico, al ser el Poder Soberano (Naranjo Mesa, 2003, pág. 133) cualquiera que sea su filosofía jurídica el que va indicar las reglas para la creación y reconocimiento de las normas.

1.2.1 El tradicional sistema de fuentes del derecho colombiano

En el ordenamiento colombiano, “fuente formal del derecho es, entonces, sinónimo de norma jurídica de contenido general, impersonal y abstracto, aplicable a todas las situaciones de hecho que puedan enmarcarse en el supuesto de la norma, pues el derecho tiene forma de norma” (Ramos Fonseca, 1992). La materialización de lo anterior se realiza en las normas que se estudiarán a continuación, recordando que las mismas fueron aprobadas por el Congreso de la República, como manifestación del poder soberano del estado colombiano⁹, por lo tanto la ley prevalecía sobre cualquier tipo de norma, incluyendo la propia constitución.

“La concepción tradicional de las fuentes del derecho establecida en nuestro ordenamiento tenía origen iusprivatista y correspondía al estado de derecho clásico liberal que tenía como principio fundamental la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general” (Monroy Cabra, 2007, pág. 74), por esta razón las fuentes del derecho colombiano se

⁹ Desde 1858 hasta 1886, Colombia se organizó como una república federal, y cada uno de los estados contaba con su estructura judicial. La implementación de la Constitución de 1886, favoreció la promulgación de normas de carácter nacional, al ser su objetivo la centralización.

regulaban en los códigos¹⁰ y especialmente por el Código Civil, en el que se contenían las reglas sobre aplicación de las normas jurídicas, sobre su eficacia en el espacio y en el tiempo y cómo debía realizarse la interpretación.

1.2.1.1 Desarrollo Normativo

El título preliminar, y los artículos del 1 al 72, del Código Civil¹¹, como el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, y los artículos 4, 5 y 37 del Código de Procedimiento Civil¹², orientaban antes de la Constitución de 1991, el establecimiento de las fuentes del derecho colombiano. A continuación, se transcriben las normas que consagran la ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, con la finalidad de dar mayor claridad, sobre el rol y jerarquía de cada una de las fuentes dentro de nuestro ordenamiento.

La ley como fuente del derecho está consagrada en el artículo 4 del Código Civil: “Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”. Lo que se complementa con el artículo 18 del mismo Código, que establece que: “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. Al ser la ley la voluntad soberana y ser obligatoria para todos, se posesiona con el papel principal y protagónico dentro del ordenamiento colombiano.

Por su parte, la costumbre se encuentra en el artículo 8 del Código Civil: “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni

¹⁰ Colombia no escapó a la influencia del racionalismo codificador posrevolucionario francés, que erigía a la ley en la principal fuente del derecho y atribuía a la jurisprudencia sólo el carácter de criterio auxiliar. Estos dos pilares del sistema de derecho continental fueron reconocidos por el aún vigente Código Civil de 1873, redactado por don Andrés Bello con clara inspiración del Código Napoleónico de 1804 (Bernal Pulido, 2008)

¹¹ El Código Civil Colombiano sancionado en la Ley 57 de 1887, que posteriormente se reformó con la Ley 153 de 1887, es reflejo del Código Civil chileno de Andrés Bello, el cual fue redactado a la luz del Código Civil francés, que a su vez encuentra sus fuentes en el Corpus Iuris Civilis. Para ampliar información ver: (Valencia Zea, 1994)

¹² Decreto 1400 de 1970 6 de Agosto de 1970. Código derogado por la Ley 1564 de 2012 en los términos establecidos en el artículo 626.

práctica, por inveterada y general que sea”, lo cual es reiterado por el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva. El último inciso del artículo 13, dota de poder creador de derecho a la costumbre, lo que implica su reconocimiento como fuente formal dentro del ordenamiento colombiano.

Frente a la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, de la forma como están señaladas en las distintas leyes, no se puede encontrar que sean fuentes directas, pero amerita hacer alusión a las normas que las consagran. El legislador en el artículo 17 del Código Civil prescribe que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” y prohíbe “a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”. De esta manera, se evidencia que el papel de juez está circunscrito a causas particulares carentes de generalidad como ocurre con la ley, lo que implica que la jurisprudencia en esa época no se podía considerar fuente formal o directa.

La doctrina y los principios generales, se encuentran consagrados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera, "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen materias o casos semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, la misma norma establece en el artículo 25: “Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares”. Estas normas son reiteradas por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 4, al mencionar que "las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

Por último, frente a la analogía como uno de los principios generales de derecho, el artículo 5 ordena que "cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas con los principios constitucionales y los generales de derecho procesal"; lo cual se reitera como una obligación para el juez de aplicar la costumbre, la doctrina constitucional y los principios generales del derecho, en el numeral 8 del artículo 37, "decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancia y procesal", esto quiere decir que el juez al momento de resolver los casos particulares, en su función de administrar justicia debe recurrir a otras fuentes formales del derecho colombiano, porque la jurisprudencia y la doctrina no se podían considerar fuentes en estricto sentido.

Es así como nuestra concepción tradicional de las fuentes del derecho redujo el derecho a la ley positiva y coactiva producida por el legislador, excluyendo los principios generales, la costumbre y la jurisprudencia, por lo que durante mucho tiempo se "desconoció el papel de las decisiones judiciales o precedentes como fuentes de derecho y dejó a los juristas la tarea de describir una legislación considerada fruto de un legislador racional incapaz de dejar vacíos o de incurrir en contradicciones" (Quintero Mosquera, 2006, pág. 140). La base de nuestro sistema son las normas emitidas por el legislativo y el ejecutivo, quienes profieren reglas dotadas de una legitimidad democrática, las cuales son interpretadas y aplicadas por el poder judicial.

Lo anterior lleva a pensar que el papel del juez estaba enmarcado en la teoría clásica de la función judicial, que se "fundamentaba en la idea de que aplicar una norma no era otra cosa que extraer para el caso concreto las consecuencias que en ella se prevén de manera general ya abstracta" (Monroy Cabra, 2010, pág. 244) y esta fue la doctrina que influenció los fallos judiciales a finales del siglo XIX y hasta la segunda parte del siglo XX, sobre todo los de la

Corte Suprema de Justicia¹³. En resumen, es la subordinación del juez a la ley, lo que explica el alcance de la jurisprudencia en la tradición jurídica colombiana, donde su calidad de fuente se concretó durante mucho tiempo únicamente como un criterio auxiliar de interpretación, posición criticada por Hans Kelsen, Hart y Dworkin, que rechazaron el culto a la ley y pusieron énfasis en la labor creativa del juez en su interpretación.

Sin perjuicio de lo anterior es importante mencionar que la estricta subordinación del juez a la ley, tuvo sus excepciones cuando se dio el reconocimiento de la doctrina legal y la doctrina probable y cuando en 1886 se creó el recurso de Casación¹⁴, cuyo fin primordial era la unificación de la jurisprudencia.

Desde la creación de la Corte Suprema de Justicia en el año 1886, se le atribuyó la facultad de conocer de los recursos de casación, al igual que ocurre en el resto del mundo¹⁵. El artículo 151 de la Constitución Política de 1886 y la Ley 61 de 1886 consagraban que el papel de ser el unificador del derecho, era lo que caracteriza principalmente a la Corte Suprema de Justicia, como ente casacional en Colombia, lo cual se evidencia en el artículo 36 de la citada ley: “Se concede recurso de casación, ante la Corte Suprema, contra las sentencias definitivas dictadas en asuntos civiles por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con el fin principal de uniformar la Jurisprudencia y con el de enmendar el agravio inferido por ellas, cuando ocurra alguna de las causales que menciona el artículo 38¹⁶ de esta ley”.

¹³ Para confirmar la preponderancia de la ley como fuente principal de derecho se pueden consultar también: Corte Suprema en sentencia de la Sala Plena, Magistrado Ponente: Eustorgio Sarría. Bogotá, septiembre 4 de mil novecientos setenta (1970). Corte Suprema en sentencia de la Sala Plena, Magistrado Ponente: Hernán Toro Agudelo. Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos setenta (1970). Corte Suprema en sentencia de la Sala Plena, Proceso número 1291. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz. Bogotá, julio once (11) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

¹⁴ Antes de 1886 no existió en Colombia el recurso de casación, porque el Régimen político entonces imperante era contrario a la unificación jurisprudencial, puesto que los estados soberanos (Confederados) tenían su propia legislación...” Ver: Murcia Ballén, Humberto. Recurso de Casación Civil, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999 (Murcia Ballén, 1999, pág. 151)

¹⁵ Específicamente en Francia *Tribunal de Cassation* “ese cuerpo colegiado se ocupó de invalidar las sentencias contrarias a la normatividad positiva” y en España el *Tribunal Supremo Español*, fue el encargado de resolver el recurso de casación respecto de las sentencias contrarias a la ley. (Jaramillo, 2006)

¹⁶ Ley 61 de 1886: “Artículo 38. Son causales de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación, los hechos siguientes: 1o. Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de ley sustantiva o de doctrina legal o

Esta atribución fue desarrollada posteriormente por la Ley 61 de 1886 (artículos del 36 al 52), la Ley 153 de 1887 (artículo 239), la Ley 135 de 1888 (artículo 19), la Ley 105 de 1890 (artículos 338 y 336 al 395), la Ley 100 de 1892 (artículos 49 al 62 y el artículo 87), la Ley 169 de 1896 (artículos del 1 al 4), Ley 104 de 1923 y la Ley 105 de 1931 (artículos de 519 al 541), a continuación se hará referencia a los artículos relacionados con el rol unificador de la jurisprudencial, dejando de lado los artículos que hacen referencia al procedimiento de casación como tal, en razón que se encuentra que estos últimos no son relevantes para el propósito de este trabajo.

1.2.1.2 La labor de unificación en el derecho colombiano

Para poder materializar la tarea de unificar el ordenamiento, el legislador colombiano introduce los conceptos de doctrina legal y doctrina probable, como elementos necesarios para suplir los vacíos dejados por el legislador en la norma positiva y la posibilidad de llenarlos mediante el uso de la jurisprudencia (López Medina, 2009, pág. 9). La doctrina Legal la definió en el artículo 39 de la Ley 61 de 1886, así: “es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema hace a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”. En este sentido se refleja obligatoriedad de la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia.

La doctrina legal se enriqueció con la expedición de la Ley 153 de 1887 y la Ley 169 de 1896. El artículo 10 de la Ley 153 de 1887 señalaba “En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”. El citado artículo impone en la cabeza de todos los jueces la obligación de aplicar

fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra. 2o. Hacer indebida aplicación de leyes o de doctrinas legales al caso del pleito...”

la doctrina legal, a la cual le dio un valor adicional al incluirle el “más probable”, de tal manera que se hacía mención a la doctrina legal más probable cuando la Corte Suprema fallara en tres casos semejantes el problema jurídico en el mismo sentido.

Continuando con el desarrollo legislativo, sobre la facultad de unificar jurisprudencia por parte de la Corte Suprema, el artículo 371 de la Ley 105 de 1890, consagró: “Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”. El mencionado artículo desecha la doctrina legal más probable y la retoma únicamente como doctrina legal, limitada a dos decisiones uniformes sobre la misma materia, y le imprime el carácter obligatorio de aplicación para todos los jueces. Para algunos tratadistas con esta expresión, se le dio fuerza normativa a la providencia judicial, lo que tradujo en el momento culminante en que el sistema de precedentes se volvió vinculante en Colombia (Piloneta, 2007). Con el estudio del numeral 1º del artículo 369 en el que se estableció que su violación era causal de casación¹⁷, se le dio verdaderamente poder a las providencias judiciales y con ello posteriormente al precedente judicial.

El excesivo fortalecimiento del poder de la Corte Suprema de Justicia, gracias al mencionado concepto de la doctrina legal fue prontamente criticado por la misma Corte que no veía con buenos ojos la aplicación de un sistema que ella misma consideraba “excesivamente rígido” (Jaramillo Hoyos, 2011, págs. 107 - 126) y (López Medina, 2009, pág. 10). Es por esto, que hacia 1892 los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, solicitaron al Congreso de la República evaluar el alcance de la doctrina legal, en razón que a su juicio con esta doctrina se olvidaba el fin primordial del papel del juez al hacer que sus fallos se formularan como un verdadero artículo de ley, al ser una declaración general y abstracta, lo cual hacía una clara invasión de competencias específicamente con las del legislador.

¹⁷ Sobre la aplicación de esa causal de casación, véase: Corte Suprema de Justicia, sentencia, 23 de agosto de 1891; y Corte Suprema de Justicia, sentencia, 18 de septiembre de 1891.

En este sentido la reflexión de los magistrados no se refería a la importancia de la vinculatoriedad de la unificación jurisprudencial, sino que se centraba en la rigidez funcional que la doctrina legal presuponía (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012, pág. 232), escenario perfecto para la expedición de la Ley 169 de 1896, que modificó sustancialmente el debate, sustituyendo la doctrina legal por la doctrina probable. En este momento vale la pena hacer mención a las disposiciones legislativas sobre la materia.

El artículo 4 de la Ley 169 de 1896 modificó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, "tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores". De esta manera explícitamente se sustituyó la doctrina legal por la doctrina probable.

Los principales cambios con la norma mencionada, además del cambio de la denominación a doctrina probable fueron que "su carácter obligatorio desaparecería para dar la facultad a los jueces y a la Corte Suprema de Justicia de apartarse de las decisiones proferidas" (Hernández Meza, 2002, pág. 88), así como retornar al número establecido en la concepción inicial pasando de dos decisiones a tres.

Sin embargo el cambio más importante que se introdujo con la mencionada ley, fue que la violación de la doctrina probable dejó de ser causal de casación, respeto de lo cual la Corte Suprema de Justicia estableció que "la violación a la doctrina probable no da lugar a casación porque la ley no ha tratado la doctrina legal como obligatoria sino como doctrina probable" (Corte Constitucional, C-836 de 2001), de esta manera se dejó de lado la obligatoriedad de la doctrina probable y se convirtió en optativa¹⁸ para los jueces inferiores su acatamiento,

¹⁸ Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala de Casación Laboral. rad: 12741. Acción de Tutela No. 3288/2004. Magistrado Ponente: Isaura Vargas Díaz. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil cinco (2005) se afirmó: "En conclusión, no es legal que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura pueda obligar a un Magistrado de otra Corporación de igual jerarquía a observar la

entonces los jueces y la propia Corte Suprema de Justicia podían separarse justificadamente de las reglas elevadas a doctrina probable.

Para algunos autores, el cambio en la legislación “no dejó de lado el objetivo regeneracionista de unificar la jurisprudencia nacional, determinando como causal de casación la violación directa de la ley sustantiva, que podía surgir por efecto de una interpretación errónea o por la indebida aplicación de la misma” (Mantilla Blanco, 2011). La Corte Constitucional en el año 2001, lo explica de la siguiente manera: “Si bien la contradicción de la doctrina legal fue excluida como causal de casación, y se permitió a los jueces inferiores y a la Corte Suprema apartarse de las decisiones de esta última, las causales de casación por “interpretación errónea” y por “aplicación indebida de la ley” debían entenderse como contradicciones con la interpretación y aplicación hechas por la Corte Suprema de Justicia como juez de casación”. En este sentido la norma “debe ser leída como una norma de permisión de uso de la jurisprudencia, y no tanto como una norma que permitiera a los jueces apartarse de la jurisprudencia” (López Medina, 2009). Según Carlos Ignacio Jaramillo, la nueva norma “abogaba porque los sentenciadores sigan en sus providencias la línea establecida por las cortes, según el caso, más por razones de convicción persuasión y autoridad que otra cosa, lo que se acompasa, además, con el carácter unificador al que hemos aludido en otras ocasiones, el que se vería seriamente desdibujado si se insiste en la referida calidad de auxiliar” (2012, pág. 234). Con la inclusión de la doctrina probable se le quitó la camisa de fuerza que la doctrina legal le había impuesto a la Corte Suprema dotando de un carácter más flexible la toma de decisiones por parte de los jueces de inferior jerarquía, siempre y cuando no existieran tres decisiones uniformes sobre el mismo asunto.

El panorama descrito anteriormente fue el que se mantuvo hasta 1991, es decir la doble interpretación sobre la existencia de una doctrina probable de obligatorio cumplimiento para

exégesis que tenga sobre una determinada norma legal. Tampoco puede pretenderse que el Juez resuelva los casos siempre del mismo modo, por lo menos dentro del marco jurídico que hoy se nos impone; a ello no se está obligado, pues aunque la finalidad del recurso de casación es la de lograr la unificación de la jurisprudencia nacional ello no implica que la Corte esté impedida para revisar su posición en un determinado aspecto, en tanto obviamente no está atada por los criterios que haya adoptado en el pasado si encuentra que jurídicamente no eran los más acertados.”

el juez siempre y cuando existirán tres decisiones uniformes, o de libertad absoluta para los jueces en acatarlas o no.

Una vez comprendido el marco legal, donde se establecen las fuentes del derecho colombiano, a continuación se estudiarán las fuentes del derecho en la Constitución de 1991. Profundizando en el análisis, del papel del juez con la finalidad de estudiar si sigue su estricta subordinación a la ley o si la misma ha cambiado y en qué ha cambiado su rol para identificar si actualmente se ha asignado un nuevo valor a la jurisprudencia en el derecho colombiano.

1.2.1.3 Las fuentes en la Constitución de 1991

La expedición de la Constitución de 1991, trajo consigo novedades que generaron un proceso de cambio en el marco jurídico colombiano. Entre las modificaciones más relevantes, se encuentra el cambio de un estado de derecho donde primaba la ley, al estado social de derecho, que corresponde en la práctica a un Estado Constitucional, con la consagración de la supremacía constitucional, que quiere decir que la Constitución tiene primacía sobre todas las demás normas.

La idea de la supremacía constitucional y la aplicación directa de la Constitución de tal manera que los ciudadanos pudieran acudir directamente a los jueces mediante una acción para la protección de sus derechos donde sus argumentos podían basarse en el mismo texto constitucional sin necesidad de intermediación legal, “obligó a jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional. Esta nueva orientación produjo, como es evidente, un aumento muy notorio en la constitucionalización del derecho colombiano” (López Medina, 2006, pág. 7)

Afirma Monroy Cabra: “El hecho que ya la ley no tiene supremacía sino que esta corresponde a la Constitución ha llevado a que esta última se considere no solo como fuente de derecho sino que delimita el sistema de fuentes” (2010, pág. 171), presentando un cambio al concepto de fuentes del derecho y en las posiciones jerárquicas que en el pasado ocupaba la ley, la

doctrina, la jurisprudencia, y los principios generales del derecho, en razón que nuestro derecho se ha constitucionalizado.

El ordenamiento colombiano se concibe como un conjunto armónico e integrado a partir de la Constitución, “así, si la Constitución es reemplazada por otra diferente todo el sistema jurídico es modificado” (Motta Navas, Suelst Cock, & Corrales Sánchez, 2012, pág. 8) , al ser la Constitución la base de la unidad del sistema jurídico, de esta manera cualquier modificación así no sea sustancial transformará todo el ordenamiento colombiano.

Entonces con la expedición de la nueva Constitución de 1991, surgió la pregunta sobre qué ocurría con la legislación vigente con anterioridad a la nueva carta y sus disposiciones. Sin embargo la misma Carta consagró en el artículo 4 que ante la incompatibilidad entre cualquier norma sin hacer diferencia entre nueva o antigua legislación y el texto constitucional, éste último debe prevalecer. El anterior precepto lo ha desarrollado la Corte Constitucional en diversas sentencias “La expedición de una nueva Constitución Política que, como la de 1991, introdujo cambios sustanciales en materia de concepción del Estado, de principios y derechos fundamentales y de organización estatal hace que la legislación preconstitucional conserve su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expidieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional” (Motta Navas, Suelst Cock, & Corrales Sánchez, 2012, pág. 9) a lo que agrega la Corte “Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente” (Corte Constitucional, C-486 de 1993), entonces, mientras las normas expedidas previamente a la Constitución se puedan interpretar y aplicar en el nuevo orden constitucional las mismas seguirán vigentes y deberán seguir siendo aplicadas por los jueces y cumplidas por las personas.

Otras modificaciones relevantes en el ordenamiento con la expedición de la Constitución de 1991, son: la creación de la Corte Constitucional y los cambios que se produjeron en cuanto a los mecanismos de protección de los derechos con las acciones de tutela, populares, de

grupo, y de cumplimiento, al igual que la inclusión de principios y valores, lo que ha representado una diferencia en la interpretación del ordenamiento jurídico en razón a que gozan de carácter especial, (Monroy Cabra, 2002, pág. 45), por lo que vale la pena profundizar en éstos asuntos posteriormente.

Previamente a seguir profundizando en el estudio de la Constitucionalización del derecho colombiano y sus implicaciones, es importante mencionar que el cambio en las fuentes del derecho también obedece al fenómeno de la globalización, lo que se refleja en los cambios de las relaciones entre los estados, sus mercados y por supuesto en las normas que los regulan (Atienza, 2008), de tal manera que es posible empezar a pensar en un acercamiento entre los distintos ordenamientos y como se estudió en la primera parte entre las familias jurídicas.

Ha empezado a surgir, la tendencia a interpretar las normas jurídicas nacionales conforme al derecho internacional¹⁹, los tratados internacionales, su doctrina y jurisprudencia, lo que ha conllevado al estudio de la teoría monista y dualista en el derecho colombiano, para conocer la relación entre los dos derechos. Las cuales se mencionarán brevemente a continuación.

La teoría dualista desarrollada por Triepel (1939) afirma que existen dos sistemas completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. La razón de ser de ser independientes es que cada uno rige distintos ámbitos y distintos sujetos, mientras que el derecho internacional rige las relaciones Estado-Estado; el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuos.

Por su parte la teoría monista expuesta por Kelsen (1965) entiende que las normas del derecho internacional y las del derecho interno forman un único sistema jurídico; de esta forma el derecho interno de un Estado estaría integrado por sus normas de derecho interno y además por las normas del derecho internacional.

¹⁹ Esto significa que hay que respetar las normas de Ius cogens, la carta de la ONU, el derecho internacional convencional y consuetudinario general y especialmente los tratados sobre derechos humanos de los cuales sea parte el estado colombiano. (Monroy Cabra, 2010, pág. 161)

Al interior de la Corte Constitucional, se ha dado el debate sobre qué teoría fue la optada por el Constituyente de 1991. En la sentencia C-225 de 1995 se estudia a profundidad el término de bloque de constitucionalidad y se manifiesta “los convenios internacionales fueron incluidos en nuestra Carta política bajo la concepción monista” (Corte Constitucional, C-225 de 1995) dice la Corte “la Carta Política de 1991 adoptó la concepción monista (Constitución Política, Art. 53.4) ; en materia de tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos concedió prevalencia a estas normas internacionales sobre el orden interno (Constitución Política, Art. 93);” ha integrado dichos convenios internacionales al bloque de constitucionalidad²⁰. Sin embargo años después la Corte Constitucional decidió optar por la tesis de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno, expuesta por Verdross a la que el autor califica de monismo moderado "sólo puede dar cuenta de la realidad jurídica una teoría que, reconociendo, desde luego, la posibilidad de conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno, advierta que tales conflictos no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico" (1985, pág. 95). Esto es, una teoría que "mantiene la distinción entre el Derecho Internacional y el derecho estatal, pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional” (Corte Constitucional, C-622 de 1997) y (Diéz Velasco, 1976, pág. 122).

En este sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la revisión que se hizo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados y las organizaciones internacionales, “cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de

La teoría del bloque de constitucionalidad fue creada por la Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-409 de 1992 (M.P. José Gegerio Hernández) y luego desarrollada en Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). La Sentencia C-225-93 de la Corte Constitucional define así el bloque de constitucionalidad: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sean sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos” (Corte Constitucional, C-400 de 1998). Es así como en Colombia la Supremacía Constitucional permite la integración entre el derecho interno y el derecho internacional.

Según lo anterior se puede afirmar que el derecho colombiano y especialmente el derecho constitucional se ha internacionalizado, convirtiéndose el derecho internacional en fuente para el derecho colombiano (Monroy Cabra, 2008) lo que se traduce en que hay una tendencia de integración o armonización de las normas internas y externas, así como de las fuentes nacionales e internacionales, de tal manera que se le otorga prevalencia a la Constitución sin desconocer las normas de derecho internacional²¹.

Una vez comprendido que el derecho Colombiano se ha constitucionalizado e internacionalizado, es pertinente remitirse al estudio del artículo del texto constitucional que definió el sistema de fuentes, lo que permite abrir la puerta para profundizar en la ubicación de la jerarquía de la jurisprudencia y analizar si es procedente identificar la figura del precedente en el derecho actual.

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991, consagra: “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”. De esta manera, la Asamblea Nacional Constituyente estableció el sistema de fuentes, conforme a la tradición Romano Germánica estudiada en la primera parte del capítulo, en

²¹ “La tendencia generalizada es la de armonizar las normas del Derecho Internacional con las del Derecho de los Estados, de manera tal que haya armonía, concordancia y coherencia entre estas regulaciones para evitar el conflicto normativo, otra cosa son los intereses políticos estatales, además de los intereses de ciertos grupos transnacionales hegemónicos que defienden la desregulación en defensa de sus intereses. Analizaremos algunas constituciones para ver como ellas armonizan con el DIP” (Pacheco Sánchez, 2010)

donde se establece que la ley es la fuente principal del derecho, por lo tanto la doctrina, los principios generales del derecho y la jurisprudencia son criterios complementarios que se pueden utilizar para la actividad judicial.

Si se parte de una interpretación literal o semántica del texto constitucional, la única fuente formal del derecho que vincularía a los jueces sería la ley (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012, pág. 6). Sin embargo, se debe hacer una interpretación armónica con el artículo 4 de la Constitución donde se establece la supremacía de la Constitución, “la constitución como ley superior procesa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes” (Corte Constitucional, SU-640 de 1998), estableciendo que los jueces están obligados de igual manera al respeto de la Constitución.

En el mismo sentido, es importante destacar que la Corte Constitucional al estudiar las fuentes del derecho colombiano, ha aclarado que cuando se hace referencia al término ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico²², “en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros”. (La Jurisprudencia como fuente formal del derecho penal , 2013)

Continuando con el análisis de la literalidad del artículo 230, se puede afirmar que lo que se persigue con la expresión: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, es asegurar la autonomía de los jueces al momento de resolver los casos de su competencia. Garantizando la independencia externa e interna de los funcionarios judiciales frente a los otros poderes públicos y al interior de la misma rama (Bernal Pulido, 2003, pág. 18), porque esto era una preocupación constata en la Asamblea Nacional Constituyente. Lo mencionado anteriormente es parte de los argumentos con los que el autor sustenta la tesis que él llama escéptica o negativa frente al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente y su poder vinculante.

²² Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Distintos autores han profundizado sobre el valor en el ordenamiento colombiano de la jurisprudencia, de los principios generales del derecho y la doctrina, estableciendo en algunos casos su carácter vinculante y en otros simplemente como criterios auxiliares de la actividad judicial. Sin embargo, por el propósito de la presente investigación únicamente se profundizará en el rol de la jurisprudencia dentro de nuestro derecho, y en el papel del juez.

1.2.2 El Precedente judicial como fuente del derecho colombiano

Comprendido el panorama anterior es pertinente continuar con el estudio de la constitucionalización del derecho colombiano resaltando el papel de la Corte Constitucional y de sus providencias.

Distintos autores han profundizado sobre el valor en el ordenamiento colombiano de la jurisprudencia, de los principios generales del derecho²³ y la doctrina, estableciendo en algunos casos su carácter vinculante y en otros simplemente como criterios auxiliares de la actividad judicial. Sin embargo, por el propósito de la presente investigación únicamente se profundizará en el rol de la jurisprudencia dentro de nuestro derecho, y en el papel del juez.

Es precisamente el desarrollo del artículo 230 realizado por la Corte Constitución la que ha permitido cambiar la tradicional interpretación jurídica basada en los postulados de la escuela de la exégesis, hacia una hermenéutica en la que se privilegia el criterio del juez al aplicar la ley, es decir, “el juez tiene juicio al aplicar la ley y tener juicio es tener criterio valorativo” (Carneluti, 2007, págs. 31 - 32). De esta manera, es posible evidenciar un cambio en la tradicional visión que se tenía sobre la relación entre la ley y el juez (López Medina, 2005), dando en la actualidad el papel protagónico al juez y no como ocurría en el pasado que la protagonista era únicamente la ley.

²³ Descritas las fuentes generales del Derecho colombiano, concluyo estableciendo que los Principios Generales del derecho son fuente hecha de carácter principal en el Derecho Colombiano, las que sin embargo no han sido utilizadas por los operadores jurídicos, pese a que el sistema los admite como una herramienta conceptual válida para decir el Derecho vigente. (Jiménez Gil , 2010)

De esta manera, el cambio de paradigma fue protagonizado por la Corte Constitucional en Colombia y en los otros países con la creación de los tribunales constitucionales. “En el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, los tribunales constitucionales europeos recibieron importantes competencias en el campo de los derechos desde el primer momento” (Ferrera Comella, 2001), la razón de ser es que deberían existir jueces especializados, aislados de presiones políticas, que desarrollen sus interpretaciones constitucionales de forma coherente de tal manera que privilegien siempre la protección de derechos y de esta manera puedan controlar la legislación.

“Los tribunales constitucionales han sido una institución defensora del régimen constitucional democrático. Garantizan la supremacía e integridad de la Constitución como norma de normas y fuente de fuentes del derecho” (Monroy Cabra, 2004, pág. 20) . Por lo tanto, “a los tribunales constitucionales se les debe confiar la función de ser garantes de la Constitución. Defensor de la Constitución, significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones” (Kelsen, 1995, pág. 27).

Es esa defensa de la Constitución fundada en las corrientes del nuevo constitucionalismo, dónde realmente se empieza a comprender la verdadera importancia de los jueces constitucionales, de su interpretación y del papel de la jurisprudencia. Roberto Gargarella afirma “la ley es entonces, una expresión de la democracia, no obstante la interpretación de la ley no admite todos los sentidos y una amplitud indefinida, sino una interpretación acorde con los principios democráticos” (1996), dando de esta manera unos lineamientos claros de interpretación para los jueces.

El papel de los jueces esta dado entonces, por el deber que tienen de interpretar adecuadamente las normas aplicables al caso, encontrando su verdadero significado. Marco Gerardo Monroy (2010, pág. 246) citando a Giuseppe Zacarria señala “el juez es, por lo tanto un creador de derecho, un activo operador y cooperador respecto de los datos jurídicos y fácticos que se le presentan” y agrega que "la creación hermenéutica fija el radio de acción

dentro del que puede caer la decisión relativa al significado que se ha de atribuir, en el caso particular, a la norma de carácter general". De esta manera el juez en su labor de aterrizar la ley a la vida cotidiana, debe tener en cuenta todo el marco constitucional, incluyendo los principios²⁴, y valores adoptados por el estado, así como los derechos fundamentales, entendidos como una manera de materializar en la práctica la justicia social.

En Colombia se le ha dado “una posición sobresaliente al activismo de la Corte Constitucional, y a sus interpretaciones de la Constitución” (García López L. , 2013), otorgando un carácter creador de derecho a la jurisprudencia constitucional por dos razones: la primera, debido a la “indeterminación inherente de los principios y valores constitucionales, a la naturaleza abierta de los preceptos” (Monroy Cabra, 2010, pág. 246) dejando lagunas que se deben llenar de acuerdo al contexto social y a la realidad, labor que únicamente puede ser llevada a cabo por los jueces, y la otra es que a la Corte Constitucional se le confió la tarea de salvaguardar la Constitución y ser su legítimo interprete, a través de sus sentencias convirtiendo estas últimas en fuente de derecho al ser las que permiten la aplicación directa de la Constitución.

Así, por ejemplo, “la interpretación constitucional le permite a los jueces hacer intervenciones con impacto sistémico sobre instituciones jurídicas o políticas públicas” (López Medina, 2002, págs. 8 -9). De esta manera los tribunales constitucionales hoy en día actúan como verdaderos legisladores positivos mediante sus sentencias²⁵. Como se mencionó hace un momento, el fenómeno que se ha estado dando en nuestro país es la democratización del uso de la constitución lo cual es sin lugar a dudas un importante voto de confianza en la capacidad de los jueces y lo que conlleva a una gran responsabilidad por parte de los mismos.

²⁴ Varios autores han abordado la materia entre ellos: Ronald Dworkin, “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1984 (Dworkin , 1984) y Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 (Alexy, 1997).

²⁵ Para consultar los tipos de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, se puede consultar a: Olano García Hernán Alejandro Tipología de nuestras sentencias constitucionales. Pág. 571 – 602 (Olano García, 2004)

Es el mencionado papel valorativo y creativo del juez, donde inicia la reflexión para afirmar que en Colombia existe el precedente judicial y que debe ser considerado fuente en el derecho colombiano (Falcón Tella, 2010, pág. 16). Lo anterior, en razón a que la lectura que en la actualidad se hace al artículo 230 no es la misma que se podía hacer recién se expidió la Constitución, hace 20 años. La interpretación dada al artículo 230 que la jurisprudencia es simplemente un criterio auxiliar ya no es dable en nuestro actual ordenamiento. Es claro que, “en el día a día, la jurisprudencia se ha ganado un sitio más sustantivo y jerárquico - , que indefectiblemente, no consulta el alcance lexicográfico atribuido al vocablo “auxiliar”, proveniente del latín auxiliaría, adjetivo que indica que no es principal (García López E. , 2011, pág. 184).

El estudio de la nueva posición jerárquica de las fuentes en el derecho colombiano es un tema de actualidad e importancia jurídica, para lo cual se comulga con la tesis que afirma que estamos frente a una reconfiguración de las fuentes del derecho colombiano y que su tradicional organización está en crisis (García López E. , 2011, pág. 266) porque ya no corresponde a la realidad jurídica actual. Fenómeno que ha convertido al estado colombiano en un “sistema abierto de fuentes” (Cortés, 2007, págs. 159 - 186).

En el cambio en la jerarquía de las fuentes del derecho, ha sido clave como se mencionó anteriormente la globalización e internacionalización de derecho, y la constitucionalización del ordenamiento que ha implicado un cambio en el paradigma de la subordinación absoluta del juez a la ley, por un juez que valora e interpreta la ley y la Constitución para la realización material de la justicia, dando de esta manera una gran importancia a sus sentencias o jurisprudencia, las cuales son las que hay escalado en la jerarquía de las fuentes del derecho, para lo cual se considera necesario estudiar el tema a la luz del tribunal constitucional colombiano quien ha sido el abanderado en las reflexiones sobre el tema.

Como se mencionó, el nuevo rol de la jurisprudencia en el derecho colombiano ha sido desarrollado por la Corte Constitucional a partir de la interpretación del artículo 230 de la Constitución de 1991, y la nueva interpretación del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y la Ley

153 de 1887, las cuales se explicaron hace un momento. A continuación se explicará la evolución del concepto de precedente judicial a partir de las sentencias más relevantes sobre el tema.

En primer lugar se debe mencionar el análisis que la propia Corte Constitucional ha hecho sobre el alcance de sus sentencias y de su competencia. Para lo cual se debe hacer mención al artículo 241 de la Constitución Política, en el que se dice que Corte Constitucional forma parte de la rama del poder Judicial, y a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Con la finalidad de abordar los distintos momentos que permiten visualizar el concepto de precedente judicial se utilizará la clasificación que se utilizó en el texto “La importancia de la Jurisprudencia” (Motta Navas, Suelto Cock, & Corrales Sánchez, 2012, págs. 23-44) en el que se identifican tres periodos: del año 1992 al año 1995, de 1995 al 2005 y del 2005 al 2011. La cual se complementará con sentencias más recientes hasta el año 2013.

La Corte Constitucional²⁶, como cabeza de la jurisdicción constitucional, conoce de manera exclusiva de los asuntos de constitucionalidad cuyo análisis le confía la Carta Política y establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución. En el primer periodo, de 1992 a 1995 se identifican los sustentos y las primeras aproximaciones hacia la constitución del precedente judicial.

²⁶ Algunas de las competencias de la Corte Constitucional son: Decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformativos de la Constitución; resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional; ejercer el control constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los estados de excepción; decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra proyectos de ley y de manera integral y previa respecto a los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso; resolver acerca de las excusas para asistir a las citaciones realizadas por el Congreso en los términos del artículo 137 de la Carta; decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben y revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución. (Corte Constitucional, 2014)

En este sentido, en sentencia C-131 de 1993, señala la Corte: “La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria”. Sin embargo aclara que apartes de la sentencia poseen el carácter de cosa juzgada constitucional conforme el artículo 243 de la Constitución, “goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos” (Corte Constitucional, C-131 de 1993). De esta manera, la Corte reconoce que los argumentos que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser acatados por las autoridades judiciales. Lo que permite observar una fuerza vinculante²⁷ a unas partes de la sentencia que podría indicar el primer acercamiento a la existencia del precedente en el derecho Colombiano.

En sentencia C- 104 de 1993, al igual que en la sentencia anterior donde se reafirma que la jurisprudencia constitucional tiene diferente fuerza jurídica, que la proferida por el resto de jueces, y agrega el papel relevante de la jurisprudencia constitucional como mecanismo de unificación²⁸ y armonización del derecho. “Es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia” (Corte Constitucional, C-104 de 1993), labor conferida en temas constitucionales a la Corte Constitucional. En esta oportunidad se hizo análisis del recurso de súplica en la jurisdicción contenciosa, y se menciona la clasificación de fuentes del derecho, y al referirse al valor de la jurisprudencia la define “como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que desatando casos iguales decide en forma

²⁷ Así en la sentencia Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía la Corte señaló que sus sentencias hacen tránsito a cosa juzgada y que constituyen una fuente obligatoria para los jueces. Sólo la Corte puede establecer los efectos de sus sentencias y que las sentencias de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada sin que puedan volver a ser discutidas y que la doctrina constitucional será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

²⁸ Ver también: Corte Constitucional. Sentencias T – 006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Corte Constitucional. Sentencias C – 018 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero

uniforme” (Corte Constitucional, C-104 de 1993), así se evidencia la importancia de la jurisprudencia de los altos tribunales en el proceso de unificación del ordenamiento.

Señala la Corte, “la uniformidad no es un fin despreciable. Ella busca garantizar los siguientes altos objetivos:

- 1) “Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -art. 2° CP-.
- 2) Procurar exactitud.
- 3) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fé de los jueces -art- 83 CP-.
- 4) Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad.
- 5) Permitir estabilidad.
- 6) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.
- 7) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales” (Corte Constitucional, C-104 de 1993).

En el mismo sentido en sentencia C-018 de 1993, se señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico. Justificando la importancia de la jurisprudencia como un desarrollo del artículo 13 del texto Constitucional.

Continuando con el estudio de la providencia, se enuncian unas características de las sentencias de constitucionalidad de la Corte, las cuales hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme el artículo 243 de la Constitución:

- Obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.
- Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica.

- Los fallos de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada material con efectos erga omnes, mientras que los demás fallos sólo tienen efectos inter partes.
- Todos los operadores jurídicos de la República, al interpretar la norma objeto de un pronunciamiento de la Corte Constitucional proferido en ejercicio del control de constitucionalidad, quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte.

“La jurisdicción constitucional, por medio de su jurisprudencia y su doctrina, es un importante mecanismo de integración política y social. Las decisiones de tutela de la Corte Constitucional, se reitera, no se limitan a resolver el conflicto particular sino que tienen un efecto pedagógico que afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social y la regulación de la vida en comunidad” (Corte Constitucional, C – 018 de 1993)

En el momento en el que se estudió las fuentes del derecho colombiano se hizo mención a la sentencia C- 486 de 1993, como una de las primeras sentencias en la que la Corte reconoce que la palabra "ley" empleada en el artículo 230 necesariamente incluya al "ordenamiento jurídico" y dentro de ese concepto reconoce la importancia de otras fuentes del derecho, como son la costumbre y la jurisprudencia, señalando que éstas hacen parte del sistema jurídico colombiano y por ello el juez puede utilizarlas en sus fallos.

Durante el período de 1995 al 2005, se avanza sobre la obligatoriedad del precedente, lo cual se evidencia en la sentencia C-083 de 1995 en la que se revisa la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 153 de 1887: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". En las consideraciones se analiza la analogía, la doctrina constitucional, y la jurisprudencia. Frente a la analogía aclara: “Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley” (Corte Constitucional, C-083 de 1995). Frente a la doctrina constitucional y la jurisprudencia se señala que son

distintas y agrega sobre la doctrina constitucional²⁹ “es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión” y frente a la jurisprudencia: “es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior”. Una vez comprendida la diferencia entre los distintos términos, la Corte Constitucional hace mención que “no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional” (Corte Constitucional, C-083 de 1995).

Al hacer la revisión de la constitucionalidad del artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte declara su inexecutable en la sentencia C-037 de 1996 donde se analiza: “la obligatoriedad de la doctrina constitucional integradora de la Corte Constitucional como suprema interprete de la Constitución; la libertad del juez de apartarse de los precedentes siempre y cuando justifique este alejamiento; la parte resolutoria de las sentencias hacen tránsito a cosa juzgada, y por lo tanto son obligatorias tanto por los jueces como por las demás autoridades; la parte motiva de las sentencias, por el contrario, constituyen fuente auxiliar para los jueces y demás autoridades. Respecto de la propuesta que contenía la ley estatutaria de situar la interpretación del legislador como la única obligatoria, la Corte señala que esta disposición vulnera la Carta que expresamente consagra esa atribución en cabeza de ese tribunal” (Motta Navas, Sueli Cock, & Corrales Sánchez, 2012, pág. 28), fijando el alcance de sus sentencias como de carácter obligatorio.

En sentencia SU-640 de 1998, en el que se estudia los períodos de los alcaldes y gobernadores, se hace profundo desarrollo sobre la función interpretativa de la Corte

²⁹ Consultar frente a la Obligatoriedad de la doctrina constitucional: Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz y la Sentencia T-260 de 1995 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

Constitucional quien tiene la obligación de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, argumento que se ha reiterado en todas las sentencias estudiadas. “La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico. De otro lado, las tareas que cumple la Corte Constitucional son únicas, en cuanto que ningún otro órgano podría realizarlas”.

En esta sentencia, se unifica el criterio sobre la cosa juzgada constitucional, y se indica que hay dos razones de ser sobre su existencia: “en primer término, garantiza el carácter general de las sentencias de inexequibilidad proferidas por la Corte Constitucional que, por lo tanto, están dotadas de efectos erga omnes. En segundo término, la revisión eventual de las sentencias de tutela contribuye a homogenizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, SU-640 de 1998). Lo que permite que la Corte concluya que la institución de la cosa juzgada constitucional existe para garantizar la unidad interpretativa de la Constitución.

Es importante señalar que en sentencia SU-047 de 1999, se reitera el argumento que el juez debe ser consistente con sus decisiones previas³⁰ y debe respetar los precedentes para garantizar la seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, para garantizar el principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez y también como un mecanismo de control de la propia actividad judicial. Sin embargo, con la finalidad de asegurar la independencia judicial, la Corte establece unas reglas para poder apartarse del precedente:

³⁰ Ver: Corte Constitucional. C-400 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero Corte Constitucional. En este período es importante la sentencia T-175 de 1997 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo en la cual la Corte estudia un caso sobre discriminación laboral, allí señaló que la sentencia T-418 de 1996 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo constituía el precedente obligatorio que debía ser seguido vertical y horizontalmente.

- El cambio debe ser realizado por la propia corporación judicial que la formuló. Por tal razón el cambio en las doctrinas constitucionales sólo puede ser realizado por la Corte Constitucional.
- Para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario “es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad³¹ que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”. (Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999)

Al revisar las sentencias de la Corte Constitucional y la doctrina que desarrollan el tema del precedente en el derecho colombiano, sin lugar a dudas señalan que la sentencia C-836 de 2001 es un verdadero hito para el derecho colombiano “en tanto traduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo ya a la jurisprudencia de la Corte Constitucional” (Contreras Calderón, 2011). En la mencionada sentencia la Corte realizó el análisis sobre la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896: “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”. Al ser una sentencia tan importante para el tema, profundizaremos en sus argumentos principales a continuación:

En primer lugar estudia la importancia de la actividad judicial para la realización del estado social de derecho, de lo cual destaca el poder interpretativo del juez y la autonomía e independiente judicial, consagrada en el artículo 230 de la Constitución. Continuando con el estudio del mencionado artículo, la Corte considera que el imperio de la ley se debe entender

³¹ Con relación a la importancia del principio de igualdad y la posibilidad de hacer un cambio en la interpretación de la Corte Constitucional, al existir una tensión entre el principio de igualdad y la independencia judicial. Ver: Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

bajo las siguientes premisas: “(1) el artículo 113 de la Carta establece que los diversos órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente; (2) que están constitucionalmente encaminados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y a asegurar la vigencia de un orden justo; (3) que la Constitución garantiza la prevalencia del derecho sustancial y; (4) que el principio de igualdad consagrado en el preámbulo de la Carta, en armonía con las diversas manifestaciones constitucionales de la igualdad –como derecho- tienen como presupuestos la igualdad frente a la ley, y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art. 13)” (Corte Constitucional, C-836 de 2001) de tal manera que los jueces al interpretar la ley deben garantizar los principios constitucionales. Así, la Corte encuentra que la realización material de esos principios es el sustento constitucional de la vinculatoriedad de la doctrina judicial elaborada por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado.

En segundo lugar, la Corte estudia la fuerza normativa de la doctrina probable y señala que la misma “(1) proviene de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos” (Corte Constitucional, C-836 de 2001). De esta manera, “una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional” (Corte Constitucional, C-836 de 2001). Realmente es con esta interpretación que se entiende el cambio de papel de la doctrina probable y la jurisprudencia, al hacer un reconocimiento de la existencia del precedente judicial.

En tercer lugar, se establece que el respeto por el precedente judicial se fundamenta en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima en la administración de justicia, valores que se presentan como una garantía esencial para los ciudadanos, en el Estado Social de Derecho. Así mismo, y ante la pregunta de si los jueces deben aplicar el precedente judicial sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, la Corte sostuvo que “cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación” (Corte Constitucional, C-836 de 2001). Sin perjuicio de lo anterior, también se señaló que cuando el juez se enfrenta a diferentes posiciones de la jurisprudencia, la Corte sostuvo que en materia constitucional³² la interpretación de ésta prevalece sobre las demás altas cortes, en razón de ser la auténtica intérprete y la encargada de salvaguardar la supremacía del texto constitucional, argumento que se analizó previamente.

Por último, la Corte Constitucional reafirmando el papel protagónico del precedente judicial, resaltó la función asignada a los jueces y a la Corte Suprema de Justicia para unificar la interpretación del ordenamiento jurídico, sin embargo aclaró que la jurisprudencia no debe tener una obligatoriedad que implique ignorar el carácter dinámico del derecho. Por lo que menciona que es posible modificar el precedente para evitar error y adecuarlo a las situaciones y realidades del momento.

De esta manera en la parte resolutive de la sentencia, se declaró la exequibilidad de la norma acusada, pero la condicionó a que “siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria,

³² Frente a interpretaciones contrarias respecto de una misma norma legal. Ver: Sentencia T-973 de 1999 “como ocurre en el caso sub exámine, una de la Corte Constitucional que señala que el proceso de responsabilidad fiscal tiene un término de caducidad de dos años para su iniciación, y otra del Consejo de Estado que establece que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene término de caducidad, prevalece por expresa disposición Constitucional aquella efectuada por la Corte Constitucional, según lo dispone el artículo 243 de la Carta Política, ya que la interpretación de la Corte, a diferencia de la de los demás jueces, señala y explica el significado de la Constitución en su carácter de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Fundamental, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa”

al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”.

Sin perjuicio de lo anterior, los salvamentos de voto indican falta de unanimidad frente al alcance del precedente en razón que indica que el mismo es propio de una tradición jurídica ajena a la nuestra y por otra parte se critica que la Corte Constitucional no definió el alcance en concreto del precedente, al igual que dejó por fuera las condiciones en las cuales es posible apartarse del precedente horizontal y precedente vertical y menciona que seguramente lo anterior será objeto de posteriores desarrollos jurisprudenciales.

El aporte de la última sentencia estudiada, fue afirmar que los jueces de instancia no pueden apartarse de las decisiones tomadas por el tribunal de cierre de la jurisdicción, a menos que expongan con una carga argumentativa fuerte el porqué de su decisión distinta. Por otro lado el deber de las altas Cortes de establecer una disciplina judicial, al no poder apartarse de sus decisiones previamente tomadas, lo que se conoce como precedente horizontal y se profundizará en su estudio a continuación.

Es precisamente en la sentencias C-836 de 2001, donde se analiza también el tema del precedente horizontal, al decir la Corte “El problema jurídico planteado se relaciona directamente con el valor constitucional de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria: (1) para las decisiones de los jueces ordinarios inferiores – llamado “precedente vertical”- y (2) para las futuras decisiones de esa misma Corporación – precedente horizontal-. En particular, el problema se relaciona con las condiciones en que, tanto los jueces inferiores, como la misma Corte, pueden apartarse de las decisiones de ésta, en virtud de la función uniformadora de la jurisprudencia que tiene el recurso extraordinario de casación”.

Así, la Corte Constitucional para darle solidez a la tesis del precedente horizontal ratifica el concepto de disciplina judicial, este es “el deber de los jueces de armonizar sus decisiones respetando una mínima racionalidad fundada en el acatamiento de sus decisiones previas”

(Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001). Este mismo concepto se conoce en otras legislaciones como *stare decisis* horizontal y se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes (Legarre & Rivera, 2006) al igual que para los jueces que se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Así, puede hablarse de precedente horizontal, cuando en una misma Corporación existe una posición consolidada y unánime por parte de las salas que la componen respecto a una materia” (Corte Suprema de Justicia, Expediente tutela 25.738, 30 de mayo de 2006), y hay un deber de seguir esta misma línea conocido también como autoprecedente (Taruffo, 2007), por la misma corporación o por jueces de la misma jerarquía.

La Corte Constitucional en la sentencia T-049 de 2007 aclaró que “es el deber de las autoridades judiciales de ser consistentes con las decisiones por ellas mismas adoptadas, de manera que cosas con supuestos fácticos generales sean resueltas bajo las mismas fórmulas de juicio, a menos que expongan razones suficientes para decidir en sentido contrario (...) pues los jueces tienen la obligación constitucional de respetar sus propias decisiones, lo cual hace que sea obligante también el precedente horizontal³³”. Esto no solo responde a elementales consideraciones de seguridad jurídica sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez “estableciéndose como mecanismo de protección del derecho a la igualdad de trato jurídico, las sentencias de reiteración de jurisprudencia, las sentencias de unificación de jurisprudencia y el mecanismo de revisión de los fallos de tutela (Quinche Ramírez, 2014, págs. 42 - 43).

³³ En cuanto a la obligatoriedad del precedente horizontal la Corte Constitucional señala: “De acuerdo con la jurisprudencia Constitucional, el precedente horizontal también tiene fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual se explica al menos por cuatro razones: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de “disciplina judicial” (Corte Constitucional, Sentencia C – 049 de 2007).

Lo anterior se complementa con el principio de previsibilidad de las decisiones, lo que la Corte Constitucional describe de la siguiente manera: “Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza, imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal, que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos” (Corte Constitucional, Sentencia T -468 de 2003). Por ende el deber de atender los precedentes, resulta consustancial al ejercicio armónico de la función judicial, no sólo en atención a las decisiones propias y de los superiores, sino en armonía con los alcances mismos de la Constitución³⁴, específicamente la igualdad y la seguridad jurídica.

Acompañado al desarrollo del concepto de precedente horizontal, la Corte Constitucional ha hablado de la posibilidad de apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene que enfrentarse a una alta carga argumentativa esto es, tiene que aportar las razones que justifican porqué se separa de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, “para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión” (Corte Constitucional, Sentencia C – 447 de 1997). En este sentido, la Corte expone los requisitos para que el juez (singular o colegiado) pueda apartarse del precedente horizontal: “(i) En primer lugar, debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido. (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales

³⁴ Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional: C-037 de 1996, T-175 de 1997, SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-009 de 2000 y T-068 de 2000.

considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones (razón suficiente)” (Corte Constitucional, Sentencia C – 049 de 2007). El problema surge cuando estas variaciones son demasiado frecuentes, arbitrarias y privadas de justificación (Taruffo, 2007, pág. 95), lo que causa que los precedente no tengan un verdadero impacto en la vida de las personas, por este motivo se resalta la necesidad de dar mayor fuerza al precedente judicial, con la finalidad dar cierta uniformidad y coherencia al ordenamiento jurídico.

Queda claro que el precedente en sentido horizontal también debe ser observado por los operadores jurídicos, pero surge la duda si hay alguna consecuencia jurídica por no seguirlo. La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha sido clara en afirmar: “la consecuencia no es otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, lo que da lugar a la protección mediante acción de tutela por dos causales distintas pero complementarias. En primer lugar, el desconocimiento del precedente horizontal configura una “vía de hecho”, de acuerdo con el concepto tradicional utilizado por la Corte Constitucional. En segundo lugar, la inobservancia del precedente (vertical u horizontal) constituye una causal autónoma que da lugar a la tutela contra sentencias judiciales bajo el nuevo concepto de “causales genéricas de procedibilidad” (Corte Constitucional, Sentencia C – 049 de 2007). Lo anterior reafirma la posición sostenida sobre la existencia del precedente judicial horizontal³⁵ y su deber de aplicación por parte de los jueces.

En sentencia T-688 de 2003, la Corte se pronuncia sobre la autonomía interpretativa del juez, así como la importancia del respeto del precedente judicial vertical y horizontal, mencionando que los jueces inferiores se pueden apartar si se refieren al precedente anterior y, por otra, ofrecen un argumento suficiente poderoso para el abandono o cambio. De esta manera, “el derecho a la igualdad y el sistema de precedente que se desprende, no les autoriza a actuar de manera desleal con el ordenamiento jurídico. Si se ha adoptado una posición

³⁵ Un ejemplo de aplicación del precedente judicial se puede consultar en la sentencia T-688 de 2003, donde la Corte tuteló los derechos al debido proceso e igualdad, porque al dictar sentencia en un proceso ordinario laboral el Tribunal Superior de Barranquilla desconoció sus propios precedentes. También se destaca la sentencia T-330 de 2005, MP. Humberto Sierra Porto, donde la Corte concedió una tutela interpuesta contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. (Corte Constitucional, Sentencia C – 049 de 2007).

determinada, tiene el deber de respetarla hasta que presente argumentos suficientes para cambiarlo. Si ello no fuere posible, está obligado a proyectar respetando el precedente. El juez, aunque sea autónomo, no es una rueda suelta dentro del sistema jurídico, sino que tiene que integrarse a éste y someterse a los lineamientos fijados de manera sistémica” (Corte Constitucional, T-688 de 2003).

Por la misma argumentación, la Corte en el estudio de la sentencia de tutela T-698 de 2004, establece que es posible que proceda la acción de tutela por vía de hecho si expresamente se ignora el precedente vertical “El Tribunal, en la sentencia, no tuvo en cuenta expresamente el precedente vertical fijado por la Corte Suprema de Justicia, a pesar de ser presentado y analizado en la sentencia de primera instancia. Este hecho le permite a esta Corporación señalar, que existe entonces una vía de hecho y por consiguiente la vulneración del principio de igualdad en este caso, teniendo en cuenta que no se refutó expresamente ese precedente del superior funcional, ni se fundamentó con claridad el porqué de la separación y trato diferente en este caso, frente a las consideraciones fijadas por la Corte Suprema de Justicia”. Lo anterior permite identificar claramente avances hacia la consolidación del precedente en el ordenamiento colombiano en razón que hasta la Corte Constitucional ha admitido la acción de tutela por vía de hecho para protegerlo.

Una vez comprendidos los primeros pasos hacia la constitución del precedente judicial del 2005 al 2013 se encuentran algunos fallos que reafirman y señalan el camino hacia la consolidación de la existencia del precedente judicial en el derecho colombiano.

La primera de las sentencias de esta época de estudio es la T-292 de 2006, a pesar de ser una sentencia de control concreto por ser de una acción de tutela y revisar aspectos del caso particular, en la sentencia la Corte Constitucional, define el precedente aplicable como “Aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”. Además establece unas reglas para definir si es relevante o no el precedente: “(i) En la ratio decidendi de la

sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente”(Corte Constitucional, T-292 de 2006). De esta manera la Corte define que no toda sentencia anterior que se haya dictado sobre la materia es precedente, porque los tres elementos descritos deben coincidir para que se considere una sentencia anterior un precedente y pueda ser aplicada a un caso similar, por lo que se agrega “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez está legitimado para no considerar vinculante el precedente”.

A su vez en la sentencia se reitera el concepto de precedente horizontal y vertical y la obligatoriedad de su aplicación, dejando al juez la libertad y la responsabilidad de determinar cuándo es razonable o no el uso del precedente en un caso ya similar a uno ya fallado. Sin perjuicio de lo anterior reitera lo mencionado en una sentencia ya analizada sobre la importancia de la disciplina judicial, como el único mecanismo para proveer seguridad jurídica y lo define como “el deber de los jueces de armonizar sus decisiones respetando una mínima racionalidad fundada en el acatamiento de sus decisiones previas” (Corte Constitucional, T-292 de 2006). Este deber de atender los precedentes, resulta consustancial al ejercicio armónico de la función judicial, no sólo en atención a las decisiones propias y de los superiores, sino en armonía con los alcances mismos de la Constitución³⁶.

En el año 2008, es demandado y posteriormente estudiado el artículo 413 del Código Penal, que consagra el prevaricato por acción, en la sentencia C-335 de 2008. En esta oportunidad la Corte aclaró que en algunos casos se incurre en este delito por desconocer la jurisprudencia sentada por una alta corte, puntualmente la de la Corte Suprema de Justicia, la cual constituye una fuente autónoma. Reiterando jurisprudencia anterior en la que se indica que la palabra “Ley” no es únicamente la expedida por el Congreso de la República, sino el ordenamiento

³⁶ Aspecto desarrollado por la Corte Constitucional en sentencias previas como C-037 de 1996, T-175 de 1997, SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-009 de 2000 y T-068 de 2000.

jurídico como una unidad, que comprende la Constitución, la ley en sentido formal, las normas que integran el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia. Lo anterior en el entendido que la jurisprudencia tiene un carácter vinculante que permite: “(i) una mayor coherencia del sistema jurídico, (ii) garantiza el derecho a la igualdad de trato y (iii) contribuye a la seguridad jurídica”, por lo que “al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general” (Corte Constitucional. C–335 de 2008). De esta manera, “los avances de esta providencia explicita los destinatarios del delito de prevaricato por acción³⁷, que involucra la conducta de todos los servidores públicos, incluyendo los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas” (Quinche Ramírez, 2014, pág. 77).

Es importante señalar que en el estudio de constitucionalidad se profundiza en la posibilidad de interponer la acción de tutela “cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal)” (Corte Constitucional. C–335 de 2008).

Algunos de las sentencias más actuales sobre el tema del precedente en el derecho colombiano se dictaron con ocasión del análisis de normas relacionadas con la administración pública y la jurisdicción contenciosa administrativa.

³⁷ Desde allí la Corte precisó que se configura el delito de prevaricato por acción, por violación de la jurisprudencia, bajo cuatro modalidades:

- a) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta aplicando una norma que ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional.
- b) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta contrariando la interpretación contenida en una sentencia de exequibilidad condicionada, por considerar que en ese tipo de fallos son vinculantes tanto el decisorio como la ratio decidendi.
- c) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta violando o apartándose “de la jurisprudencia sentada por las altas cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción”, como acontece cuando la disposición constitucional es idéntica a la norma derivada de ella. En estos casos se configura el prevaricato “no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente”.
- d) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta con manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante, como acontece cuando se dejan de aplicar las reglas vertidas en los fallos de reiteración de jurisprudencia o en las sentencias de unificación jurisprudencial.

La primera que se estudiará es la sentencia C-539 de 2011 en esta oportunidad se demanda el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 “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”. El actor consideraba que el artículo 114 vulneraba “los artículos 2º, 4º, 13, 83, 209, 230 y 241 de la Carta Política, así como los principios de economía, celeridad y eficiencia de la Administración Pública, por cuanto (i) reducen el ámbito de aplicación del precedente jurisprudencial a tan solo 6 materias; (ii) reduce la jurisprudencia a la de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, excluyendo la jurisprudencia constitucional que fija el alcance de los derechos fundamentales; y (iii) fija una tasa legal de cinco (5) o más pronunciamientos para que se reconozca y aplique el precedente jurisprudencial” (Corte Constitucional, C-539 de 2011). La Corte al hacer el análisis reitera su jurisprudencia en relación con la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y la ley, y por tanto la obligación de las mismas de acatar el precedente judicial.

Esta sentencia hace obligatorio el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades al definirlo como parte del debido proceso, en razón que las decisiones administrativas deben fundamentarse de manera objetiva y razonable, y si se contraría el precedente se vulnera la garantía al debido proceso. En el mismo sentido, la Corte afirma que el precedente judicial es parte del principio de legalidad en materia administrativa, en el que se aplica el principio de igualdad de todos ante la ley. Entonces la interpretación de las altas Cortes, tanto de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional fijan el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, y “sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante”³⁸, por lo tanto el desconocimiento del mismo, implica la

³⁸ La Corte Constitucional hace mención al término “derecho viviente”: “Esta Corporación ha establecido que, en materia de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico colombiano, es necesario atender a la

afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria de los servidores públicos.

Posteriormente, se demandan algunos artículos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que da lugar a la expedición de las sentencias C-634 de 2011, C-816 de 2011 y la C-588 de 2012, muy importantes para comprender la existencia del precedente judicial en el derecho colombiano.

La Corte declara exequible el artículo 10³⁹ de la Ley 1437 de 2011, en la sentencia C-634 de 2011, bajo el entendido que “las autoridades tendrán en cuenta junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”. A su vez, aprovecha la oportunidad para reiterar lo mencionado en la sentencia C-539 de 2011: “El respeto por el precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en: (a) el respeto al debido proceso y del principio de legalidad; (b) el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la Ley es fijado válida y legítimamente por las Cortes cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben motivarse

teoría del derecho viviente, la cual comporta un reconocimiento de que el ámbito de aplicación de éstas no sólo se determina por su tenor literal sino por el uso que de ellas han realizado los operadores jurídicos y el entendimiento que de las mismas tienen la jurisprudencia y la doctrina. En efecto, esta Corte ha precisado que el juez constitucional, cuando -en sede de tutela o de constitucionalidad- tiene que fijar el alcance de una norma, debe atender a la forma como ha sido aplicada en la realidad, de manera que se tenga en consideración el contexto en que fue creada y aquél en que ha tenido aplicación, existiendo, entonces, una sujeción del juez constitucional a la interpretación dominante que ha sido consolidada por parte de la jurisprudencia y la doctrina autorizada, no obstante lo cual conserva la autonomía de separarse de ella cuando quiera que la encuentre contraria a la Constitución.”(Sentencia T-248/08 M.P: Rodrigo Escobar Gil, 6 de marzo de 2008). Ver: (Marquéz Vásquez)

³⁹Artículo 10. “Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

de manera objetiva y razonable; (d) el desconocimiento del precedente implica la responsabilidad de los servidores públicos (e) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley”.

Posteriormente en Sentencia C-816 de 2011 se estudia el artículo 102⁴⁰ de la Ley 1437 de 2011, el cual fue declarado exequible bajo el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Para lo cual reitera el carácter vinculante de sus sentencias sobre todo cuando al análisis se integran normas constitucionales o derechos fundamentales.

El estudio del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, dio lugar que la Corte estudiara el tema de las sentencias de unificación jurisprudencial como garantía a la igualdad de trato entre las personas, buena fe y seguridad jurídica. Es por esta razón que “las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia” (Corte Constitucional, C-816 de 2011). Por lo tanto la Corte afirma que la extensión administrativa de las sentencias de unificación como la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar los mencionados mandatos constitucionales.

En el año 2012, la Corte Constitucional expide la sentencia C-588, en la que se estudia de nuevo el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, y los artículos 269 y 270 de la misma ley. Específicamente se demanda que el mecanismo de extensión sólo se pueda invocar con las

⁴⁰ “Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”.

sentencias de unificación del Consejo de Estado y las causales en que se puede basar la administración para la negación a un peticionario del reconocimiento de un derecho, mediante la extensión de una sentencia de unificación. Todas las expresiones se declaran constitucionales y se reitera lo expresado en las tres sentencias anteriormente estudiadas en lo relacionado con la obligación que tienen los jueces de observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten normas aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. A su vez reitera la libertad de configuración del legislador para crear mecanismos propios de la Jurisdicción contenciosa administrativa, al igual que darle valor vinculante y obligatorio a las sentencias de unificación jurisprudencial expedidas por el Consejo de Estado, haciendo la salvedad de la posibilidad de apartarse de los precedentes, mediante una carga argumentativa fuerte y razonada, reconociendo la tensión que existe entre la autonomía judicial y la seguridad jurídica. El estudio del mecanismo de extensión de jurisprudencia unificada del Consejo de Estado se realizará a profundidad en el último capítulo.

Una de las sentencias más actuales sobre la consolidación del precedente judicial en Colombia es la C – 461 de 2013, en la cual se estudia el artículo 17⁴¹ del Código Civil por ser contraria a la técnica del precedente desarrollado por la Corte Constitucional a través de los conceptos de doctrina probable y doctrina constitucional. La norma se declara Constitucional bajo el entendido que en la actualidad existen algunas sentencias con efectos erga omnes y que la norma estudiada no impide la aplicación de los precedentes judiciales.

Para lo cual se identificó con claridad la parte resolutive y motiva de las sentencias, y “determinó que la norma demandada se referirían a la parte resolutive de sus sentencias, que es la que en realidad contiene el mandato o manifestación de la voluntad que emiten aquéllos, y no a su parte motiva, que pese a no tener esa importante connotación, es la relevante en el caso de las altas cortes en cuanto fuente de precedentes de obligatorio cumplimiento para los

⁴¹Artículo 17: Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.”

particulares, las autoridades, y sobre todo los jueces que resuelven futuros casos semejantes”. En las consideraciones de la sentencia se hace mención a la línea jurisprudencial sobre la existencia del precedente judicial, y la obligatoriedad de su acatamiento, línea compuesta por la mayoría de las sentencias estudiadas previamente.

Una vez concluido el estudio de los tres periodos es importante hacer unas precisiones que permitirán avanzar en la solución del problema de investigación planteado.

En Colombia antes de 1991, las sentencias judiciales eran manifestaciones aisladas de un poder judicial que resolvía problemas concretos entre individuos con menor importancia social frente a los grandes poderes del ejecutivo y el legislativo. Lo cual parece equilibrarse con la expedición de la Constitución actual y el protagonismo de la Corte Constitucional y de los jueces en general, en la protección de los derechos de las personas y la realización del estado social de derecho, como lo afirma Diego Eduardo López “esta Corte tiene una amplia jurisprudencia en donde ha resaltado la importancia, el papel y el grado de vinculatoriedad que le corresponde a la jurisprudencia de las Altas Cortes y a la jurisprudencia constitucional, en el marco del paradigma constitucional de la Constitución de 1991, que fijó un Estado Social y Democrático de Derecho, determinó un catálogo de principios y de derechos fundamentales como eje vertebral y núcleo esencial de la Constitución, determinó la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, y la prevalencia del derecho sustancial” (López Medina, 2006, pág. 108) .

El análisis de las sentencias de la Corte Constitucional permite identificar los esfuerzos que se han realizado para fortalecer la idea que exista precedente judicial en Colombia. Como se mencionó en la primera parte del capítulo, en el derecho colombiano la palabra precedente y jurisprudencia con fuerza vinculante se han utilizado como sinónimos sin embargo vale la pena reiterar que el concepto de precedente que se acoge en el presente trabajo es “el precedente, entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto

aplicable a casos sustancialmente similares” (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 10), el cual coincide con el de la Corte Constitucional “De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes” (Corte Constitucional, T- 292 de 2006).

No existe un fundamento constitucional que sostenga que la existencia del precedente judicial es contrario a la naturaleza de nuestra tradición Romano Germánica (López Medina, 2006, págs. 108 - 110), lo que ha causado en nuestro ordenamiento una redefinición de las fuentes del derecho, en razón que el mismo se reconoce como fuente formal del derecho. “En esta dirección el precedente judicial en el Derecho colombiano pasa de ser una simple creación jurisprudencial, a convertirse de manera expresa en una institución de reconocimiento legal, con contenido propio y naturaleza diferente a las simples y tradicionales construcciones jurisprudenciales” (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 47)

La existencia del precedente judicial en Colombia no se limitó únicamente al derecho constitucional, sino permeó a la totalidad de la rama judicial. Es por esto que las decisiones judiciales de las Altas Cortes⁴², reconocidas como órganos de cierre de su jurisdicción, tienen fuerza vinculante y se consideran como precedente judicial si dentro del texto se define con claridad una norma de interpretación que sirva de pauta para casos similares posteriores. “La interpretación de los tribunales judiciales de cierre marcan pautas de respuesta correcta a los problemas sometidos a la consideración del funcionario de instancia” (López Medina, 2006, pág. 97 y ss). El precedente es, una figura autónoma con contenido y caracterización propia, derivada del reconocimiento constitucional de la independencia y autonomía de los jueces determinante de una vinculación jerárquica formal (Diéz Sastre, 2008).

⁴²Se reconoce expresamente en la sentencia Corte Constitucional, C- 836 de 2001.

Teniendo claro lo expuesto, es pertinente señalar las ventajas de la existencia del precedente judicial, según lo expresado por la Corte Constitucional en las sentencias estudiadas⁴³ y la doctrina⁴⁴ que está a favor de su existencia, precisando de esta manera los argumentos acerca de la obligación que tienen jueces y magistrados de seguir su propio precedente (precedente horizontal), como de seguir el precedente fijado por los órganos de cierre y la Corte Constitucional (precedente vertical).

1. Garantiza mayor seguridad jurídica, coherencia, confianza del y en el sistema jurídico:

Una de las funciones otorgadas a los jueces es interpretar las normas y aplicarlas a los casos concretos resolviendo los problemas de las personas. Sin embargo cuando las interpretaciones de las normas son diversas, las Altas Cortes son las llamadas a través de su jurisprudencia a ordenar y unificar las interpretaciones, garantizando de esta manera uniformidad y evitar contradicciones dentro del ordenamiento jurídico.

Las normas deben tener un significado estable, por lo cual “las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles⁴⁵” (Corte Constitucional, SU 047 de 1999), esto quiere decir que siempre se busca estar frente a un sistema donde las decisiones y el sistema judicial es consistente, coherente y predecible, para saber en qué posición está el ciudadano, para identificar las normas y la interpretación que le es aplicable a su caso, exigiendo allí la uniformidad. “La estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de

⁴³ Los argumentos que aquí se presentan fueron extraídos de los siguiente fallos: Sentencia T-1023 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez caballero; Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-970 de 2012, M.P. Alexei Egor Julio Estrada.

⁴⁴ Se puede consultar Manuel Fernando Quinche Ramírez, El precedente judicial y sus reglas (Quinche Ramírez, 2014) . Carlos Bernal pulido, La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano (Bernal Pulido, 2003).

⁴⁵ Previsibilidad: “Para que haya previsibilidad, igualmente, son necesarias algunas condiciones. Si es cierto que no hay cómo prever una consecuencia si no hubiera acuerdo acerca de la calidad de la situación en que se inserta la acción capaz de producirla, también es incontestable que esta depende, para generar previsibilidad, de la posibilidad de que su comprensión en términos jurídicos y de confiabilidad en aquellos que detienen el poder para afirmarla”. (Marinon, 2012)

las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos, al ser un presupuesto de la seguridad jurídica y del respeto del principio de la confianza legítima” (Bernal Pulido, 2003, pág. 19) del ciudadano hacia el estado.

De igual manera, si cada juez tuviera el poder discrecional de interpretar la ley a su acomodo se derrumbaría el principio de que la ley es general y que se trata de una regla igual y válida para todos los asociados (Monroy Cabra, 2010, pág. 244). Entonces, lo coherente es que si un caso se resolvió de una manera particular de acuerdo con el derecho, hoy debe ser obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar, sin olvidar que los jueces pueden apartarse del precedente si justifican debidamente ese alejamiento. Cuando la Corte analizó el poder vinculante de la ratio decidendi, también dijo que “el servidor público, pueda ser procesado penalmente por el desobedecimiento del precedente, éste puede verse investigado disciplinariamente, bajo el entendido que con desobedecimiento de la jurisprudencia está desconociendo la constitución y la ley” (Corte Constitucional, SU 047 de 1999)

2. Garantiza el derecho a la igualdad

El principio y derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política específicamente en el artículo 13, supone dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades (Corte Constitucional, C- 836 de 2001).

Estas dos garantías se predicen conjuntamente de la actividad judicial, en razón que son los jueces los que interpretan la ley y como consecuencia de esta interpretación, atribuyen determinadas efectos jurídicos para las personas que están involucradas en el litigio. Por lo tanto, es importante que exista el precedente judicial porque es deseable que las consecuencias jurídicas que se hayan dispuesto para la solución de determinado conflicto, sean las mismas para casos similares llevando a la práctica la igualdad de trato, dispuesta en la Constitución como “iguales entre iguales”, tratando del mismo modo, con las mismas

soluciones, a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros.

La existencia del precedente judicial, garantiza otros principios y derechos como el principio de universalidad, pues el contenido del precedente se extiende a todos los ciudadanos sin distinción ni discriminación, aplicando las características de las normas jurídicas general, abstracta e impersonal, también predicables del mismo. La igualdad en la interpretación y aplicación, garantiza el debido proceso, acompañado del valor de la justicia, pilar fundamental del Estado Social de Derecho, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.

Con la existencia del precedente judicial se realizan los principios y valores mencionados, y con ello la aplicación directa de la carta política, uno de los grandes avances de la actual Constitución, sin necesidad de normas que la desarrollen, propendiendo de esta manera por la supremacía constitucional mencionada unas páginas atrás.

3. Constituye un mecanismo de control de la actividad judicial.

El trabajo de los jueces de la República, está investido de una autonomía que presenta problemas para ser contralada, más aún cuando están cobrando fuerza algunas tesis, sobre el exceso de libertad interpretativa de los jueces, convirtiéndose en verdaderos legisladores, el derecho de los jueces. Por este motivo, la existencia del precedente se presenta como una ventaja para controlar la actividad judicial, en razón que los jueces de inferior jerarquía deben resolver de acuerdo a esos parámetros de interpretación que ha marcado el precedente y ya no lo que a su parecer quiere decir la norma.

De igual manera, se les impone a los jueces la obligación de actuar con racionalidad y universalidad, en razón que deben decidir el problema que se les está planteado de una manera que estaría dispuesto a aceptar en otro caso que pueda ser similar.

Por otro lado, al interior de la rama judicial hay una organización administrativa jerarquizada, para promover los derechos y garantías de las personas y en particular, el principio de la doble instancia consagrado en tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, la existencia del precedente judicial se constituye también como un control de la propia administración de justicia, en razón que los jueces administrativos muchas veces asumen competencias para revisar los fallos, y al encontrar que sean contrarios al precedente los pueden revocar y dictar la sentencia conforme al precedente ignorado.

Por esto la obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía judicial consagrada en el artículo 228 de la Constitución Política, lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se ha señalado en algunos apartes de esta investigación. Sin embargo este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas⁴⁶, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente artículo 6 de la Constitución, y bajo el entendido que las reglas judiciales lo son, están obligadas a acatarlo sin lugar a dudas. De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto” (Corte Constitucional, T-439 de 2000). Así las cosas, “resulta absolutamente claro que a las autoridades administrativas les es aplicable sanciones penales, disciplinaria y jurisdicciones cuando no apliquen sin justificación el precedente judicial” (Gutiérrez Torres, 2014, pág. 53), por esto la exigencia a la función pública es mayor respecto a los jueces al no dejar margen de discrecionalidad.

La existencia del precedente, permite armonizar la independencia judicial, con el derecho a la igualdad⁴⁷, y ejercer un control sobre la autonomía judicial limitada por criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, al imponer una fuerte carga argumentativa

⁴⁶ También se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2069 de 16 de febrero de 2012 del, C.P. Dr. William Zambrano Cetina, al estudiar al artículo 115 de la Ley 1395 de 2010 estableció que: “la fuerza que esta norma le asigna al precedente implica que en los temas enunciados en ella, las entidades públicas deberán observar obligatoriamente los fallos reiterados por cada jurisdicción.”

⁴⁷ Consultar algunas sentencias como C - 355 de 2008, M.P: Humberto Sierra Porto, y T- 571 de 2007, M.P: Jaime Córdoba Triviño.

cumpliendo con las reglas de la argumentación cuando los jueces pretendan apartarse del precedente.

Además de las ventajas señaladas por la existencia del precedente judicial, es pertinente señalar algunas consecuencias que existen para los jueces (Quinche Ramírez, 2014) y la administración pública por el desconocimiento del precedente judicial:

1. La violación de derechos fundamentales, principalmente, al debido proceso e igualdad de trato jurídico.

Los ciudadanos esperan que las decisiones que toman los servidores públicos, entendiendo jueces, servidores públicos y particulares con funciones públicas sigan una misma línea de interpretación y coherencia, interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por las decisiones previas, por lo que tomar decisiones contrarias en casos similares, atenta contra el derecho a la igualdad y la confianza que tienen los ciudadanos en las instituciones al mostrar inestabilidad.

2. En algunos casos, puede implicar la configuración del delito de prevaricato por acción.

Los jueces como servidores públicos, que ejercen la función pública de administrar justicia, pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción, “por emitir una providencia, resolución, dictamen o concepto, manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general” (Corte Constitucional, C- 335 de 2008). Al comprender que el precedente judicial es fuente autónoma de derecho, ubicado en el mismo rango de la ley, apartarse de este es una infracción directa de preceptos constitucionales o legales, por esto su desconocimiento acarrea esta consecuencia, lo que también es aplicable a los funcionarios de la administración.

3. Se puede interponer acción de tutela

Para garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, la jurisprudencia ha reconocido que el desconocimiento del precedente judicial es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. (Corte Constitucional, C-590 de 2005). Frente a las decisiones tomadas por funcionarios públicos, las mismas también son susceptibles de ser demandadas mediante acción de tutela, si se considera que con la decisión se vulneran derechos fundamentales.

4. Investigaciones disciplinarias

La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha sancionado a diversos jueces⁴⁸ de la república por atentar contra el precedente judicial, es decir, el desconocimiento de las decisiones de las altas cortes como órganos de cierre de sus jurisdicciones en asuntos de su competencia. Se observa como la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha adoptado el concepto de precedente jurisprudencial y la obligatoriedad del mismo cuando sentencias proferidas por los órganos de cierre han sido reiteradas al menos en tres oportunidades (Motta Navas, Suelst Cock, & Corrales Sánchez, 2012, págs. 80 - 82).

Las consecuencias mencionadas no solo reconocen el precedente judicial como una fuente formal de derecho, sino que favorecen la aplicación del mismo. Sin embargo es importante mencionar tres inconvenientes que se deben resolver para hacer una aplicación más efectiva del mismo.

1. El igual valor que se le ha otorgado a la jurisprudencia de las tres Altas Cortes. A pesar de los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional, por tratar de imponer su jurisprudencia sobre la de la Corte Suprema y la del Consejo de Estado, argumentando ser la legítima intérprete de la Constitución como norma de normas. Dentro de la propia

⁴⁸ Al respecto algunas sentencias del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria: 20070027901 de 2011 y 20070004201 de 2010 Magistrada Ponente: María Mercedes López Mora. Así también las sentencias números 20050013401 y 20050015001 Magistrado Ponente: José Ovidios Claros.

Constitución se les reconoce la misma posición jerárquica al ser cabezas u órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria (Art. 234 y 235) a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado de la jurisdicción contencioso administrativa (Art. 236 a 238). El problema radica en que pueden existir intersecciones en los ámbitos de sus competencias, y la Constitución no prevé qué jurisprudencia es aquella que está llamada a prevalecer sobre las demás y a adquirir el carácter y la fuerza vinculante de precedente. Este problema se ha tratado de resolver con la decisión de las acciones de tutela contra providencias judiciales, sin embargo ese no es un tema pacífico entre la doctrina y las Cortes.

2. Lo restringido que resulta acudir a la casación y al recurso de súplica, como mecanismos para controlar la falta de sometimiento de los jueces de instancia a la jurisprudencia y la falta de un mecanismo alternativo que garantice su acatamiento. Este inconveniente se ha tratado de resolver con investigaciones penales como el prevaricato por acción y disciplinarias. A su vez con interposición de la acción de tutela lo cual es una vía de control restringida y controvertida.

3. Desconocimiento del precedente judicial. Ante la inexistencia de una relatoría organizada, completa y de fácil búsqueda, es difícil para los jueces tener presente toda la jurisprudencia que pueda ser similar al tema que está resolviendo. Por lo tanto se propone que las Altas Cortes, adopten un sistema exhaustivo de compilaciones de sus sentencias, mediante el cual se divulguen sus sentencias y sus precedentes, como el que existe para la Corte Constitucional, que sea de fácil acceso y consulta para los jueces, y ciudadanos en general.

Conclusiones

Este primer capítulo, deja una innegable conclusión apoyada en doctrina y en la línea jurisprudencial en sede constitucional, que otorga valor vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes de la República, como fuente formal del derecho colombiano al amparo del artículo 230 de la Constitución.

Es clara la tensión que existe entre la búsqueda de la seguridad jurídica, que conlleva a unos jueces respetuosos de los precedentes y la autonomía del juez en la resolución de los casos, que implica actualizar las normas a través de sus providencias para realizar la justicia material.

Al comprender que el precedente judicial es fuente del derecho, el juez se convierte en creador del derecho y con esto garante de la democracia y de la realización del estado social de derecho. Sin embargo, es importante poner especial atención al poder de los jueces como productores de derecho y tratar de imponer unos límites a esa capacidad interpretativa para no desbordar los límites de la justicia y de la ley, lo cual aparentemente está ocurriendo en la actualidad. Para lo cual se propone un control responsable dentro de la propia rama judicial donde se muestren, condiciones y reglas de razonamiento jurídico para tener en cuenta en los procesos judiciales, de forma que las decisiones que se tomen estén acordes con la teoría de la justicia y no con el juego de los intereses personales de los jueces, para lo cual valdría la pena profundizar en ese tema en una investigación posterior.

La interpretación de los tribunales judiciales de cierre, deben marcar pautas de respuesta correcta a los problemas sometidos a la consideración del funcionario de instancia para que en ellas apoye sus decisiones y debe permitir a los jueces hacer intervenciones con impacto sobre instituciones jurídicas o políticas públicas, que lleven a la práctica el estado social de derecho.

Se está frente a un escenario claro de reorganización del sistema de fuentes colombiano, por lo cual vale la pena esperar que exista mayor claridad normativa y práctica de su jerarquía para pensar en la modificación del artículo 230 de la Constitución, en el sentido de establecer desde la Carta Política que la jurisprudencia de las altas Cortes es vinculante.

II CAPITULO: EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Introducción:

En este segundo capítulo se analizará cómo el contexto general, estudiando en el primer capítulo, ha impactado en el Consejo de Estado y en la justicia contenciosa administrativa. Para lo cual se empleará la misma estructura que en el primer capítulo pero ahora enfocado únicamente al derecho administrativo. En este sentido se estudiarán las fuentes tradicionales del derecho administrativo y el papel relegado de la jurisprudencia. El desarrollo normativo y jurisprudencial del precedente haciendo especial énfasis en la Ley 1437 de 2011, al comprender que la norma incluye mecanismo para hacer una materialización del precedente judicial en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia y el análisis de la figura de las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de jurisprudencia a terceros.

2.1 Las fuentes del derecho administrativo

El derecho administrativo no podría ser ajeno a los cambios mencionados en el primer capítulo como son la constitucionalización, la globalización e internacionalización del derecho. En este sentido, “dadas las peculiaridades propias que reviste el Derecho Administrativo, como rama en permanente formación, cuyo ordenamiento no cristaliza definitivamente por las continuas transformaciones de la realidad que debe regular, el análisis de las fuentes del derecho exige una consideración particular de parte de la doctrina” (Cassagne, 2009, pág. 149). Por lo cual, resulta importante revisar tradicionalmente cuáles han sido las fuentes del derecho administrativo y su jerarquía y si en la actualidad se mantienen vigentes.

2.1.1 El tradicional sistema de fuentes del derecho administrativo

Para comenzar vale la pena retomar que el derecho administrativo es una rama del derecho colombiano el cual funda su práctica en la tradición jurídica continental. El sistema

continental se caracteriza por ser el primero en crear un derecho administrativo: “como un área de derecho positivo específico, regulador de la actividad, de los sujetos y las finalidades de la administración pública” (Santofimio Gamboa , 1996, pág. 253) y algunas de sus características son:

- Existencia de una administración pública sujeta a una legalidad especial
- Existencia de una legalidad especial y concreta con principios rectores de la actividad administrativa.
- Supremacía de la administración en sus relaciones jurídicas mediante el reconocimiento de poderes exorbitantes
- Existencia de un control de legalidad realizada por una jurisdicción especial
- Existencia de un régimen de responsabilidad, diverso del establecido para los particulares.

En este sentido, varios autores⁴⁹ consideran que las experiencias francesas y españolas, enmarcadas en la tradición jurídica continental fueron las que directamente influenciaron la formación del derecho administrativo colombiano. En este sentido las fuentes del derecho administrativo obedecen a la tradición jurídica estudiada en el primer capítulo, por lo que no debe perderse de vista que las fuentes del derecho administrativo son las mismas fuentes generales del Derecho. Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que el sistema de fuentes del derecho administrativo se fundamenta en el principio de legalidad, “lo que implica que toda la actuación de la administración es susceptible de analizarse jurídicamente, pues está sometida al derecho y al control judicial, situación que es precisamente la que permite que funcione dicho principio” (Serna Mesa, 2010).

⁴⁹ Consultar: Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de derecho Administrativo (Santofimio Gamboa , 1996) , Chinchilla María, Carmen, Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo (Chinchilla Marín, 1992) y Malagón Pinzón, Miguel. La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés: La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. (Malagón Pinzón, 2005)

Es por esto que tradicionalmente las fuentes del derecho administrativo, siguiendo a Librado Rodríguez (2008) y a Aleksey Herrera (2012) se han considerado las siguientes: la ley y los actos administrativos (los reglamentos), y excepcionalmente la doctrina, la jurisprudencia, y los principios generales del derecho.

La ley es la fuente principal, teniendo en cuenta el carácter reglado del derecho administrativo. Sin embargo el concepto de la ley es comprendido en un sentido amplio, para indicar normas jurídicas, tal como se señaló el primer capítulo. Se comprende que la Constitución se considera dentro del concepto de ley, y se ubica en la parte superior de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, por lo que tiene prevalencia sobre las demás normas, “al ser definida como el conjunto de normas fundamentales que se encargan de establecer los derechos y libertades pública y la estructura del estado” (Herrera Robles, 2012, pág. 37) de este modo “todas las secciones del derecho administrativo arrancan del estudio de los principios y normas que la Constitución trae sobre el aparato administrativo y su marcha, o las actividades de los particulares en relación con ella, o sobre los comportamientos de otras ramas del Estado que caen dentro de su temática” (Vidal Perdomo, 2004, pág. 16), de esta manera la constitución se convierte en una norma efectiva que permea todo el derecho administrativo. Entonces es posible entender que aunque la fuente principal del derecho administrativo es la ley, no puede por ello “escapar al hecho que existe un estatuto superior compuesto por un grupo de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el bloque de constitucionalidad y que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden jurídico interno”. (Serna Mesa, 2010)

Continuando con el estudio del concepto de ley como fuente del derecho administrativo, es importante aclarar que no solamente es la ley comprendida como los actos que expide el Congreso de la República sino que también son los decretos expedidos por el presidente que tienen fuerza material de ley, entendiendo los decretos ley o extraordinarios y los decretos legislativos. Por medio de los decretos ley o extraordinarios, el Presidente de la República obtiene la posibilidad de ejercer la función legislativa, puesto que es habilitado para dicho ejercicio por voluntad del Congreso, con base en el artículo 150 numeral 10 de la

Constitución Política. “Según la Corte Constitucional el ejercicio de las facultades extraordinarias se compone de dos elementos: un contenido material, preciso claro e inequívoco y otro temporal que corresponde a que no puede exceder de 6 meses” (Corte Constitucional, C- 510 de 1992). Por medio de los decretos legislativos son aquellos expedidos por el presidente cuando acude a las medidas excepcionales de política o estados de excepción en los casos de guerra exterior, conmoción interior y estado de emergencia, “estos decretos pueden abordar las materias de la legislación ordinaria relacionadas con el tipo de estado de excepción en que procedan” (Santofimio Gamboa , 1996, pág. 446)

Siguiendo con el estudio de las fuentes del derecho administrativo se encuentran los actos administrativos. Los actos administrativos pueden ser de contenido general o particular, sin embargo sólo los actos administrativos de carácter general son considerados fuente objetiva de derecho, y generalmente son reglamentarios. Los reglamentos son “declaraciones unilaterales realizadas en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa” (Gordillo, 1998, pág. 32) y son de grado inferior a la Ley. La Constitución de 1991 establece un sistema difuso de creación de reglamentos, en razón que no es una potestad exclusiva del presidente, sino que otros órganos dependiendo de su competencia los expiden. El reglamento es el principal instrumento mediante el cual se manifiesta y se confirma el papel preponderante de la función administrativa del estado en el proceso de la realización del estado social de derecho.

Teniendo claro lo anterior, se pasará al estudio de otras fuentes del derecho administrativo o como menciona Santofimio Gamboa al análisis de los “elementos coadyuvantes o de colaboración del sistema normativo” (1996), es decir los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la costumbre y otros autores mencionan la doctrina. “La jurisprudencia y la doctrina, no son fuente normativas sino intelectuales, es decir, que no son producto del poder del Estado sino de la interpretación que se hacen de las mismas en las decisiones judiciales, libros y escritos”. (Vidal Perdomo, 2004, pág. 17). En atención al propósito del presente trabajo, se profundizará únicamente en la jurisprudencia.

Atendiendo a lo consagrado por el artículo 230 de la Constitución Política, y que ya se estudió en el primer capítulo, la jurisprudencia está clasificada como un criterio auxiliar de la actividad judicial. En Colombia ha existido una preocupación constante por plasmar en la ley los criterios para hacer la actividad del estado y los particulares, por eso tradicionalmente se ha clasificado nuestro derecho como un derecho legislado, dando un espacio muy pequeño casi mínimo a la interpretación de los jueces y a la jurisprudencia.

En el derecho francés, “la tarea del Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos ha sido fundamental en la formación del derecho administrativo, sea adaptando las construcciones doctrinarias o tomando la iniciativa para la elaboración de las categorías para la solución de litigios” (Vidal Perdomo, 2004, pág. 33), al respecto puede decirse que el derecho administrativo francés es en buena parte creación jurisprudencial. Para algunos autores esto mismo ocurrió en Colombia, pese al papel auxiliar que se le reconoce a la jurisprudencia, la realidad del derecho administrativo colombiano es que “sus instituciones han sido el producto de la interpretación y de la adaptación doctrinal que por vía de jurisprudencia ha hecho el Consejo de estado” (Santofimio Gamboa , 1996, pág. 457). Es por esto que a pesar que el origen del derecho administrativo es reglado, de manera que a través del Congreso se han venido desarrollando sus distintas reglas, debido a la especialidad de sus contenidos y conflictos la jurisprudencia ha sido vital en el desarrollo de muchas de sus instituciones.

2.1.2 Desarrollo normativo y jurisprudencial del Consejo de Estado sobre unificación jurisprudencial y precedente.

Comprendido el panorama de las fuentes tradicionales del derecho administrativo, y con la finalidad de profundizar en la existencia del precedente judicial en la justicia contencioso administrativa es importante hacer referencia a las normas que lo han desarrollado y retomar algunos pronunciamientos del Consejo de Estado al respecto como cuerpo consultivo del Gobierno, y órgano supremo de lo Contencioso Administrativo.

El Consejo de Estado, desde su restablecimiento⁵⁰ en 1914, siguió la línea de reconocer la existencia de la jurisprudencia, pero como fuente auxiliar, fundamentado en el artículo 1 de la Ley 153 de 1887, en los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4 de la Ley 169 de 1889 que subrogó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, normas estudiadas en el primer capítulo del presente trabajo.

En este sentido, en sentencia de 1915, el Consejo de Estado afirma que es importante que exista la doctrina probable como uno de los papeles más importantes de la Corte Suprema de Justicia, dando a los jueces la posibilidad de aplicarla en casos análogos, (Consejo de Estado, Exp. N°532, octubre 11 de 1915) dejando claridad que no es obligatoria su aplicación.

Es importante considerar otras normas que abordaron el tema de la jurisprudencia, es el caso del Decreto – Ley 528 de 1964 por el cual se dictan normas sobre organización judicial, que en su artículo 24 consagra: “Las cuatro Salas o secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo el asunto”. En el artículo se evidencia la posibilidad que sólo la Sala Plena del Consejo de Estado se debe reunir para modificar la Jurisprudencia, dado el caso que las distintas secciones tengan pensamientos distintos sobre casos análogos, en otras palabras se creó la posibilidad de unificar la jurisprudencia proveniente de las secciones.

En desarrollo de lo anterior, el Acuerdo 2 de 1971, que consagró el Reglamento Interno del Consejo de Estado, se consagró: “Para los efectos del Artículo 24 del Decreto-Ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia

⁵⁰ Desde 1821, existe el Consejo de Estado como órgano asesor del Gobierno Nacional. Posteriormente pasó a ser de la Rama ejecutiva. En la reforma constitucional de 1905, se suprime el Consejo de Estado, al igual que la Vicepresidencia de la República. Hasta Reforma constitucional de 1914, se restablece el Consejo de Estado, para ampliar la información consultar: La historia de la rama judicial en Colombia de Andrés De Zubiría Samper (De Zubiría, 2012).

corresponde hacerlo a la Sala Plena Contenciosa, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto. La manifestación expresa de un consejero dentro de la respectiva Sección es suficiente para que el asunto sea llevado a la Sala”⁵¹. De esta manera, se reconoce la existencia de la Jurisprudencia y se establece un procedimiento para su cambio. Sin embargo el mismo Consejo de Estado reconoció que este procedimiento nunca se aplicó “El legislador, por medio del Decreto – Ley 528 de 1964, en su artículo 24, creó la necesidad procesal de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado proveniente de las diferentes Secciones o Salas. Este procedimiento, que se sepa, jamás tuvo operancia, a pesar de que esta Corporación, en ejercicio de la atribución constitucional prevista en el artículo 141 - 4, expidió el Acuerdo N° 2 de 1971, complementado por el Acuerdo N° 1 de 1978, por medio de los cuales adoptó su propio reglamento en cuyo artículo 13 definió qué se entiende por jurisprudencia” (Consejo de Estado. Exp. N° 5494, 19 de septiembre de 1991).

Lo anterior parece confirmarse con la creación de los distintos recursos extraordinarios, los cuales aparentemente no han servido para alcanzar ese fin deseado de unificar la jurisprudencia, “por el contrario cuando han existido se han desnaturalizado hasta el punto de convertirse en una tercera instancia y en un elemento más promotor de la congestión judicial y del alargamiento excesivo de los procesos” (Chahín Lizcano, 2011).

El recurso extraordinario de súplica⁵² fue creado en la Ley 11 de 1975, con el que se buscó un medio para unificar la jurisprudencia de las distintas secciones del Consejo de Estado. Frente a este recurso extraordinario aclara el Consejo de Estado “en otros términos, siempre que se cambie la jurisprudencia por una de las Salas sin intervención de la Plena, procederá el recurso de súplica, con una doble finalidad: para asegurar, por un lado, el mantenimiento

⁵¹ Artículo 13. Acuerdo 2 de 1971. Reglamento Interno del Consejo de Estado.

⁵² “Artículo 2o. -Ley derogada por el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 1 de 1984.- Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la Sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia. En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo”.

de la uniformidad jurisprudencial; y por el otro, para el restablecimiento del interés procesal de la parte”. (Consejo de Estado, Exp. N°246, 19 de abril de 1977).

Con la entrada en vigencia del Código Contencioso Administrativo Decreto Ley 01 de 1984 se establecieron dos recursos extraordinarios el de revisión y anulación, cuya causal única de procedencia era que la sentencia violara directamente la Constitución Política o la Ley sustantiva⁵³, los dos recursos creados con el propósito de mantener un mecanismo de unificación jurisprudencial. Con el artículo 268, se derogó expresamente el recurso de súplica, pero la Corte Suprema de Justicia al revisar la Constitucionalidad de dicho artículo lo declaró inexecutable y revivió el mencionado recurso tal cual como se estableció en la Ley 11 de 1975.

Posteriormente con el artículo 1 del Decreto Ley 597 de 1988, se derogó el recurso de anulación, dejando vigente únicamente el recurso de súplica, al cual se le introduce la modificación que los consejeros que profirieron la sentencia contraria a la jurisprudencia de la Corporación no podían participar en la decisión del recurso, esto lo estableció el en su artículo 21 del Decreto 2304 de 1989 “Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo”. Este cambio permite pensar que el objetivo del decreto fue conservar el proceso de unificación de jurisprudencia y con esto el reconocimiento que existiera un respeto por los fallos de la sala plena, pero no una directriz clara acerca de la obligatoriedad de la Jurisprudencia. Lo anterior se reafirma en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente número S-032, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo, “no estuvo en el pensamiento del legislador de 1975 ni hacer obligatorio el precedente jurisprudencial ni darle el valor o el rango de ley. Sólo quiso que los cambios se manejaran por todos los miembros de la corporación y no por los que conformaran una Sala o Sección determinada. La obligatoriedad del precedente no está, se repite, ni en la Ley 11 ni en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964. Tampoco en la doctrina”.

⁵³ Artículo 1° Suprímase el recurso extraordinario de anulación consagrado en el Capítulo III del Título XXIII del Código Contencioso Administrativo, adoptado por el Decreto - ley 01 de 1984.

Así las cosas, las normas mencionadas y algunas de las providencias estudiadas, muestran que el Consejo de Estado para esta época concibió la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho que no obliga al resto de la jurisdicción, sin embargo es claro que hay un interés por unificar los fallos entre las distintas secciones, para lo cual se establecen distintos mecanismos y que la unificación jurisprudencial sea realizada por la sala plena.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y la creación de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado comienza a tener en cuenta algunos fallos del Tribunal Constitucional sobre todo al resolver acciones constitucionales y también se creó la necesidad de usar un patrón común en las decisiones contenciosas ordinarias y al resolver los recursos extraordinarios de súplica. “En todo caso, el escenario que se observa en los fallos del Consejo de Estado, no identifica aún una estructura o metodología sobre el uso del concepto de línea jurisprudencial, es decir, un concepto que de manera transversal muestre como paulatinamente evoluciona con carácter vinculante un precedente, esto a pesar de la existencia del recurso extraordinario de súplica consignando como causal la inobservancia de la jurisprudencia de la sala plena del Consejo” (Motta Navas, Suelst Cock, & Corrales Sánchez, 2012, pág. 51).

Ésta postura, de otorgarle un papel secundario a la jurisprudencia se reafirma con la expedición de la Ley 446 de 1998, que mantuvo el recurso extraordinario de súplica pero eliminó de las causales la posibilidad de la violación o inobservancia a la jurisprudencia y lo enfoca en la violación por vía directa de las normas sustanciales⁵⁴, ratificando el carácter auxiliar de la jurisprudencia y la primacía de la ley en sentido formal (Cerra Jiménez, 2012). Mediante el artículo 2 de la Ley 954 de 2005 se derogó completamente el recurso extraordinario de súplica como mecanismo de unificación jurisprudencial.

⁵⁴ Ley 446 de 1998. “Artículo 194. DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPPLICA. El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas”.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, siguiendo algunas líneas de la Corte Constitucional, dónde se evidencia la importancia de la jurisprudencia de los altos tribunales, la discusión sobre el valor de la jurisprudencia, la fuerza vinculante de las sentencias de las Altas Cortes y la existencia del precedente judicial en Colombia, tomó un rumbo diferente con la expedición de la sentencia C- 836 de 2001, en la que se estudia el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, y se discute el tema de la doctrina probable, tal como se analizó en el primer capítulo, a pesar que taxativamente esta norma era exclusivamente para la Corte Suprema de Justicia, se amplió el concepto a las decisiones proferidas por todas las Altas Cortes que integran la administración de justicia, es decir Consejo de Estado y Corte Constitucional⁵⁵.

Continuando con el análisis de la postura del Consejo de Estado frente al valor de la jurisprudencia, se puede identificar que en sus fallos se han incluido términos utilizados en un principio únicamente por la Corte Constitucional. “Aunque los precedentes no tienen la categoría de fuente formal de Derecho, entrelazados con el derecho a la igualdad adquieren fuerza vinculante en la actividad judicial, pues donde existe la misma razón debe aplicarse la misma solución, o si se prefiere, ante la identidad de elementos de dos casos, es de esperarse que la solución sea igual” (Consejo de Estado, Exp. N°3461, 2 de septiembre de 2004). Siguiendo con su argumentación, el Consejo de Estado cita a la Corte Constitucional al argumentar que los precedentes no son camisas de fuerza y que por la autonomía judicial es admisible que el juez modifique sus interpretaciones, con la condición de exponer las razones y fundamentos que lo han llevado al cambio.

Con la misma argumentación, el Consejo de Estado en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662), Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006), indica al respecto: “Cada proceso brinda la oportunidad de estudiar a fondo los aspectos jurídicos que le incumben, con lo cual, en cada pronunciamiento se está ante la posibilidad de que el Juez reitere, modifique, adicione o cambie la

⁵⁵ Al momento de proferirse la Ley 169 de 1896 el Consejo de Estado ni la Corte Constitucional existían en el ordenamiento jurídico colombiano.

interpretación de los conceptos jurídicos aplicables en cada materia, pues aunque esto resulte desconcertante para los usuarios de la administración de justicia, el concepto de justicia prefiere aceptar la modificación de las tesis jurisprudenciales, antes de reiterar posiciones contrarias a derecho”. Lo anterior permite identificar que el Consejo de Estado, entiende la importancia de mantener una interpretación en su jurisprudencia y que la misma sea conocida y aplicada por los jueces, sin embargo siempre que se señala esta interpretación en la que se protege los derechos a la igualdad y el debido proceso, hace la salvedad de la autonomía judicial y la posibilidad de apartarse con una argumentación adecuada.

En este panorama en el que es clara la importancia de la jurisprudencia, su unificación y el respeto de la misma el legislador hizo varios intentos por regular el tema, dejando ver con claridad que las fuentes en el derecho administrativo también entraron en crisis (García López E. , 2011, pág. 266) y en la actualidad se está frente a una reconfiguración de las fuentes “en tanto que el sistema tradicional está basado en el concepto de jerarquía normativa (la pirámide kelseniana) y hoy la jerarquía normativa es diferente pues se ha incluido en ella la jurisprudencia” (Serna Mesa, 2010), permitiendo ver de esta forma que la jurisprudencia paso de ser una fuente auxiliar del derecho administrativo para convertirse en fuente principal.

Lo mencionado se confirma, con la lectura del proyecto de ley de lo que hoy es la Ley 1285 de 2009 reformativa de la Ley estatutaria de la administración de justicia en el que se había dispuesto lo siguiente: artículo 11 “El Consejo de Estado también podrá actuar como Corte de Casación administrativa. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios, extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del proyecto de ley en sentencia C -713 de 2008, menciona “La función asignada a un juez para actuar como Tribunal de Casación, implica un análisis técnico-jurídico sobre la validez de una sentencia judicial. Esa función fue prevista por el Constituyente de manera expresa y exclusiva para la Corte Suprema de Justicia, en el marco de la jurisdicción ordinaria, pero no para otras autoridades judiciales como el Consejo de Estado. En la tradición jurídica nacional

esta institución nunca ha sido concebida como Corte de Casación, sino solamente como órgano consultivo del ejecutivo y como Tribunal Supremo encargado de dirimir las controversias en las que está involucrada la administración pública”, por lo tanto se declaró la inexequibilidad del artículo.

Con fundamento en varios fallos⁵⁶ de la Corte Constitucional, como la sentencia C-180 de 2006 en que se dijo “La unificación de la jurisprudencia por parte de los altos tribunales tiene un papel muy importante en la interpretación y la aplicación de las disposiciones jurídicas por parte de los jueces, en cuanto garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad de las personas (...) Con el fin de lograr tales objetivos, en ejercicio de la mencionada libertad de configuración normativa, el legislador puede establecer mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia mediante recursos o trámites especiales ante las altas corporaciones judiciales”, el legislador ha creado varios mecanismos y recursos con la finalidad de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado, situación que ocurrió con la expedición de la Ley 1437 de 2011, y se estudiará más adelante.

Para algunos autores⁵⁷ la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, señalan el camino para considerar la obligatoriedad de la jurisprudencia y con esto la existencia del precedente judicial en todas las altas Cortes, dando un marco legal a lo que ya se había desarrollado por más de 20 años en la Corte Constitucional, y de unos años para acá en el Consejo de Estado.

Se iniciará el estudio con la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, especialmente los artículos 4, 114 y 115. El artículo 4 modificó el artículo 29, Código de Procedimiento Civil, el cual fue derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, actual Código General del Proceso, que para efectos de la investigación interesa el inciso 3, aplicable únicamente a los procesos civiles. “A solicitud

⁵⁶ Tal como se mencionó en el primer capítulo, sobre el tema de precedente judicial ha sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

⁵⁷ Carlos Ignacio Jaramillo (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012). Mario Ricardo Segura, (Segura, 2011) Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2010). Luis Eduardo Cerra Jiménez, (Cerra Jiménez, 2012).

del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial”. Al otorgar la mencionada facultad se reconoce expresamente el precedente judicial y la importancia que se establezcan precedentes en asuntos de su competencia.

Por su parte en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010⁵⁸ dispone “Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salarios 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”. Al analizar la norma de manera clara se está generando un deber para la autoridades administrativas mas no para las autoridades judiciales, en este sentido “en ejercicio de su función administrativa les corresponda pronunciarse sobre esos tópicos, imponiéndoles el deber de “tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales” (Cerra Jiménez, 2012, pág. 18), el fin de la norma parece ser promover la descongestión. Para Cerra Jiménez, a la norma le faltó imponer la obligación de acatarlos y fallar conforme a ellos, y por el contrario les da la posibilidad de considerarlos en el análisis que sirva de motivación a la decisión, es decir, “ya sea acogiendo o apartándose de ellos, la única consecuencia es que, tácitamente, se le impone al funcionario administrativo la carga argumentativa de

⁵⁸ En la exposición de motivos del proyecto de ley, para justificar la necesidad de la norma se afirmó: “Sobre el deber de acatar los precedentes. En la jurisdicción ordinaria laboral, en la Contencioso Administrativa y en la constitucional, como consecuencia de las decisiones de los jueces en acciones de tutela, se han venido trazando líneas jurisprudenciales en determinadas materias, como, por ejemplo, pensiones de jubilación, prestaciones sociales, daños causados con armas de fuego o vehículos oficiales, daños causados a reclusos y conscriptos, conflictos tributarios o aduaneros. De acuerdo con tales líneas, se condena a las entidades públicas al pago de sumas que generan para el erario público sobrecostos adicionales por las indexaciones y los intereses moratorios que tales condenas implican. Hoy las justicias Contencioso Administrativa y laboral [sic] cuentan con más de veinte mil procesos de esta misma naturaleza. Con mecanismos para que haya una misma voluntad política del Estado y de entidades como Cajanal y otras de previsión social, se podría generar una gran descongestión en las distintas jurisdicciones.”

demostrar que el criterio jurisprudencial contenido en las providencias que se referirían a asuntos análogos, es o no aplicable al caso concreto que se pide homologar”.

Para Santofimio Gamboa, el artículo reconoce la obligatoriedad que las entidades del estado al resolver los asuntos citados acaten el precedente judicial, pero además señala que hablar de línea o reiteración de jurisprudencia, es un error que puede desencadenar efectos perversos, porque si “siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta acertar en un criterio determinado”, alineándose con la postura de Díez Sastre, al señalar “el precedente como razón de ser de la decisión en relación con los hechos y circunstancias del litigio, esto es, como instrumento de control de la aplicación de las normas, no tiene que encontrar su justificación en la repetición para operar (2008, págs. 92 - 93) por lo que es válido afirmar que la norma confunde el precedente con la reiteración o con la costumbre, situación inadmisibles. Frente a la obligación que existan cinco fallos iguales para poder considerarlos precedente judicial, se ha presentado también la crítica que en los casos a los que circunscribe la norma, generalmente los hechos y la tasación de perjuicios siempre van a ser distintos, por lo tanto será casi imposible conseguir cinco sentencias iguales (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012), a lo que los defensores de la norma podrían señalar que a lo que se refiere es a la forma como se solucionó en caso más no dar la misma solución.

En la sentencia C-539 de 2011, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 114 (parcial), la Corte interpretó con base en el artículo 6 de la Constitución en el que se señala que las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones y la adopción de sus decisiones están sometidas a la Constitución y a la ley⁵⁹, que la norma se refiere “al necesario

⁵⁹ Para profundizar al respecto se puede consultar también, Ricardo Hoyos Duque. La Corte Constitucional ha dicho que el precedente judicial resulta obligatorio para la administración. Así, en la sentencia T-116 de 2004 expresó que “conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho. Resulta claro que en los puntos que no han sido precisamente definidos por el juez constitucional, la administración y

acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos”, resolviendo de esta manera las críticas anteriormente reseñadas, y frente a la expresión “en cinco o más casos” la Corte se inhibe por ineptitud sustantiva de la demanda de emitir un pronunciamiento de fondo. Sin perjuicio de lo anterior, como se mencionó en el primer capítulo, el aporte más significativo de este estudio de constitucionalidad es que la disposición es exequible “en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional”. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 el artículo 114 fue derogado expresamente por el artículo 309.

Por su parte, el artículo 115 de la misma ley señala “Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998. Con esta disposición se reconoce expresamente la existencia del precedente judicial (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012) en razón que hasta permite a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura de alterar el turno de entrada de los procesos al Despacho los despachos, con el fin que se pudieran fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de ingreso de los citados procesos (Arias García, 2012). Es importante hacer claridad que la norma es clara al permitir alterar el orden de entrada de los procesos siempre y cuando los precedente estén conformes al artículo 230 de

los jueces gozan de un razonable margen de apreciación. Dicho margen de apreciación no es absoluto.” (Hoyos Duque, 2013).

la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, lo que permite inferir que la norma estudiada equiparó la doctrina probable, expedida por todas las Cortes en el entendido de la sentencia C-836 de 2001, con el precedente judicial.

Del estudio general de la norma se concluye que el legislador hace diferencia entre jurisprudencia y precedente, “reconociendo autonomía al precedente en materia judicial, sin que adicionalmente le está otorgando a este medio, constitucionalmente auxiliar, un papel principal en la determinación del derecho” (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 47), dando de esta manera un papel relevante al juez⁶⁰ en la creación del derecho y con esto en la edificación de nuestro sistema jurídico a través del establecimiento de precedentes jurisprudenciales, reconociéndolos como fuentes del derecho colombiano.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta evolución presentada falta estudiar la última ley expedida en materia administrativa, la Ley 1437 de 2011, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, la cual recoge los avances en materia de precedente judicial con la creación de una tipología de fallos, las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, y dota de herramientas reales a los jueces, funcionarios administrativos y a los ciudadanos para que se aplique el precedente judicial, es el caso de la creación del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y el mecanismo de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Debido a su importancia para demostrar la existencia y aplicación del precedente judicial en el Contencioso administrativo amerita dedicarle toda la segunda parte de este capítulo.

⁶⁰ Diego Eduardo López ha llamado a este fenómeno el derecho de los jueces. (López Medina, 2009)

2.2 El CPACA materializa el precedente judicial en la justicia Contenciosa Administrativa.

2.2.1 Antecedentes

La Ley 1437 de 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” en adelante CPACA, constituye el cuarto código en materia administrativa. Una de las primeras regulaciones fue la Ley 130 de 1913, relacionada únicamente con la administración de justicia, posteriormente la Ley 167 de 1941 “Sobre organización de la Jurisdicción Contencioso – Administrativo” en la que se regula por primera vez el procedimiento administrativo colombiano. La ley 58 del 1982 concedió facultades extraordinarias al presidente de la república para reformar el Código Administrativo y regular el procedimiento administrativo. En este sentido con fundamento en el artículo 11 de la mencionada ley, el gobierno expide el Decreto Ley 01 de 1984, cuyos preceptos eran aplicables a falta de otra disposición especial por lo organismos del estado o por lo particulares que cumplieran funciones públicas. De esta manera, “por primera vez, Colombia contó con un procedimiento administrativo regulad conforme con los límites de la habilitación especial que el Congreso de la República le otorgó al gobierno nacional, el cual es aplicable cuando no existan disposiciones especiales, y buscando encausar las principales relaciones jurídicas que surgieran entre la administración y el ciudadano” (Araujo Oñate, 2012, pág. 400)

Teniendo en cuenta que el Decreto – Ley 01 de 1984 fue redactado en el marco de la Constitución de 1886, concebida en una forma de estado diferente y en otra realidad socio jurídica, tal como lo menciona la exposición de motivos del proyecto de ley que se radicó en el Congreso de la República , “Para entender las razones de una reforma a dicho texto, y el por qué se considera que las instituciones jurídicas allí contenidas han perdido la eficacia que otrora tuvieron, tanto para la administración pública como para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es necesario revisar, aunque sea en forma sucinta, las transformaciones más relevantes ocurridas en los últimos 25 años en el entorno internacional y nacional, y su

impacto sobre la normatividad que hoy por hoy se pretende reformar” (Exposición de motivos al Proyecto de Ley 198 de 2010 Senado – 315 de 2010 Cámara "Por la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo", 2009). Entre los cambios más importantes están: el fenómeno de la globalización con la tendencia a la unificación del derecho, los cambios producidos en nuestro ordenamiento constitucional, y la congestión judicial entre otros, los cuales se estudiarán someramente para comprender el contexto de la reforma.

Retomando algunas ideas presentadas en el primer capítulo, dónde es afirmada la clara tendencia mundial a la globalización del derecho, debido a la internacionalización de los negocios, la integración económica y el libre mercado. Puntualmente en el derecho administrativo, la globalización “trajo consigo una tendencia privatizadora del capital y de la gestión pública” (Exposición de motivos al Proyecto de Ley 198 de 2010 Senado – 315 de 2010 Cámara "Por la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo", 2009). En este sentido, el Derecho administrativo, que por naturaleza depende directamente de la concepción del estado, se vio afectado en sus principios tradicionales, instituciones sociales y jurídicas, debido al cambio de la concepción del Estado–nación al nuevo estado constitucional, con mayor intervención de los particulares en la construcción del estado social de derecho y la privatización de las instituciones y procedimientos, denominado por la doctrina como huida del derecho administrativo (García de Enterría & Fernández, 2011).

Por otro lado, como se mencionó anteriormente el antiguo código se concibió en el marco de la constitución de 1886, “bajo una concepción de Estado de Derecho liberal, individualista y con marcada influencia organicista, a los mandatos la Constitución Política de 1991, concebida bajo un modelo de Estado Social de Derecho, que tiene por centro la persona y la defensa de sus derechos (Namén Vargas, 2013, pág. 109). De esta manera el texto constitucional de 1991, diseñó un nuevo modelo de administración pública que introduce una nueva visión del estado y su relación con el ciudadano dando prioridad a la dignidad humana y a la garantía de los derechos fundamentales. Por este motivo, el código que rige la

jurisdicción contencioso administrativa, debía adaptarse a los cambios, modernizarse y fortalecerse. Acompañado a lo anterior, la carta de 1991 introduce importantes cambios en la forma de pensar y de actuar de los jueces, “quienes no pueden continuar limitado su trabajo a la defensa objetiva de la legalidad, sino que deben orientar sus poderes, ahora ampliados, y su ámbito de acción hacia la defensa de dichos principios y finalidades” (Arboleda Perdomo, 2012, pág. xxviii) . El texto de la Constitución con su nuevo carácter normativo, y no únicamente axiológico como en el pasado, acompañado a las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, se convierten en fuente esencial para la aplicación de las normas por los administradores y operadores judiciales.

Pero tal vez, la motivación principal para la modificación del Código Contencioso administrativo fue la congestión judicial en la Jurisdicción, siendo el objeto de varias investigaciones⁶¹ en los últimos años, donde se han identificado ampliamente causas y los diagnósticos indicaban la necesidad de tomar una decisión de fondo. “La congestión se presenta porque los despachos judiciales producen una cantidad inferior de egresos a los ingresos que reciben en un periodo de tiempo, lo cual hace que cada vez su carga sea mayor frente al inventario del inicio del respectivo periodo y que como consecuencia la duración de los procesos progresivamente se incremente” (Restrepo Medina, 2010) . La congestión es enemiga de la pronta y cumplida justicia, con ella se vulneran los derechos de los ciudadanos y por su puesto va en contravía de los principio de la actividad administrativa.

Los avances tecnológicos e informáticos en las últimas dos décadas, ponían en evidencia en el orden administrativo y judicial, la necesidad de inversión en herramientas que facilitarían su labor. A su vez, la estructura organizacional de la jurisdicción Contencioso Administrativa y la distribución de competencias en los diferentes niveles con la aparición de la figura del juez administrativo en el año 2006, “implicó un replanteamiento de las competencias y un

⁶¹ Ballén Molina, Rafael. Principales causas de la congestión Contencioso Administrativa en Colombia. Ibáñez, Bogotá, 2007. (Ballén Molina , 2007). Restrepo Medina, Manuel Alberto. Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. (Restrepo Medina , 2009). Younes Moreno, Diego. Vía gubernativa –conciliación– arbitramento. Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo. Colección Reformas en la Rama Judicial. Tomo V. GTZ, Legis, Bogotá, 2008; (Younes Moreno, 2008)

cambio cualitativo en la toma de las decisiones dentro de la jurisdicción, por cuanto se pasó de una estructura piramidal de dos a tres niveles y de decisiones colegiadas a la existencia también de decisiones unipersonales” (Namén Vargas, 2013, pág. 110), “Tal hecho generó nuevos efectos en la desarticulación de la jurisprudencia, en la medida en que casi todos los procesos que se conocían en segunda instancia por parte del Consejo de Estado, pasaron a ser de conocimiento de los Tribunales, por haber sido fallados, ahora en primera instancia por los jueces unipersonales, en razón a la redistribución de competencias que su creación trajo aparejada” (Chahín Lizcano, 2011, pág. 373) , lo que implicó analizar el papel del Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo y su rol para unificar de jurisprudencia combatiendo la "federalización de la Jurisprudencia", hecho que afectaba la seguridad jurídica.

Comprendido este contexto, el Consejo de Estado, durante los años 2006 y 2007, inició una reflexión para “repensar la jurisdicción contencioso administrativa”⁶², para lo cual mediante el Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007, se concertó con el Gobierno Nacional crear una “Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. La Comisión “auspició una participación amplia de todos los servidores judiciales de la jurisdicción, de los representantes de los demás poderes públicos, incluidos los órganos de control, y de los académicos y estudiosos de esta área del derecho, todos los cuales debatieron las iniciativas presentadas en las mesas de trabajo y en los paneles realizados a lo largo y ancho del país y, en especial, en los encuentros anuales de la jurisdicción contenciosa administrativa” (Duque Ayala & Martínez Cruz, 2011, pág. 70)

Una vez, presentadas las reflexiones y recogidas las opiniones de los distintos actores, el Consejo de Estado, junto con el Ministerio de Interior y de Justicia, radicaron ante el Congreso de la República en noviembre de 2009 el Proyecto de Ley 198 de 2010 Senado – 315 de 2010 Cámara "Por la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y de

⁶² Expresión utilizada con frecuencia durante el proceso de elaboración de la reforma, utilizada por el Ex Presidente Gustavo Aponte Santos, para dar apertura al instalar la Comisión para la reforma a la Jurisdicción Contencioso administrativa.

lo contencioso administrativo". Las discusiones se dieron primero en el Senado y después en la Cámara, el texto se concilió el 7 de diciembre de 2010 y finalmente fue sancionado por el Presidente de la República el 18 de enero de 2011, y se estableció que entraría en vigencia el 2 de julio de 2012.

La Ley 1437 de 2011, es el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo, de ahora en adelante CPACA, como se evidenció anteriormente, “este nuevo texto es el resultado de un esfuerzo mancomunado de las tres ramas del poder público, bajo el liderazgo del Consejo de Estado (Duque Ayala & Martínez Cruz, 2011, pág. 70). La nueva normativa introduce, sin lugar a una reforma trascendental, pues responde al espíritu renovador de la Constitución Política de 1991, donde se resalta el papel fundamental de la administración en la protección de los derechos de las personas.

Una vez expuestos los antecedentes del nuevo Código, a continuación el estudio se centrará en el análisis de las normas contenidas en el Código que materializan la existencia del precedente judicial en el Contencioso administrativo. Como se mencionó en la primera parte de este capítulo puntualmente se hará referencia a las sentencias de unificación de jurisprudencia y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia consagrado en los artículos 256 a 268 del CPACA y el mecanismo de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, artículos 269 a 271 en concordancia con los artículos 10 y 102 del mismo Código, en razón que son en estos mecanismos los que le dan al precedente judicial las herramientas para su consolidación en nuestra tradición jurídica. “Pero es la Ley 1437 de 2011, la que se despacha a favor del precedente obligatorio” (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012, pág. 161), acogiendo el nombre de sentencias de unificación.

2.2.2 Instituciones que materializan el precedente judicial en la Ley 1437 de 2011

Como se ha estudiado a lo largo de todo el texto, se puede comprender que ante el alto grado de indeterminación en las normas jurídicas y la multiplicidad interpretaciones que pueden existir por parte de los operadores judiciales y administrativos. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 menciona la importancia de la Jurisprudencia dentro del ordenamiento colombiano de la siguiente manera: "El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente", por lo tanto resulta necesario que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones cumplan una función de unificar los criterios de interpretación, para así garantizar seguridad jurídica e igualdad de trato entre las personas en el reconocimiento de sus derechos.

Como se estudió en la primera parte de este capítulo, la Jurisdicción Contenciosa administrativa inmersa en esta nueva necesidad imperante, debatió dentro de la Comisión de Reforma al Código en varias oportunidades el problema de la falta de unidad de la jurisprudencia, tanto desde "un punto de vista jerárquico como entre las secciones del propio Consejo de Estado, buscando con ellos establecer unos mecanismos que permitieran obtener dicha unidad" (Arboleda Perdomo, 2012, pág. 404). Por lo cual se le hace el llamado al Consejo de Estado para cumplir con la mencionada labor, mediante la expedición de las sentencias de unificación jurisprudencial.

2.2.2.1 Las sentencias de Unificación Jurisprudencial

Dentro de la Comisión de reforma al Código, con el fin de evitar las confusiones de los términos utilizados por la Corte Constitucional como lo son jurisprudencia y línea jurisprudencial, se debía crear un nuevo término, "con el fin de definir como orientadoras de

las decisiones administrativas y judiciales algunas sentencias expedidas por el Consejo de Estado que tuvieran el mérito suficiente para que su interpretación del derecho preexistente fuera obligatoria para la Administración y los jueces”. (Arboleda Perdomo, 2012, pág. 405). Para lo cual se definió en el artículo 270 del CPACA:

“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.”

De la lectura anterior se puede comprender que el legislador creó una nueva categoría de sentencias “las sentencias de unificación jurisprudencial”, inexistente en el Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo. Categoría que puede ser comparada con la práctica de la Corte Constitucional en materia de tutela, y del mismo Consejo de Estado, en la cual la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, podía unificar criterios por importancia jurídica y trascendencia social, posibilidad prevista en el artículo 97 del Decreto 01 de 1984.

Esta nueva categoría de sentencias de unificación está orientada a forjar la unidad de la interpretación del ordenamiento, con la cual se pretende evitar posiciones contrarias respecto de un mismo problema jurídico al interior de la Jurisdicción, del Consejo de Estado entre las distintas secciones e incluso, al interior de una sección como ha ocurrido en el pasado al interior de las secciones del Consejo de Estado. Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-588 de 2012, que se analizará posteriormente con el mecanismo de extensión de jurisprudencia.

Se puede observar, que el legislador hace mención que esta categoría de sentencias no se reconoce únicamente después de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en razón que dice “que profiera o haya proferido el Consejo de Estado”. Al respecto se suscitaron algunas discusiones en razón que resultaba problemático identificar este tipo de sentencias que cumplieran las condiciones que establece el nuevo código pero en vigencia del Código pasado.

La primera duda consiste en saber si, ¿De las sentencias proferidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solo pueden ser consideradas sentencias de unificación las proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, o también pueden serlo las de las secciones?. La duda se fundamenta en lo que se estudió con anterioridad en razón que únicamente era la Sala Plena la que tenía la potestad de unificar la jurisprudencia.

Para solventar la inquietud, el Ministerio de Justicia y del Derecho por solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil “si las sentencias proferidas por las secciones del Consejo de Estado con anterioridad a la ley 1437 de 2011 pueden ser consideradas sentencias de unificación jurisprudencial y por tanto susceptibles del mecanismo de extensión de jurisprudencia establecido en el artículo 102 de dicha ley” (Consejo de Estado, Rad. No. 2177, 10 de diciembre de 2013). Al dar respuesta la Sala analizó, si la función de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado nace con la Ley 1437 de 2011. Para lo cual se contesta que esta función “es inherente a la condición de Tribunal Supremo que le otorga el artículo 237 de la Constitución Política”, lo que es coherente con la presentación que se hizo, en el desarrollo normativo y jurisprudencial a que se hizo referencia en la primera parte de este capítulo.

Adicionalmente, se estudió la normatividad vigente antes de la Ley 1437 de 2011, y se encontró que la unificación jurisprudencial era efectuada por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, a la que correspondía: "resolver los asuntos que le remitían las secciones por su importancia jurídica o trascendencia social"; "conocer los procesos que le remitan las

secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación" y "resolver los recursos extraordinarios de revisión y de súplica presentados contra las sentencias dictadas por las secciones y subsecciones de la corporación" (artículo 97 del Decreto 01 de 1984, modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998).

Sin embargo el interrogante principal que se genera es si las secciones del Consejo de Estado también tenían esa potestad, lo cual se responde afirmativamente al consultar el Reglamento interno del Consejo de Estado⁶³, expedido con base en el numeral 6 del artículo 237 de la Constitución Política y en el numeral 8 del artículo 35 de la ley estatutaria de administración de justicia, en el que se atribuye expresamente a las secciones, especialmente las que estaban divididas en subsecciones, la tarea de unificar jurisprudencia en los asuntos a su cargo. Es así como en la más reciente modificación del reglamento en julio de 2014, el Consejo de estado incluye el artículo 13A⁶⁴, donde expresamente se le asigna esta competencia a todas las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad.

En definitiva la Sala concluye, “en lo que respecta a esta consulta es indudable que la expresión “las que profiera o haya proferido" denota que en el concepto de sentencias de unificación jurisprudencial quedaron incluidas no sólo las que se empezaron a expedir con posterioridad a la ley, sino también las que con anterioridad a ella, fueron proferidas por el Consejo de Estado en Pleno o a través de sus secciones. (Consejo de Estado, Rad. No. 2177, 10 de diciembre de 2013).

⁶³ Acuerdo 58 de 1999. Modificado por el Acuerdo 55 de 2003, por el Acuerdo 140 de 2010 y por el Acuerdo 148 de 9 de julio de 2014.

⁶⁴ Artículo 13A. Otros asuntos asignados a las Secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.
2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.
3. Decidir las solicitudes de extensión de jurisprudencia. En aquellas Secciones integradas por Subsecciones estas decidirán dichas solicitudes, salvo que la Sección asuma la competencia de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o de la Subsección.
4. Decidir las solicitudes de cambio de radicación de procesos.

Con la finalidad de suplir la dificultad de identificar aquellas sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado expedidas con anterioridad al CPACA, y dentro de ellas las que permitieran activar el mecanismo de extensión jurisprudencial del artículo 102, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado decidió realizar una investigación orientada a identificarlas, la cual se publicó en el libro “Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia” (Consejo de Estado, 2014), esta publicación es de gran importancia, pues además de ayudar a cumplir con los propósitos del legislador de proporcionar coherencia, seguridad jurídica e igualdad al ordenamiento jurídico, acerca los derechos y sus garantías a los ciudadanos, que son sus únicos y verdaderos destinatarios. Por esta razón la publicación sin duda debe orientar la actuación de autoridades administrativas y judiciales al ser un referente obligatorio en la materia.

Con la finalidad de establecer una guía que facilite la identificación de las sentencias de unificación, se puede decir que las mismas surgen en los siguientes contextos judiciales:

- a) Las expedidas por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia:
 - i. Las sentencias que regulaba el Código Contenciosos administrativo en el pasado, tal como se estudió anteriormente que son las expedidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por importancia jurídica, trascendencia económica o social y las que en los mismos casos ahora pueden proferir las secciones, en relación con los asuntos de las subsecciones del Consejo de Estado o de los tribunales (Artículo 271, CPACA).
 - ii. Las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las secciones del Consejo de Estado que hagan expresa la “necesidad de sentar jurisprudencia” (Artículo 271, CPACA).

- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios

- i. Las que decidan o hayan decidido el recurso extraordinario de revisión (Artículos 248 y ss., CPACA), en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o en las secciones (Artículos 249, CPACA, 186, CCA y 13 del Acuerdo 58 de 1999, de la Sala Plena).
 - ii. Las que hayan decidido el derogado recurso extraordinario de súplica (Decreto 01 de 1984, artículo 194 y Ley 954 de 2005, artículo 2º), en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o en las Salas Transitorias creadas por la Ley 954 de 2005.
 - iii. Las que decidan el nuevo recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia en las secciones del Consejo de Estado, contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en única y segunda instancia (Artículos 256-268).
- c) 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. (respecto de acciones populares y de grupo. (Artículo 272 a 274).

La enunciación anterior permite identificar los contextos de expedición de las sentencias de unificación antes de la entrada en vigencia del CPACA como con el listado expreso del artículo 270 de la Ley 1437 de 2001.

Para la expedición de cada uno de los tipos de sentencias de unificación, el legislador estableció procedimientos particulares consagrados en los artículos: 271 para las decisiones de unificación relativas a la importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, frente a las sentencias fruto del mecanismo extraordinario de unificación de jurisprudencia se regula en el artículo 256 y siguientes y las relativas al mecanismo eventual de revisión se reguló en el artículo 272 y 273. Por razones del objeto de la investigación no se estudiará en detalle cada uno de los procedimientos, pues el objetivo es estudiar la definición y alcance de las sentencias de unificación, y el mecanismo de extensión de jurisprudencia como la materialización del precedente judicial en Colombia.

Sin perjuicio de lo anterior se considera importante ahondar únicamente en el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, para lo cual se hará mención a unos puntos que permiten comprender que la interposición del mencionado recurso permite la materialización del precedente.

2.2.2.1.1 Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se estudia a la luz del desarrollo normativo y jurisprudencial del precedente judicial en el Consejo de Estado, revisado en la primera parte del capítulo, al analizar la posibilidad de unificar las interpretaciones y puntos de decisión de los jueces, lo cual en un momento se propuso que existiera una especie de recurso de casación en el derecho administrativo, lo cual se desechó al no ser una figura propia de la jurisdicción contenciosa. Esta necesidad se intensificó con la entrada en vigencia de los jueces administrativos y al ser derogado el recurso extraordinario de súplica. “Debido a la entrada en funcionamiento de los juzgados, varios asuntos que conocía el Consejo de Estado en segunda instancia pasaron a ser de conocimiento en último grado de los tribunales, situación que impuso la necesidad de crear un mecanismo jurídico, como el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, para evitar la disparidad de criterios” (Namén Vargas, 2013, pág. 137)

El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia realza el papel del tribunal de cierre del Consejo de Estado en la jurisdicción. El artículo 256 del CPACA, establece: “El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.” Según la finalidad mencionada, este recurso fue concebido para mantener la unidad del derecho, comprendido tanto su interpretación como su aplicación, y la garantía de los derechos subjetivos, por lo cual se debe reparar los daños causados a tales sujetos procesales.

Frente a las discusiones en la formación de la ley sobre si se debía crear un nuevo recurso, las posiciones fueron diversas al interior del Congreso, y se resumen de la siguiente manera⁶⁵:

- No se debía crear un nuevo recurso porque el único recurso extraordinario posible debía ser el de revisión por haberse encontrado que podía ser el único que anula y expide una sentencia definitiva, sustentando esta posición en dos argumentos: el fracaso de los anteriores recursos extraordinarios en el Consejo de Estado, en especial los llamados de súplica pues se afirmaba que no más del uno por ciento de ellos había prosperado; y en la congestión actualmente existente pues el consejo de estado con la carga de trabajo, carecería de sentido aumentarla con la creación de un nuevo recurso.
- La segunda postura pretendía que se instituyera un recurso similar a la casación adicionando la causal de violación de los derechos fundamentales, con el argumento que esta era la forma clásica de unificar la jurisprudencia y además se hacía a partir de la interpretación de la ley aplicable al caso.
- La tercera volvía sobre la idea del recurso de súplica por cambio de jurisprudencia, buscado también la unidad conceptual de las sentencias de la jurisdicción.
- Por último, la cuarta propuesta abogaba por dejar exclusivamente el mecanismo eventual de revisión para todo tipo de sentencias, de manera que el Consejo de Estado seleccionara aquellas providencias que ameritaran ser reconsideradas, con este mecanismo, estableciendo unos propios criterios, en forma similar a como selecciona la Corte Constitucional la revisión de las sentencias de tutela.
- Finalmente se decide crear un recurso nuevo conocido como el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

El recurso se regula del artículo 256 al 268 del CPACA, en los cuales se legisla sobre los fines, la procedencia, la competencia para decidir, la legitimación para interponerlo, los

⁶⁵ Se puede profundizar consultando los comentarios al artículo 256 del CAPCA, realizados por Enrique José Arboleda en el libro Comentarios al nuevo Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (Arboleda Perdomo, 2012, pág. 387)

requisitos del recurso, la cuantía del interés para recurrir, el trámite del recurso y los efectos de la sentencia⁶⁶. Vale la pena mencionar que la única causal para su procedencia “cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado” y “únicamente procede contra providencias en firme dictadas por Tribunales Administrativos en única o segunda instancia, y será del conocimiento, según la naturaleza de la pretensión, de las distintas Secciones del Consejo de Estado” (Namén Vargas, 2013, pág. 138), de esta manera se materializa para el Consejo de Estado, ser el tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo, y cumple la función de órgano de cierre en relación con las decisiones de sus inferiores funcionales.

Una vez comprendido la existencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, junto con las otras posibilidades ya estudiadas, que al resolverse crea una sentencia de unificación jurisprudencial, es importante señalar que “la tipificación de las sentencias de unificación, y su instauración en el ordenamiento jurídico implicará, además un cambio en el concepto tradicional de la Ley como fuente formal de derechos” (Vargas Rincón, 2012, pág. 130) consolidando el precedente judicial en el Contencioso administrativo, en razón que a estas sentencias “se les da un papel preponderante en el sistema de las fuentes del derecho administrativo ubicándolas sin lugar a dudas al mismo nivel de la Ley, lo que significa que se desplaza el papel de la Jurisprudencia como criterio auxiliar del Derecho Administrativo para pasar a formar parte de las fuentes directas y primarias del mismo, a partir de la aplicación de la Ley siguiendo la interpretación que sobre la misma haya llevado a cabo la Jurisprudencia de Unificación del Consejo de Estado” (Segura, 2011, pág. 22), tesis que aumenta su validez al estudiar las disposiciones relativas al deber de aplicación uniforme de la jurisprudencia y la extensión de sus efectos.

2.2.2.1. Mecanismo de extensión de jurisprudencia

El mecanismo de extensión de jurisprudencia, es otra de las novedades que trae el CPACA, con la finalidad de brindar seguridad jurídica al ciudadano, así como una justicia oportuna y

⁶⁶ Para profundizar en el desarrollo se sugiere consultar el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia de Guillermo Chahín Lizcano : (Chahín Lizcano, 2011)

eficaz que proteja sus derechos y libertades y, en especial, la igualdad de trato (Consejo de Estado, 2014). La extensión y unificación de la jurisprudencia hace parte de ese sistema de garantías para la protección de los derechos en sede administrativa y enlaza con toda la parte dogmática de la Constitución, en especial con los principios de efectividad de los derechos de las personas (art. 2), de igualdad (art. 13), de buena fe (art. 83), y también con metas estatales como la colaboración con la justicia (arts. 95 y 113) y la eficiencia y eficacia de la administración (art. 209) (Rojas Betancourth, 2012), con el objetivo de lograr la coherencia y estabilidad del ordenamiento colombiano y en especial el derecho administrativo.

Los artículos 10, 102, 269 y el 270 del CPACA, deben ser estudiados simultáneamente en razón que son los que regulan esta nueva institución en el derecho colombiano que consiste en la obligación para la Administración de aplicar la ley siguiendo la interpretación que de ella haya hecho la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado. “El propósito principal de este nuevo instituto es el de asegurar que la administración se tome en serio la jurisprudencia de sus jueces y su marco teórico lo constituye lo que se ha denominado el sistema de protección y garantía de los derechos de las personas en sede administrativa” (Zambrano Cetina, 2011, pág. 43).

Esta nueva institución en el derecho colombiano, tiene como antecedente mecanismos similares en el ordenamiento de Costa Rica y España. Se hará una breve referencia a cada uno, con la finalidad de tener un contexto en el derecho comparado.

En el derecho español la extensión de los efectos de una sentencia firme a otros interesados que se encuentren en la misma situación jurídica que los favorecidos por la resolución judicial, se encuentra regulado en el artículo 110⁶⁷ de la Ley reguladora de la Jurisdicción

⁶⁷ Artículo 110. En materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
- c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.

Contencioso-Administrativa, Ley 29 de 13 de julio del 1998. Adicionalmente se halla la figura conocida como el “procedimiento testigo”, que se encuentra regulado en los artículos 37.2⁶⁸ y 111⁶⁹ de la misma ley. Según Victoria Iturralde, estos artículos son el reflejo de “la doctrina del precedente, surgida en el sistema jurídico del Common Law, que tiene en la actualidad una relevancia destacada en todos los sistemas jurídicos dada la importancia de las decisiones judiciales no sólo en la vertiente que le es propia (aplicación del derecho), sino en la medida en que han adquirido relevancia como fuente formal de derecho” (2013).

Específicamente sobre los artículos mencionados, la ampliación de los efectos de la jurisprudencia se puede solicitar sobre sentencias condenatorias dictadas en materia tributaria o de personal al servicio de las Administraciones públicas, así como respecto de aquellas dictadas en procesos en los que haya mediado la suspensión de la tramitación del procedimiento declarativo (Pérez de Blanco, 2005). En el caso de los procesos testigo o piloto consiste en permitir al Juez o Tribunal suspender la tramitación de los recursos masivos que tuviesen idéntico objeto y resolver con carácter preferente uno de ellos, lo que surge como una alternativa adicional para el juez a la acumulación de procesos (Gascón Inchausti , 2001). Una vez dictada sentencia en el proceso elegido, los litigantes de los recursos suspendidos pueden, desistir de los mismos -si la sentencia les fue desfavorable- o solicitar la extensión de efectos de la sentencia -si el fallo es beneficioso- (Rodríguez Carbajo, 2009).

Sin lugar a dudas la posibilidad de la extensión de jurisprudencia le ofrece al Juez o Tribunal una alternativa para favorecer la descongestión judicial, y la seguridad jurídica al impedir sentencias contradictorias para situaciones similares (Gascón Inchausti , 2001), pero surgen

⁶⁸ Artículo 37.2 Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros.

⁶⁹ Artículo 111. Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el Secretario judicial requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso.

Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley.

algunas dudas sobre cómo es su utilización en la práctica en razón de lo general de la redacción de los artículos. Por ejemplo a qué criterio ha de atenerse el juez o tribunal para seleccionar el proceso o procesos que han de servir de tipo, y que serán los que se tramitarán con carácter preferente (González Pérez, 1998, pág. 849) o también si esta extensión obliga a dictar sentencia de forma inmediata e idéntica en los otros procesos o cuál es el plazo para que los otros interesados soliciten la extensión de los efectos de la sentencia. Dudas que ameritan un estudio específico posterior y más profundo, pero que son importantes identificar para comparar si la legislación colombiana actual también las genera.

Por otro lado, el proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros existe en el ordenamiento Costarricense en el Código Procesal Contenciosos-Administrativo (Ley 8508 de 24 de abril de 2006), en cual entró en vigencia el 1 de enero de 2008. La institución de la extensión, consagrada en el artículo 185⁷⁰ y 186⁷¹, es parte “dentro del arsenal de institutos o instrumentos procesales para asegurar una justicia administrativa célere, expedita, transparente, democrática y sencilla” (Jinesta, 2009), los mismos objetivos de la Ley 1437 de 2011.

El Código Procesal Contencioso Administrativo regula a partir del artículo 185, el proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros, un instituto procesal novedoso

⁷⁰ Artículo 185. 1) Los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, mediante los mecanismos y procedimientos regulados por el presente capítulo, siempre que, en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado.

2) La solicitud deberá dirigirse a la administración demandada, en forma razonada, con la obligada referencia o fotocopia de las sentencias, dentro del plazo de un año, a partir de la firmeza del segundo fallo en el mismo sentido. Si transcurren quince días hábiles sin que se notifique resolución alguna o cuando la administración deniegue la solicitud de modo expreso podrá acudir, sin más trámite ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; según corresponda.

⁷¹ Artículo 186. 1) La petición se formulará en escrito razonado, con el que se acompañará y ofrecerá la prueba que acredite su situación jurídica y, de ella, se dará traslado a la contraria por el plazo de cinco días, para formular los alegatos y ofrecer las pruebas pertinentes.

2) La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, según corresponda, señalará, en la misma resolución a que se refiere el inciso anterior, una audiencia oral, la cual se celebrará en un plazo máximo de quince días hábiles, a partir de la notificación a las partes, con el objeto de definir la admisibilidad y procedencia de la solicitud.

3) De estimarlo necesario, el respectivo órgano podrá convocar a una nueva audiencia para evacuar las pruebas ofrecidas por las partes o requeridas por él.

4) Cuando la solicitud se estime procedente, se emitirá la resolución en la cual se ordenará la extensión y adaptación de los efectos de los fallos; dicha resolución se hará efectiva por el trámite de ejecución de sentencia.

dentro del ordenamiento jurídico administrativo costarricense, que posibilita extender los efectos a terceros la decisión adoptada jurisprudencialmente en una determinada situación fáctica, y una específica valoración jurídica (Valero Jiménez). En este sentido, los artículos pretenden la aplicación de lo resuelto en al menos dos precedentes judiciales de la Sala Primera de la Corte o el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, según corresponda, a favor de personas cuya situación coincida con el supuesto fáctico jurídico valorado en aquellas resoluciones de reconocimiento o restablecimiento.

Al igual que en el derecho español, y en la legislación colombiana su finalidad se orienta a la aplicación y celeridad en la solución de nuevos conflictos, a través de la aplicación de referentes jurisprudenciales a terceros que, aunque ajenos a la relación jurídica procesal del juicio en que originalmente fueron dictadas, ostentan pretensiones que mantienen igualdad en objeto y causa con lo ya fallado (Mesén & Cañas, 2009). A fin de cuentas y como exigencia elemental de los principios constitucionales de justicia pronta y cumplida, certeza jurídica e igualdad, si el tema de fondo o sustantivo que se pretende ya ha sido resuelto en forma constante y armónica por la jurisprudencia, sólo resta decir si esa línea jurisprudencial es aplicable a los otros casos y hacerlo, sin mayores dilaciones.

Las instituciones estudiadas en los dos ordenamientos, permiten señalar que las mismas flexibilizan en alguna medida la regla de derecho que los efectos de las sentencias son inter partes, en razón que a través de un instrumento procesal útil y más corto, se está ampliando el ámbito de aplicación a situaciones similares si los interesados lo desean, cumpliendo con los preceptos constitucionales de igualdad, celeridad y seguridad jurídica.

En Colombia, el artículo 10 del CPACA consagra el “Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”. De la lectura del artículo se pueden identificar dos ideas: la primera consiste en el

deber de las autoridades de aplicar las normas o el ordenamiento jurídico comprendido en sentido amplio (Constitución, ley, reglamentos y jurisprudencia) de manera igual a quienes tengan la misma situación de hecho y de derecho respetando sus propios precedentes. La segunda idea, es que la aplicación de la igualdad consiste en el mandato expreso de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencia del Consejo de Estado, estudiadas hace un momento. “La norma es entonces una especie de redundancia necesaria y un intento adicional para fortalecer la tesis de que hay que tomarse en serio la jurisprudencia, pues no hacerlo tiene costos que van desde problemas prácticos como la congestión administrativa y judicial –aumento de litigiosidad- hasta cuestiones de principio como la garantía y protección de los derechos de las personas y el debilitamiento del Estado de derecho” (Rojas Betancourth, 2012, pág. 93)

Frente a la primera idea, “se está afirmando que la administración no está aislada de lo que ha dicho la jurisprudencia y debe considerarla, es decir, es una tarea adicional para el operador, ya que además de tener en cuenta la constitución, la ley y los reglamentos, debe consultar la jurisprudencia del Consejo de Estado” (Guillén Arango, 2014) y este estudio debe considerar si se ha resultado un caso similar, para garantizar el mismo trato cuando las personas estén en las mismas condiciones, de hecho y de derecho, lo cual no se puede desconocer.

Frente a la segunda idea, en sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional se pronuncia sobre la exequibilidad del artículo 10 del CPACA, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial las cuales materializar en derecho a la igualdad, las proferidas por el Consejo de Estado, las de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto concierna a aspectos relacionados con la administración, pero de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Para continuar con la materialización del precedente en el Contencioso Administrativo, se estudiará el artículo 102⁷² del CPACA, el cual crea la petición especial de la extensión de las sentencias de unificación por parte de las autoridades, imponiendo una carga adicional a la administración, consistente en que deberán resolver las peticiones de la misma forma que lo hizo la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en la que se haya

⁷² Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código. La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

reconocido un derecho, y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, cumpliendo con algunos requisitos formales:

Además de los requerimientos generales del derecho de petición se exige:

- La solicitud del reconocimiento de un derecho a partir de la existencia de un fallo unificado del Consejo de Estado –o de la Corte Constitucional según lo definido en la Sentencia C-816 de 2011.
 - Que la sentencia de unificación jurisprudencial reconozca un derecho
 - Que el caso resulto en la sentencia sea igual al del peticionario.
 - Una justificación razonada en la que explique por qué debe ser extendido ese fallo en su favor
- Las pruebas que pretende hacer valer
- La identificación precisa del fallo objeto de extensión.

La identificación precisa del fallo del que se busca la extensión debe ser una sentencia de unificación expedida por el consejo de Estado según la definición del artículo 270, con las características que se han estudiado a lo largo de este segundo capítulo. En sentencia C-588 de 2012, la Corte Constitucional determinó que resultaba plenamente razonable, y ajustado a la Constitución Política, que el legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa haya limitado el mecanismo de extensión a un tipo especial de sentencias. La razón de ser de la limitación es que “las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, por su naturaleza se deriva un alto grado de seguridad y certeza”, por ser el máximo tribunal de lo contencioso-administrativo y órgano de cierre del mismo y como tal, ostenta el mandato de unificación jurisprudencial en su jurisdicción, condición que le imprime fuerza vinculante a determinadas decisiones que profiere.

Comprendido esto, surge el interrogante sobre el carácter de las otras sentencias que profiera el Consejo de Estado y que no sean sentencias de Unificación Jurisprudencial, a lo cual la Corte Constitucional aclara “Las restantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder vinculante de las

anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación “claras, uniformes e identificables” (Corte Constitucional, C- 588 de 2012).

Sin embargo, que estas providencias no sean susceptibles del mencionado mecanismo no quiere decir que la administración al adoptar las decisiones que son de su competencia no las deba tener en cuenta porque igualmente son precedentes. “Así las cosas, puede ocurrir que, si bien, en un caso concreto puede contarse con importantes precedentes judiciales del Consejo de Estado que inclusive creen una línea jurisprudencial sobre la materia, al no corresponder a alguna de las categorías de sentencias antes mencionadas no resulta posible efectuar la extensión de sus efectos en los términos del artículo 102, lo cual no significa que la Autoridad Administrativa al adoptar las decisiones que son de su competencia, no deba tener en cuenta los precedentes judiciales del Consejo de Estado, conforme al deber impuesto en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011” (Guillén Arango, 2014)

Retomando el estudio del artículo 102 del CPACA, es claro que en él se consagra el procedimiento para su trámite constituyéndolo en un verdadero procedimiento administrativo especial, con unas causales específicas de rechazo, estableciendo tiempos específicos para el trámite y unos plazos para su contestación, que posiblemente se abordarán en una futura investigación porque desbordan el objetivo del documento que se presenta.

El deber especial de las autoridades de aplicar las disposiciones del Consejo de Estado y de la propia administración no fue un debate totalmente novedoso en la redacción del CPACA, en razón que como se estudió en la primera parte de esta capítulo algunas normas ya habían tratado de establecer el precedente administrativo y la obligatoriedad de seguir el precedente judicial por parte de la administración, tratando de hacerlo concordar con el artículo 6 de la Constitución Política, en que se consagra la sujeción de los servidores públicos a la ley, lo que se complementa con la imposibilidad de ser ajena a los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica.

Adicionalmente, la sentencia C-539 de 2011, en la que se revisó la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, analizada anteriormente, fijó la línea jurisprudencial

en la que señala que la sujeción de las autoridades públicas, a la constitución y la ley incluye el acatamiento del precedente establecido por las altas cortes. “La sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”.

Lo mencionado se desarrolló y ratificó en las sentencias C- 634 y C 816 de 2011 y C-588 de 2012 en los que se revisa la constitucionalidad de los artículos 10, 102 y 269 del CPACA. “En estas providencias se hace evidente la evolución del principio de legalidad, que en su concepción clásica hacía énfasis en la sujeción formal de la Administración a la ley y que actualmente está referido a la observancia de la totalidad del ordenamiento jurídico, en cuyo vértice se encuentra la Constitución (Consejo de Estado, Rad. No. 2177, 10 de diciembre de 2013). Por lo tanto, el nuevo CPACA se refiera de forma expresa a la sujeción de las autoridades a “la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico” planteando un ampliación del tradicional principio de legalidad, en razón que ahora no sólo las normas productos del trabajo legislativo, sino a los preceptos constitucionales y por su puesto a la interpretación de las normas realizada por la altas Cortes, “ello significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo como por las prescripciones que se originen de le armonización concreta que se obtiene en sede judicial”⁷³.

⁷³ Para consultar en profundidad el tema se puede revisar: Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2011, que reitera a su vez la sentencia C-539 de 2011.

Esto se complementa con el estrecho margen de interpretación que tienen las autoridades administrativas en razón que “una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial” (Corte Constitucional, C- 634 de 2011), en razón los precedentes establecidos por el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, forma parte del debido proceso y del principio de legalidad al que se encuentran sujetas las autoridades administrativas por tanto, su inobservancia afecta directamente la validez de las decisiones.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dejando un poco de lado la discusión teórica si con el precedente judicial hay una alteración en el sistema de fuentes, sienta muy clara su postura introduciendo un efecto práctico para las autoridades que no respeten el precedente establecido por las altas cortes: “si las actuaciones administrativas están sujetas a revisión de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 103 y 104 CPACA) y si esta ha fijado para otros casos iguales el entendimiento que debe darse a una determinada disposición, lo obvio es que la inaplicación de ese precedente expone la decisión administrativa a su demanda y anulación judicial”. En este sentido, si la administración conoce que existe un precedente claro e inequívoco y aun así profiere una decisión contraria al mismo, de antemano sabe que por el control judicial de los actos administrativos el acto se anulará. Durante este trámite, posiblemente el juez condene patrimonialmente al estado por responsabilidad de la administración en la vulneración de los derechos, lo que podría acarrear una acción de repetición. Adicionalmente se podría constituir en una falta disciplinaria⁷⁴ al infringir la obligación que tienen los funcionarios administrativos de hacer efectivos los derechos ciudadanos, con diligencia y eficiencia.

En pocas palabras, la creación de la figura de extender los efectos de las sentencias de unificación de la jurisprudencia en sede administrativa, es una herramienta para facilitar a la administración la realización de los fines constitucionales y legales, en razón que ella

⁷⁴ Congreso de Colombia Ley 734 de 2002. “Por la cual por la cual se expide el Código Disciplinario Único”

directamente protege los derechos de las personas sin la necesidad de la intervención de un juez.

Por último, el artículo 269⁷⁵ del CPACA, regula el procedimiento judicial por medio del cual es posible extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial definida en el artículo 270 del CPACA, que haya sido negada en sede administrativa, en los términos del reciente estudiado artículo 102 del CPACA. Creado con la finalidad de “brindar seguridad jurídica al ciudadano, así como una justicia oportuna y eficaz que proteja sus derechos y libertades y, en especial, la igualdad de trato, cuando se niegue la solicitud de extensión de los efectos de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a terceros por parte de la Administración” (Namén Vargas, 2013, pág. 138)

De la lectura del artículo se identifican dos supuestos necesarios para poder activar el procedimiento judicial de extensión de jurisprudencia:

- El primero, la existencia de un acto administrativo en el que se haya negado la extensión conforme al artículo 102.

⁷⁵ Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

Inciso modificado por el art. 616, Ley 1564 de 2012. Del escrito se dará traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere. La administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este Código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanudará el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

- Bien sea porque la administración contestó negando la solicitud de extensión.
- O porque la administración guardó silencio sobre la solicitud y expiró su plazo estipulado en 30 días.
- Segundo, la existencia de una sentencia de unificación en los términos del artículo 270 del CPACA. En el que “ se ha decidido un tema con la intención clara de fijar una postura interpretativa coherente que sirva de guía para las decisiones judiciales y administrativas futuras” (Arboleda Perdomo, 2012, pág. 400)

La existencia de estos supuestos permite estructurar el proceso judicial que persigue la unidad del ordenamiento jurídico en razón que se busca fallar en forma igual los casos que tengan mismos supuestos de hecho y de derecho que en una sentencia de unificación. Por lo tanto este mecanismo se convierte en un medio de control judicial exclusivo para la denegación de la extensión de jurisprudencia en sede administrativa.

Es un procedimiento sumario especial, el cual no existía en el pasado Código, consistente en que el interesado dentro de los 30 días siguientes a la negación de la extensión en sede judicial, formula petición por conducto de apoderado un escrito razonado dirigido al Consejo de Estado, acompañado del expediente administrativo, y las pruebas que acredite su situación jurídica. La solicitud se decidirá, previo traslado a la entidad correspondiente para presentar los alegatos y ofrecer las pruebas pertinentes. En audiencia se decide si el peticionario tiene o no derecho para que se le extiendan los efectos de una sentencia de unificación. De esta manera se pueden destacar como características de este proceso⁷⁶:

- Su informalidad: No tiene trámite de demanda.
- Procedimiento propio: con intervinientes y plazos especiales.
- La celeridad: Los términos que se otorgan son cortos, y la decisión se toma en audiencia.
- Su carácter decisorio: Al terminar el trámite se expide un fallo en el que se reconoce o no de la extensión de la jurisprudencia solicitada, sin que pueda ser apelado.

⁷⁶ Sobre el particular se puede consultar la ponencia de la ANJE.

- Independiente: Si es deseo del peticionario puede iniciar una demanda para el reconocimiento directo de sus derechos.

La aplicación de este procedimiento como se ha dicho, reafirma el valor del precedente judicial del Consejo de Estado, en razón que le permite corregir la decisión de la administración que ha decidido de una manera distinta a como lo han indicado las sentencias de unificación.

Concluida esta exposición se puede resumir, de la siguiente manera los artículos estudiados “el artículo 10 contiene el deber de aplicar uniformemente la ley y la jurisprudencia, el 102 consagra un trámite especial para pedirle a la Administración que decida una petición aplicando uniformemente la ley y la jurisprudencia, y por último el 269 consagra una especie de interdicto judicial para que sea el Consejo de Estado el que defina sí los efectos de una sentencia de unificación consagrada en el 270, se deben extender al peticionario a quien la Administración le negó la aplicación uniforme” (Arboleda Perdomo, 2012, pág. 29). De esta manera, el estudio de la novedosa figura de la extensión y unificación de la jurisprudencia, permite comprobar la hipótesis de la existencia del precedente judicial en el contencioso administrativo, en razón que no solamente el legislador, creó una categoría especial de sentencias que impone reglas de interpretación para la administración y los operadores judiciales, sino que dotó de herramientas como la extensión de jurisprudencia para garantizar su aplicación a través de la estipulación de un deber general (artículo 10), una petición especial ante la administración (artículo 102) y una orden judicial (artículo 269), garantizando de esta manera la seguridad jurídica e derecho a la igualdad en el trato y aplicación de la ley, objetivos centrales y razón de ser de la existencia del precedente judicial.

Comentarios finales

Una vez comprobada la hipótesis de la investigación, se presenta información⁷⁷ suministrada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- ANDJE, la cual ha tenido un papel muy relevante en el análisis de los mecanismos presentados y un papel protagónico en la práctica de los mismos por la obligación que estableció el artículo 614 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), de rendir concepto previo en desarrollo del artículo 102, así como intervenir en el proceso judicial.

Para el caso del mecanismo de extensión en los términos del artículo 102 del CPACA, en el año 2013 la ANDJE, emitió un total de 529 conceptos previos de extensión de jurisprudencia y en lo corrido del año 2014, un total de 211 conceptos previos. En lo corrido del año 2014 la ANDJE, ha intervenido en vía judicial –bien sea presentado alegatos en el término de traslado y/o asistiendo a las audiencias de alegaciones y decisión- en un total de 272 actuaciones, donde se señala que más del 99% de las sentencias invocadas corresponden a reclamaciones de carácter laboral. Lo anterior evidencia que en la práctica se está utilizando los mecanismos creados por el CPACA, pero si el total de procesos se compara con el total de procesos que a diario entran a la jurisdicción, no se está evidenciando una verdadera utilidad de las herramientas que favorezcan la seguridad jurídica y la descongestión del sistema judicial.

Adicionalmente, a junio de 2013, se solicitaron a las ANDJE 259 conceptos y ninguno de ellos prosperó en sede administrativa, lo que permite ver que existe un cierto recelo de la administración en reconocer extensiones de jurisprudencia por eventuales responsabilidades disciplinarias o fiscales, lo que se debe reglamentar para hacer operativo el mecanismo.

⁷⁷ Información obtenida de las visitas realizadas a las oficinas de la ANDJE, la cual se complementó con la información presentada por la directora de la ANDJE Adriana María Guillén en su ponencia La ANDJE y su papel en las peticiones de extensión de jurisprudencia en vía administrativa y judicial. (Guillén Arango, 2014)

A continuación de una manera breve se presentarán algunos retos⁷⁸ que se tienen para seguir consolidado el precedente judicial en el contencioso administrativo, para que sea aplicado por jueces y la administración para la protección de los derechos de las personas.

1. La identificación de las sentencias de unificación jurisprudencial.

El Consejo de Estado debe hacer un esfuerzo por identificar dentro de sus providencias tanto de la sala plena como de las secciones para señalar cuáles cumplen los requisitos para ser sentencias de unificación jurisprudencial y que sean susceptibles del mecanismo de extensión de jurisprudencia. Al respecto se debe reconocer el esfuerzo realizado en el año 2014 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado por identificar las sentencias de unificación jurisprudencial y dentro de ellas las susceptibles del mecanismo de extensión, que fueron proferidas con anterioridad a la entrada en vigencia del CPACA (Consejo de Estado, 2014). Dentro de los más de 30000 registros, se identificaron 650 sentencias de unificación provenientes de alguna de las fuentes señaladas en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y dentro de ese grupo de sentencias se identificaron 97 providencias que permitirían activar el mecanismo de extensión del artículo 102 del CPACA. Lo anterior pone en evidencia el esfuerzo realizado, para facilitar al ciudadano el uso del mecanismo de extensión de jurisprudencia.

- a. De igual manera, se debe establecer una estructura clara de las sentencias para facilitar la identificación de la ratio decidendi, y hacer expresa la regla que constituye el precedente judicial.
- b. Establecer un nombre especial para las sentencias de unificación, que permita su identificación desde su radicado. Frente a este reto mediante el artículo 8 del Acuerdo 148 de 9 de julio de 2014 se modificó el reglamento interno del Consejo de Estado Acuerdo 58 de 1999 incluyendo el Artículo 43B⁷⁹, donde

⁷⁸ Alguna bibliografía al respecto para consulta: (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012, págs. 270 - 273) y (Guillén Arango, 2014)

⁷⁹ ARTÍCULO 8. Adiciónese al Acuerdo 58 de 1999 un artículo, así: Artículo 43B. Identificación y publicidad de las sentencias de unificación jurisprudencial. Las sentencias de unificación jurisprudencial se identificarán con las siglas CE-SUJ seguidas del número de la Sección y el número anual consecutivo que les corresponda.

se indica que las sentencias de unificación jurisprudencial se identificarán con las siglas CE-SUJ seguidas del número de la Sección y el número anual consecutivo que les corresponda.

2. Con cierta regularidad, dictar sentencias de unificación por parte de las altas cortes, donde se relate de manera específica, precisa y didáctica, el estado de los debates frente a los temas de competencia de cada Corte. Como avance a este reto se reconoce el esfuerzo realizado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien en sesión del 28 de agosto de 2014, expidieron 8 sentencias, gracias a las cuales se unificó sus criterios en cuanto el reconocimiento y tasación de los perjuicios inmatrimales imputables a las entidades públicas como derivación del daño antijurídico, las cuales se pueden consultar en la publicación “Unificación Jurisprudencial Perjuicios Inmatrimales” (Sección Tercera, 2014)
 - a. Utilizar metodologías similares para la citación y aplicación de la jurisprudencia vigente, dentro de las sentencias de unificación.
3. Mejorar los sistemas de publicación y divulgación de los casos fallados.
 - a. Se debe fortalecer el trabajo de las relatorías tanto en la consolidación y sistematización de la información existente, como la actualización permanente del sistema, con la finalidad de dar permanentemente a conocer a las autoridades administrativas, como a los jueces y la comunidad jurídica en general las sentencias de unificación.
 - b. Se sugiere diseñar un sistema de fácil consulta, que sea amigable de consultar para los usuarios. Con índices temáticos, tipos de providencias y que tenga todos los textos disponibles.
 - c. El sistema de divulgación debe atender a las necesidades de toda la población,

Dichas sentencias serán publicadas en la sede electrónica del Consejo de Estado, en un enlace especial de fácil acceso e identificación.

Parágrafo Transitorio. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones identificarán las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas a partir del 2 de julio de 2012 de conformidad con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, e informarán a la Relatoría de la Corporación para efectos de asegurar su publicación en la sede electrónica en los términos del presente artículo.

estando disponible para su consulta desde un portal web.

- d. Se requiere un esfuerzo importante por parte del gobierno nacional y de la rama judicial para destinar los recursos necesarios para poder implementar estos sistemas de publicación y garantizar las herramientas para presentar el mecanismo de extensión de jurisprudencia.

4. La necesidad de reglamentar en detalle el mecanismo de extensión de jurisprudencia.

- a. El legislador reglamentó de manera muy general la figura y en la práctica se observan algunos temas que ameritan una reglamentación.
- b. Establecer un procedimiento oficioso interno, con miras a asegurar la aplicación no solo rigurosa, sino recurrente y normalizada de la extensión de jurisprudencia con miras a la garantía de los derechos de las personas.
- c. Establecer que la extensión de jurisprudencia sólo se puede interponer una vez se hayan resuelto los recursos de la vía gubernativa, dentro de una petición ordinaria.
- d. Imponer un límite de solicitudes de extensión con el mismo objeto ante la administración.
- e. Que la solicitud de extensión de jurisprudencia no pueda revivir el término de los 30 días para acudir al Consejo de Estado, en virtud del artículo 269 de la Ley 1437 de 2011.
- f. Habrá que establecer un rubro presupuestal dentro de cada entidad, para que se puedan realizar los reconocimientos patrimoniales, sin tener temor de los órganos que ejercen el control disciplinario y fiscal.
- g. Limitar las materias para la procedencia del mecanismo de extensión particularmente en las que se declara patrimonialmente responsable al Estado en razón que se debe agotar un debate probatorio, que no es propio de este mecanismo y la responsabilidad sólo se puede declarar por un juez de la república.
 - i. En temas como la responsabilidad extracontractual del estado es prácticamente imposible garantizar la igualdad de casos, por lo que no

se puede obligar a extender los efectos de una sentencia, en razón que se debe analizar el nexo causal, el daño y su cuantía, que normalmente serán diferentes en cada caso.

- h. Poner límites a los montos de indemnización en razón que por la corrupción que existe actualmente, es factible que con un precedente obligatorio, se formulen al Estado cuantiosas reclamaciones, y que la entidad pública las apruebe sin estudiar de fondo las situaciones.
 - i. En vía judicial, la posibilidad de decretar la cosa juzgada en los casos que se interpongan varias solicitudes.
 - j. Que el mecanismo no se pueda solicitar si hay en curso en la jurisdicción una acción ordinaria, por los mismos hechos y derechos.
 - k. El trámite incidental que le corresponde iniciar al actor, en los eventos en los que el Consejo de Estado ha accedido a ordenar la extensión de los efectos de la sentencia invocada.
5. Promover un cambio de cultura y actitud de la Administración, para que en sede administrativa reconozcan los derechos de las personas, resolviendo de fondo las peticiones, para no someterlas ni a ellas ni a la jurisdicción en un desgaste innecesario.
6. Promover la enseñanza, estudio y divulgación, en las facultades de derecho y en la Escuela Judicial, de las líneas jurisprudenciales existentes, de manera que se convierta en un componente necesario para la formación de abogados y jueces, para difundir los precedentes judiciales y fortalecer la cultura jurisprudencial.
7. Establecer mecanismos de evaluación o indicadores para asegurar que las autoridades administrativas y judiciales resuelvan los asuntos de su competencia de acuerdo con las sentencias de unificación frente a casos similares.

Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de jurisprudencia son una manifestación del precedente judicial, en el entendido que busca que las sentencias de

unificación sienten una regla para ser seguida tanto por la administración como por los otros jueces, sin embargo sólo se sabrá si son instrumentos que de verdad favorecen la seguridad jurídica cuando su implementación esté un poco más avanzada. Pero es claro que lograr su utilización facilitará la descongestión judicial, pues permitirá evacuar una gran cantidad de causas de reclamación ante la Administración con idéntica situación fáctica y jurídica a partir de lo resuelto en las sentencias de unificación jurisprudencial sin necesidad de acudir a que el juez administrativo las resuelva.

CONCLUSIONES

El estudio y análisis juicioso del material doctrinal, legal y jurisprudencial que se desarrolló durante la investigación, permite advertir las siguientes conclusiones, haciendo la salvedad que el tema investigado estará en constante evolución, en razón que corresponde a la esencia misma del derecho, con su carácter dinámico para responder a las necesidades de la sociedad, dando siempre habrá cabida a la reflexión y al debate.

- Es importante seguir estudiando el tema de la creación del derecho, y la relación entre las diferentes fuentes porque el cambio en una institución dentro del sistema formal, modifica todo el ordenamiento jurídico, comprometiendo su concepción y funcionamiento. Por lo tanto estudiar la materia, permite solucionar problemas en la práctica del derecho, que pueden llegar a comprometer la seguridad jurídica, y la justicia, pilares fundamentales del estado social de derecho.
- Frente al primer objetivo, se ha identificado la concepción clásica de las fuentes del derecho y los distintos roles que desempeña la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre dentro de la tradición jurídica Romano Germana y del CommonLaw. En este sentido, en las dos familias prevalece una misma concepción del derecho vinculada a la búsqueda de la justicia, y la única diferencia que se encuentra es que mientras unos atribuyen el máximo valor a la ley, los últimos apuntan al mismo objetivo mediante una técnica que valora sobre todo las decisiones judiciales. En este sentido existe un análisis diferente de la norma jurídica desde una perspectiva legislativa y doctrinaria en la tradición Romano Germánica y desde una visión jurisdiccional en los países del Common Law.
- Los cambios de las relaciones comerciales y sociales en los estados modernos, ha exigido un cambio en el derecho y por supuesto en sus fuentes formales. Lo cual se ha evidenciado en la relevancia que ha ganado la jurisprudencia en los países de tradición continental. Es ahí precisamente, donde se puede observar otra cercanía

entre las tradiciones jurídicas estudiadas que vale la pena mencionar. A pesar que en los ordenamientos de la Familia Romano Germánica el grado de fuerza vinculante atribuido a la jurisprudencia es menor que al precedente en el Common Law, nada impide pensar que actualmente existe el precedente y su nueva posición dentro del sistema de fuentes y fuerza que tiene, se la otorga la autoridad que lo expide, otorgando su obligatorio cumplimiento para los jueces de rango inferior. Lo que permite concluir que la distinción tradicional según la cual el Common Law es fundado sobre el precedente, mientras la Familia Romano Germánica se fundamenta en la ley escrita, no tiene hoy en día el valor que en principio tuvo el pasado.

- Comprendiendo la visión global expuesta de las dos tradiciones jurídicas estudiadas, se desarrolló el segundo objetivo analizando las normas y jurisprudencia relacionadas con las fuentes del derecho colombiano donde se encontró que durante mucho tiempo, el derecho colombiano, fiel seguidor de la tradición Romano Germánica circunscribió el derecho al derecho positivo y a los planteamientos de la escuela de la exegesis, que le daba un valor fundamental a la ley y a la voluntad del legislador, justificado como lo indica Bobbio en que “un sistema de fuentes organizado en la ley y a través de la codificación impedía la dispersión y el caos”(1993). Sin embargo durante los últimos años, cierta parte de la doctrina colombiana discute la pertenencia del derecho colombiano, a la tradición Romano Germánica en razón al poder creador de derecho que parece atribuírsele cada día con más fuerza a los jueces, y en particular a la Corte Constitucional.
- La estricta subordinación del juez a la ley, tuvo sus excepciones cuando se dio el reconocimiento de la doctrina legal y la doctrina probable y con la creación en 1886 del recurso de Casación, cuyo fin primordial era la unificación de la jurisprudencia, tarea necesaria para suplir los vacíos dejados por el legislador en la norma positiva, lo que permitió identificar los primeros debates que se dieron sobre el valor de la jurisprudencia en el derecho colombiano.

- La globalización, la internacionalización y la constitucionalización del derecho colombiano fueron coadyuvantes para que el estudio del artículo 230 de la Constitución Política de 1991, realizado por la Corte Constitución introdujera cambios en la tradicional interpretación jurídica de las fuentes del derecho basada en los postulados de la escuela de la exégesis, hacia una hermenéutica en la que se privilegia el criterio del juez, dándole un papel protagónico.
- En Colombia se le ha dado “una posición sobresaliente al activismo de la Corte Constitucional, y a sus interpretaciones de la Constitución (García López L. , 2013), otorgando un carácter creador de derecho a la jurisprudencia constitucional por dos razones: la primera, debido a la “indeterminación inherente de los principios y valores constitucionales, a la naturaleza abierta de los preceptos” (Monroy Cabra, 2010, pág. 246) dejando lagunas que se deben llenar de acuerdo al contexto social y a la realidad, labor que únicamente puede ser llevada a cabo por los jueces, y la otra es que a la Corte Constitucional se le confió la tarea de salvaguardar la Constitución y ser su legítimo interprete, a través de sus sentencias convirtiendo estas últimas en fuente de derecho al ser las que permiten la aplicación directa de la Constitución.
- La lectura que en la actualidad se hace al artículo 230 no es la misma que se podía hacer recientemente se expidió la Constitución. La interpretación consistente en tratar la jurisprudencia simplemente como un criterio auxiliar ya no es dable en nuestro actual ordenamiento. El robusto desarrollo que la Corte Constitucional ha hecho sobre la materia en especial en las sentencias SU-047 de 1999, C- 836 de 2001, y T-292 de 2006, permite concluir que la jurisprudencia ha ganado un reconocimiento mayor, con una nueva posición jerárquica dentro de las fuentes en el derecho colombiano. Por lo que se comulga con la tesis que estamos frente a una reconfiguración de las fuentes del derecho colombiano y su tradicional organización está en crisis (García López E. , 2011, pág. 266) porque ya no corresponde a la realidad jurídica actual.

- Mientras la jurisprudencia iba ganando posiciones dentro de la organización de las fuentes del derecho, se fue incluyendo en el ordenamiento colombiano el concepto del precedente judicial, al no encontrar ninguna norma constitucional o legal que indique que su existencia es contraria a la naturaleza de nuestra tradición Romano Germánica lo que ha causado en el ordenamiento colombiano una redefinición de las fuentes del derecho, en razón que el mismo se reconoce como fuente formal del derecho.
- Al comprender que el precedente judicial es fuente del derecho, el juez se convierte en creador del derecho y con esto garante de la democracia y de la realización del estado social de derecho. Sin embargo, es importante poner especial atención al poder de los jueces como productores de derecho y tratar de imponer unos límites a esa capacidad interpretativa para no desbordar los límites de la justicia y de la ley, lo cual aparentemente está ocurriendo en la actualidad. Para lo cual se propone un control responsable dentro de la propia rama judicial donde se muestren, condiciones y reglas de razonamiento jurídico para tener en cuenta en los procesos judiciales, de forma que las decisiones que se tomen estén acordes con la teoría de la justicia y no con el juego de los intereses personales de los jueces, para lo cual valdría la pena profundizar en ese tema en una investigación posterior.
- La existencia del precedente judicial en Colombia no se limitó únicamente al derecho constitucional, sino permeó a la totalidad de la rama judicial. Es por esto que las decisiones judiciales de las Altas Cortes, reconocidas como órganos de cierre de su jurisdicción, tienen fuerza vinculante y se consideran como precedente judicial. Se resalta la importancia del precedente judicial como una institución que favorece a la unidad del ordenamiento colombiano, la seguridad jurídica y la materialización del principio y derecho a la igualdad.
- Así las cosas, en el desarrollo del tercer objetivo, se encontró del estudio de las normas del derecho administrativo y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la

organización tradicional de las fuentes del derecho, pero se evidenció la existencia del precedente judicial en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en razón que a pesar que el origen del derecho administrativo es estrictamente reglado, debido a la especialidad de sus contenidos y conflictos la jurisprudencia ha sido vital en el desarrollo de muchas de sus instituciones.

- Durante mucho tiempo se han ido creando distintos recursos extraordinarios, los cuales aparentemente no sirvieron para alcanzar el fin deseado de unificar la jurisprudencia, y consolidar los precedentes judiciales en la jurisdicción Contenciosa Administrativa. Sin embargo, se concluyó que la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, señalan el camino para considerar la obligatoriedad de la jurisprudencia y con esto la existencia del precedente judicial en el Consejo de Estado, dando un marco legal a lo que ya se había desarrollado por más de 20 años en la Corte Constitucional, y de unos años para acá en el Consejo de Estado.
- La Ley 1437 de 2011 fue el resultado de un esfuerzo mancomunado de las tres ramas del poder público, bajo el liderazgo del Consejo de Estado. Sin lugar a dudas es una reforma trascendental para el derecho administrativo, pues responde al espíritu renovador de la Constitución Política de 1991, donde se resalta el papel fundamental de la administración en la protección de los derechos de las personas. Su estudio permitió desarrollar el cuarto objetivo, en el que se logró identificar la existencia de instituciones en la Ley 1437 de 2011, que dieran alcance al concepto de precedente judicial en la Jurisdicción Contenciosa administrativa.
- El resultado del desarrollo del cuarto objetivo, permitió identificar una tipología de fallos, las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, que a nuestro juicio dotaron de herramientas reales a los jueces, funcionarios administrativos y a los ciudadanos para que se aplique el precedente judicial, mediante la creación del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y el mecanismo de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

- Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de jurisprudencia son una manifestación del precedente judicial, en el entendido que busca que las sentencias de unificación sienten una regla para ser seguida tanto por la administración como por los otros jueces, sin embargo sólo se sabrá si son instrumentos que de verdad favorecen la seguridad jurídica cuando su implementación esté un poco más avanzada, por lo que dependerá la consolidación del precedente judicial, de la metodología que se adopte para resolver las instituciones mencionadas, pues permitirá evacuar una gran cantidad de causas de reclamación ante la Administración con idéntica situación fáctica y jurídica a partir de lo resuelto en las sentencias de unificación jurisprudencial sin necesidad de acudir a que el juez administrativo las resuelva.
- El cumplimiento de los cuatro objetivos propuestos permitió dar respuesta al problema de investigación de la siguiente manera: ¿Hay una alteración en las fuentes del derecho, que abre cabida a la existencia del precedente judicial como fuente formal del ordenamiento colombiano, y específicamente del derecho administrativo?

A pesar que el sistema colombiano comparte la tradición jurídica Romano Germánica, donde la ley es la principal fuente del derecho, en la actualidad conceptos como el precedente judicial han tomado fuerza convirtiéndose verdaderamente en fuente del derecho colombiano, alterando la concepción clásica de las fuentes y su orden de acuerdo al valor vinculante que se le ha otorgado.

Lo que lleva a pensar que nuestro sistema ahora se puede clasificar entre los sistemas mixtos o híbridos que “son sistemas que se han creado con la amalgama de tradiciones legales pertenecientes a dos o más familias jurídicas” (Sirvent Gutiérrez, 2003, pág. 9), en nuestro caso entre las tradiciones Romano Germánicas y el Common Law. Por tanto, en Colombia “el recurso al trasplante, a tomar prestadas normas, instituciones, doctrina, etc., es una estrategia de legitimación en un enfrentamiento entre diversas

alternativas que pretenden, ya sea impulsar una reforma, ya sea evitarla” (Rodríguez Villabona, 2010, pág. 117). Lo cual se puede evidenciar en la Ley 1437 de 2011, en la que el legislador intervino, tomando la concepción del precedente judicial tradicional en el Common Law, y le dio herramientas para su materialización en nuestro ordenamiento y específicamente en el Contencioso administrativo con la creación de las sentencias de unificación jurisprudencial y la posibilidad de extender los efectos de las mismas por parte de los jueces y de la administración directamente.

De esta manera, los conceptos tradicionales y los marcos normativos en la materia se han quedado cortos al saber que se está frente a un escenario claro que necesita la reorganización del sistema de fuentes colombiano, por lo que vale la pena esperar que exista mayor claridad normativa y práctica de su jerarquía para pensar en la modificación del artículo 230 de la Constitución, en el sentido de establecer desde la Carta Política que el precedente judicial es vinculante.

Por último, la identificación de las sentencias de unificación jurisprudencial, el fortalecimiento de las relatorías, la necesidad de regular con mayor detalle las instituciones estudiadas, promover un cambio de cultura y actitud de la administración pública, para que en sede administrativa reconozcan los derechos de las personas, y fortalecer el estudio de los precedentes en la facultades de derecho; son algunos de los retos que se tienen para seguir consolidado el precedente judicial en el contencioso administrativo, para que sea aplicado por jueces y la administración para la realización de estado social de derecho, los cuales podrán ser objeto de estudio en posteriores investigaciones.

De igual manera, consecutivamente vendrán otras discusiones como el efecto relativo de las sentencias de unificación por motivos de las ideologías o tendencias políticas de los juzgadores, al igual que la inexistencia de una cultura judicial propensa a respetar las interpretaciones de los órganos de cierre de la jurisdicción, al creer que se restringe la facultad de los jueces a interpretar la ley, la posible corrupción del funcionario al aplicar el precedente establecido por las sentencias de unificación y la obligación de aplicar precedentes que sean

injustos. Lo cual reitera la importancia de hacer una investigación juiciosa y responsable sobre el ordenamiento jurídico y sus constantes evoluciones.

ANEXO 1

Normas relacionadas con el precedente judicial y su desarrollo en el Ordenamiento Colombiano

NORMA	Artículo	TEMA
Ley 61 de 1886	Art. 36	Fin del Recurso de casación: Unificación jurisprudencial
	Art. 38	Causales de nulidad: violación doctrina legal
	Art. 39	Definición de doctrina legal: 3 sentencias sobre mismo punto de derecho
Ley 153 de 1887	Art. 4	Interpretación constitución a la luz doctrina constitucional y jurisprudencia
	Art. 5	Doctrina constitucional para aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes
	Art. 8	Por inexistencia ley aplicable caso aplica doctrina constitucional
	Art. 10	Definición doctrina legal más probable: 3 Decisiones uniformes sobre mismo punto de derecho.
Ley 57 de 1887	Art. 17	Fuerza vinculante de las sentencias
Ley 105 de 1890	Art. 369	Causal interponer recurso casación en civil: violación doctrina legal
	Art. 370	Causal interponer recurso casación en penal: violación doctrina legal
	Art. 371	Definición doctrina legal: 2 Decisiones uniformes sobre mismo punto de derecho
Ley 169 de 1896	Art. 1	Fin del Recurso de casación: Unificación jurisprudencial
	Art. 2 Y 3	Elimina causal de casación violación doctrina legal
	Art. 4	Definición doctrina probable: 3 Decisiones uniformes sobre mismo punto de derecho
	Art. 6	Funciones relator – manejo y organización de la doctrina sentada por la Corte Suprema
	Art. 69	Deroga art. 369 a 371 de la ley 105 de 1890

NORMA	ARTÍCULO	TEMA
Ley 105 de 1931- Código Judicial	Art. 519	Fin del Recurso de casación: Unificación jurisprudencial
	Art. 131	Funciones relator – manejo y organización de la doctrina sentada por la Corte
Decreto 528 de 1964	Art. 24	Regulación para cambio de jurisprudencia, hasta entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil 1971
Acuerdo 2 de 1971, Reglamento Interno del Consejo de Estado	Art. 13	Define jurisprudencia aclarando art. 24 del Decreto 528 de 1964.
Ley 11 de 1975	Art. 2	Creación del recurso extraordinario de Suplica
Código de Proce- dimiento Civil	Art. 365	Fin del Recurso de casación: Unificación jurisprudencial
Código Sustantivo del Trabajo	Art. 19	Fuente auxiliar de interpretación
Decreto 2304 de 1989	Art. 21	Reforma art. 130 del C.C.A, incluyendo al recurso de extraordinario de súplica que opera cuando se está frente a decisiones que sean contrarias a la jurisprudencia de la corporación no a alguna jurisprudencia como lo indicaba la Ley 11 de 1975.
Constitución Política de 1991 Decreto 2591 de 1991	Art. 13	Principio de igualdad, acceso a la administración de justicia
	Art. 230, 243	Fuentes del derecho en el ordenamiento, cosa juzgada constitucional
Decreto 2591 de 1991	Art. 34	Proceso del cambio de jurisprudencia en la Corte Constitucional
Acuerdo 5 de 1992, Reglamento Interno de la Corte Constitucional, modificado mediante Acuerdo 01 de 3 de diciembre de 2008	Art. 16	Función de magistrados auxiliares de rendir informe de la jurisprudencia, legislación y doctrina aplicable temas de debate
	Art. 22	Funciones de relatoría frente a la organización de la jurisprudencia y evolución de los precedentes
	Art. 53	Cambio de jurisprudencia
	Art. 54 A	Unificación de jurisprudencia mediante sentencia proferida por sala plena

NORMA	ARTÍCULO	TEMA
Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de Administración de Justicia	Art. 36 A	Artículo incluido por la ley 1285 de 2006. Fin de Unificación jurisprudencial ante la revisión eventual en las acciones populares y de grupo
Ley 446 de 1998. Ley Sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.	Art. 33	Competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012
Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal	Art. 180	Fin del Recurso de casación: Unificación jurisprudencial
Ley 954 de 2005. Competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia.	Art. 2	Se derogó por la Ley 1437 de 2011, el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, referente al recurso extraordinario de súplica.
Ley 1285 de 2006, Reforma a la ley 270 de 1996 Ley 1395 de 2010. Ley de Descongestión Judicial	Art. 7	Reforma art. 16 de ley 260 de 1996, indicando que las Salas de casación dentro de sus fines está la unificación de la jurisprudencia
	Art. 11	Fin de Unificación jurisprudencial ante la revisión eventual en las acciones populares y de grupo incluyéndole el art. 36 A a la Ley 270 de 1996.
Ley 1395 de 2010. Ley de Descongestión Judicial Administrativo	Art. 4	Reforma art. 29 del C.P.C. Posibilidad de decidir la sala plena recursos de apelación cuando se requiera unificar jurisprudencia o sentar un precedente judicial.
	Art. 114	Obligatoriedad de la jurisprudencia dada por 5 sentencias proferida sobre mismo asunto. Declarada inexecutable y derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011

NORMA	ARTÍCULO	TEMA
Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Decreto 2897 de 2011	Art. 10	Aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia
	Art. 102	La Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades
	Art. 256 Y Ss	El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial
	Art. 269	El procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros
Ley 1564 del 12 de Julio de 2012. Código General del Proceso	Art. 12 Y 15	Directrices de un ordenamiento coherente y organizado y define claramente esta función en cabeza de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Vice ministerio de Promoción de la Justicia del Ministerio de Justicia y del Derecho
	Art. 78	De las partes y apoderados en ser consistentes con la jurisprudencia que aplican
	Art. 347	Por cambio de jurisprudencia admitirse en casación un recurso.
	Art. 279 Y 280	Motivación de la sentencia
	Art. 614	Regula aspectos del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, exigiendo el requisito de concepto previo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que opere la Extensión de la jurisprudencia en lo contencioso administrativo

Fuente: (Motta Navas, Suelt Cock, & Corrales Sánchez, 2012, págs. 131 - 134) Con modificaciones del autor.

ANEXO 2: GLOSARIO

- **Doctrina constitucional:** Es el nombre con el que se designan las interpretaciones que hace la Corte Constitucional de la Constitución y las leyes, con ocasión del ejercicio de sus competencias, mediante autos y sentencias. Esta puede ser interpretativa o integradora.
- **Doctrina legal:** Término anterior a la doctrina probable consistente en la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes.
- **Doctrina probable.** Fue establecida por el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 y consiste propiamente en el estatus o condición que tiene una interpretación de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, cuando ha reiterado un mismo punto de derecho en tres decisiones uniformes.
- **Interpretación constitucional:** La labor que realiza la Corte Constitucional en su tarea de salvaguardar la Constitución y ser su legítimo interprete, a través de sus sentencias convirtiendo estas últimas en fuente de derecho al ser las que permiten la aplicación directa de la Constitución.
- **Fuentes del derecho:** Los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de “normas jurídicas”, en este sentido las fuentes del derecho son todos los factores que le ayudan a tomar las decisiones al juez.
- **Fuerza vinculante:** Referida al precedente, hace relación al vínculo que tiene el juez con las reglas o ratio decidendi de las decisiones de las corporaciones judiciales de cierre, para la solución de nuevos casos.
- **Jurisprudencia:** Es el nombre genérico que se da a las sentencias proferidas por los jueces, los tribunales y las cortes.
- **Jurisprudencia como precedente:** Son las reglas contenidas en las sentencias proferidas por los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, las que vinculan a tribunales, jueces y al propio órgano productor, así como a las demás autoridades públicas y los particulares.

- Jurisprudencia como criterio auxiliar: Son las decisiones y reglas dispuestas por otros órganos y autoridades judiciales distintas a los órganos de cierre, que son criterio auxiliar de interpretación.
- Precedente Judicial: la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares.
- Precedente aplicable: sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.
- Ratio decidendi: Es un enunciado concreto, contenido en la sentencia, vendría a ser la razón (o las razones) de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera.
- Sentencias de unificación jurisprudencial: las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2001.

Fuente: (Quinche Ramírez, 2014, págs. 17 - 19), con modificaciones del autor.

BIBLIOGRAFÍA

- Aftalion , E., García Olano, F., & Vilanova, J. (1960). *Introducción al derecho* (Sexta ed.). Buenos Aires: Librería el Ateneo.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales .
- Alzamora Valdez, M. (1975). *Introducción a la ciencia del derecho* (Sexta ed.). Lima: Sesator.
- Araujo Oñate, R. (2012). El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano. En P. Aberastury, & H. J. Blanke, *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latino America y Europa* (págs. 399 - 455). Buenos Aires: Eudeba.
- Arboleda Perdomo, E. J. (2012). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimeitno Admnsitrativo y de los Contencioso Admnsitrativo*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Arias García, F. (2012). Valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado: ¿Una alteración al sistema de fuentes de derecho en el proceso contencioso administrativo? En F. Arias García, M. A. López Martínez, & D. Bernal Gómez, *Problemáticas actuales del derecho administrativo colombiano* (págs. 9 - 26). Tunja: Ediciones USTA, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.
- Atienza, M. (2008). Constitucionalismo, globalización y Derecho. En F. d. Vasco-Navarras, & F. d. Vasco-Navarras (Ed.), *La globalización en el siglo XXI: Retos y dilemas* (págs. 2013 - 224). Bilbao: Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras. Recuperado el 3 de Abril de 2014, de Universidad de Alicante: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_7783
- Ballén Molina , R. (2007). *Principales causas de la congestión contencioso administrativa en Colombia*. Bogotá: Ibáñez.
- Bernal Pulido, C. (2003). La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano . *Revista Precedente*, 13 - 43.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de derecho del estado*(21).
- Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho* . Bogotá : Editorial Temis.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo Jurídico*. Madrid: Debate.
- Bonnecase, J. (1982). *Introducción al estudio del derecho* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Carneluti, F. (2007). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis.

- Cassagne, J. (2009). *Derecho Administrativo* (Novena ed., Vol. I). Bogotá - Buenos Aires: Pontificia Universidad Javeriana - Abeledo Perrot.
- Castro Camero, R. (Mayo - Agosto de 2010). *Ius commune: fundamento del derecho común Europeo e Iberoamericano. Breve Aproximación*. Recuperado el 20 de Febrero de 2014, de Boletín Mexicano de Derecho Comparado: <http://estudiosterritoriales.org/articulo.oa?id=42719870004>
- Cerra Jiménez, L. E. (2012). *Valor persuasivo del precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia*. Recuperado el 20 de Junio de 2014, de Consejo de Estado: http://www.consejodeestado.gov.co/comunidad/documentos/Articulo_Luis_Eduardo_Cerra.pdf
- Chahín Lizcano, G. (2011). El recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia . En C. d. Estado, *Memorias Seminario Internacional de presentación del nuevo Código Administrativo y Contencioso administrativo* (págs. 373 - 384). Bogotá: Consejo de Estado.
- Chinchilla Marín, C. (1992). Reflexiones en torno a la polemica sobre el origen del derecho administrativo . En *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- Consejo de Estado, S. d.C y S.C (2014). *Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*. Bogotá: Consejo de Estado.
- Contreras Calderón, J. A. (2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, No. 115, 331 - 361.
- Corte Constitucional, C. (2014). *Funciones de la Corte Constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional: www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/Funciones.php
- Cortés, E. (2007). *Fluidez y certeza del derecho ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cross, R., & Harris, J. (1991). *Precedent in English Law* (Cuarta ed.). Oxford: Clarendon Press.
- David , R. (1953). *Tratado de derecho civil comparado* (Segunda ed.). Madrid: Aguilar.
- David, R. (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. (P. B. Gala, Trad.) Madrid: Aguilar.
- De Zubiría, A. (2012). La historia de la rama judicial en Colombia. *Criterio Jurídico Garantista*. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 154 - 187.
- Diéz Sastre, S. (2008). *El precedente administrativo fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons .
- Diéz Velasco, M. (1976). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.

- Duque Ayala , C., & Martínez Cruz, A. C. (2011). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo y la constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia. *Revista IUSTA*, 69 - 86.
- Dworkin , R. (1984). *Los derechos en serio* . Barcelona: Ariel .
- (2009). *Exposición de motivos al Proyecto de Ley 198 de 2010 Senado – 315 de 2010 Cámara "Por la cual se expide el Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo"*. Bogotá: Gaceta del Congreso1.173.
- Falcón Tella, M. J. (2010). *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrera Comella, V. (2001). *La defensa del modelo europeo de Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Figuerola , G. (s.f.). *Codificación, descodificación, recodificación del derecho civil*. Recuperado el 14 de Febrero de 2014, de Http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/panel2/Codificacion_descodificacion_recodificacion_GonzaloFiguerola.pdf
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (Quinceava ed.). Bogotá: Temis y Palestra.
- García López, E. (2011). La crisis de las fuentes del derecho. En J. González, & E. García, *La crisis de las fuentes del derecho en la globalización*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- García López, L. (2013). ¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la Constitucionalización del derecho . *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* , 17 - 32.
- García Máynez, E. (1982). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa S.A.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno sobre el caráctercontramayoritario del poder judicial* . Barcelona: Ariel S.A .
- Gascón Inchausti , F. (2001). Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo. *Tribunales de Justicia*, 69 - 77.
- González Carraso, M. C. (s.f.). *Introducción al Derecho*. Recuperado el 14 de Abril de 2014, de <http://www.uclm.es/profesorado/mcgonzalez/pdf/IntroduccionDerecho/tema1.pdf>
- González Pérez, J. (1998). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (3 ed.). Madrid: Civitas.

- González, M. B. (2002). Perspectivas de las jurisdicciones mixtas dentro del marco de los sistemas jurídicos contemporáneos. *Quid Juris*, 119 - 124. Recuperado el 2015, de Quid Juris: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/2/cnt/cnt7.pdf>
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Medellín : Biblioteca jurídica Dike.
- Guillén Arango, A. M. (2014). La ANDJE y su papel en las peticiones de extensión de la jurisprudencia contenciosos. *Seminario La extensión de la Jurisprudencia. Un desafío para el estado*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Gutiérrez Torres, J. C. (2014). *Obligatoriedad del precedente judicial en el Nuevo Procedimiento Administrativo Colombiano* . Obtenido de Biblioteca virtual Universidad Nacional: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40951/1/285815.2014.pdf>
- Halsall, P. (Octubre de 1998). *F. W. Maitland: The forms of action at common law 1909*. Recuperado el 5 de Mayo de 2014, de <http://www.fordham.edu/halsall/basis/maitland-formsofaction.asp>
- Hernández Meza, N. (2002). Los principios de igualdad y seguridad jurídica como presupuestos de la doctrina probable. *Revista de derecho*, 85 - 105.
- Herrera Robles, A. (2012). *Aspectos Generales del derecho administrativo*. Barranquilla - Bogotá : Universidad del Norte - Grupo Editorial Ibañez .
- Hoyos Duque, R. (2013). *El valor del precedente judicial en la Ley 1437 de 2011: ¿Es la jurisprudencia fuente de derecho?* Recuperado el 14 de Junio de 2014, de Derecho Procesal Contencioso Administrativo: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf>
- Islas Colín, A. (s.f.). *Importancia del Derecho Romano en la época actual*. Recuperado el 14 de Febrero de 2014, de Revista Amicus Curie: http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/09_03_09/derecho-romano.pdf.
- Iturralde, V. (Marzo - Agosto de 2013). Precedente Judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(4), 194 - 201. Recuperado el diciembre de 2014
- Jaramillo Hoyos, A. (Enero - Diciembre de 2011). *El precedente administrativo en la Ley 1340 de 2009*. Recuperado el 15 de Marzo de 2014, de Revista de Derecho de la Competencia: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/5elprecedente.pdf
- Jaramillo, C. (2006). Finalidades primordiales del recurso de casación en el Siglo XXI: El papel protagónico asigando a la unificación jurisprudencial . *Revista de la Corte Suprema de Justicia* .
- Jiménez Gil , W. (2010). *La Jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano*. Recuperado el 28 de Enero de 2014, de

<http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20JERARQU%CDA%20NORMATIVA%20Y%20EL%20SISTEMA%20DE%20FUENTES.pdf>.

- Jinesta, E. (2009). La nueva Justicia Administrativa en Costa Rica. *Revista de administración pública*(179), 1 - 20.
- Kelsen, H. (1965). *Principios de derecho internacional público*. (H. Cancinos, & E. Hermida, Trads.) Buenos Aires: Ateneo.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (R. Brie, Trad.) Madrid: Tecnos.
- La Jurisprudencia como fuente formal del derecho penal* . (Junio de 2013). Obtenido de Cuaderno de derecho penal : http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp9/PDF%20PARA%20INTERNET/07.%20LA%20JURISPRUDENCIA%20COMO%20FUENTE%20FORMAL%20%20DEL%20DERECHO%20PENAL%20.pdf
- Legarre, S., & Rivera, J. C. (2006). Naturaleza y dimensiones del "stare decisis". *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109 - 124.
- Legaz y Lacambra , L. (1979). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch Editores.
- López Medina, D. E. (2002). *Interpretación Constitucional* . Bogotá: Consejo Superior De La Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" – Universidad Nacional De Colombia.
- López Medina, D. E. (2005). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes.
- López Medina, D. E. (2006). *Interpretación Constitucional* (Segunda ed.). Bogotá: Consejo Superior De La Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" – Universidad Nacional De Colombia.
- López Medina, D. E. (2009). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Malagón Pinzón, M. (2005). La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés: La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. *Diálogo de saberes investigaciones y ciencias sociales*(23), 167 - 190.
- Mantilla Blanco, S. (Enero - Diciembre de 2011). *La mal llamada "doctrina probable" en la Ley 1340 de 2009*. Obtenido de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/14lamallamadadoctrina_probable_000.pdf).
- Marinon, L. G. (2012). *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Recuperado el 2 de julio de 2014, de Ius et Praxis:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100008&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122012000100008.)

- Marqu ez V asquez, C. I. (s.f.). *Consideraciones sobre el derecho viviente*. Recuperado el 15 de Mayo de 2014, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/1/cnt/cnt7.pdf>
- Martínez C ardenas, B. (2011). Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia. *Revista Ius et Praxis*, 17(2), 25 - 52.
- Merryman, J. (1980). *La tradición romano jurídica - canónica* (Segunda reimpresión ed.). (E. Suárez, Trad.) México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Mes n, J., & Ca nas, A. (2009). *Código Procesal Contencioso-administrativo con extracto de resoluciones, comentado y diagramado*. San José: Procuraduría General de la República.
- Metro, A. (2012). *Las fuentes del Derecho Romano* . Madrid: Editorial Dykinson.
- Monroy Cabra, M. G. (2002). *La interpretación Constitucional* . Bogotá: Librería del Profesional .
- Monroy Cabra, M. G. (2004). La necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un estado social de derecho. *Anuario de derecho contitucional latinoamericano*, 15 - 40.
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Monroy Cabra, M. G. (2008). El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 107 - 138.
- Monroy Cabra, M. G. (2010). *Introducción al derecho* (Decimoquinta ed.). Bogotá: Temis S.A.
- Morineau, M. (2004). *Una introducción al Common Law*. Ciudad de México: UNAM Instituto de investigaciones jurídicas.
- Morineau, M. (s.f.). *Bases históricas de la familia jurídica romano- canónica*. Recuperado el 14 de Febrero de 2014, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/6.pdf>
- Morineau, M., & Iglesias, R. (2004). *Derecho Romano*. México D.F: Oxford University Press.
- Motta Navas, A. A., Suelst Cock, V., & Corrales Sánchez, M. E. (2012). *La importancia de la jurisprudencia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura- GIZ-Cooperación República Alemana y República de Colombia.
- Murcia Ball n , H. (1999). *Recurso de Casación Civil*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
- Namén Vargas,  . (2013). Alcances del Nuevo Código de Procedimeinto administrativo y de los Contencioso Administrativo Ley 1437. En *Aproximación a la historia de una década de*

trasformaciones de la justicia colombiana (págs. 107 - 144). Bogotá: USAID del pueblo de los Estados Unidos- Corporación Excelencia en la Justicia - Agencia Presidencial del Cooperación Internacional de Colombia.

- Naranjo Mesa, V. (2003). *Teoría Constitucional e instituciones políticas* (Novena ed.). Bogotá: Temis.
- Olano García, H. A. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Revista Universitas*, 571 - 602.
- Pacheco Sánchez, R. (2010). *Interrelación entre normas del Derecho Internacional Público y el Derecho Interno*. Barranquilla: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Parejo Alfonso, L. (2003). *Derecho Administrativo*. Madrid: Ariel Derecho.
- Pérez de Blanco, G. (2005). La extensión subjetiva de los efectos de la sentencia administrativa en los supuestos de litigios en masa. *Revista práctica de derecho. Comentarios y Casos Prácticos*, 85 - 106.
- Pérez Martín, A. (1999). El ius commune: artificio de juristas. En T. De Montaguay, *História del Ensament Juridic* (págs. 69 - 93). Barcelona: Universidad de Pompeu Fabra.
- Piloneta, E. (27 de julio de 2007). *Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano*. Recuperado el 21 de marzo de 2014, de http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20pilonieta%20pinilla)
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis Editores S.A.
- Quintero Mosquera, D. (31 de Julio de 2006). *La seguridad jurídica: entre la tradición y la renovación del derecho*. Recuperado el 15 de Abril de 2014, de Precedente 2001: <http://hdl.handle.net/10906/415>
- Ramos Fonseca, M. (1992). Las fuentes formales del derecho colombiano. *Revista Universidad del Norte*.
- Restrepo Medina , M. A. (2009). *Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario .
- Restrepo Medina, M. A. (2010). Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 263 - 283.
- Rodríguez Carbajo, J. R. (2009). La extensión de efectos de las sentencias dictadas en los procesos testigo/piloto. *Revista Actualidad Administrativa*(15), 3.
- Rodríguez Rodríguez , L. (2008). *Derecho administrativo general y colombiano* (Duodécima ed.). Bogotá: Temis.

- Rodríguez Villabona, A. A. (2010). La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el Derecho. *Revista IUSTA*, 31, 100 -122.
- Rojas Betancourth, D. (2012). Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia. En B. d. Consejo de Estado, *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código* (págs. 90 - 122). Bogotá: Consejo de Estado - Banco de la República.
- Ross, A. (2011). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba .
- Santofimio Gamboa , J. O. (1996). *Tratado de Derecho Administrativo* (Primera ed., Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La Fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarfatti, M. (1945). *Introducción al estudio del derecho comparado* . México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México.
- Sección Tercera, C. d. (2014). *Unificación jurisprudencial - Perjuicios inmateriales*. Bogotá: Consejo de Estado.
- Segura, M. R. (2011). *Precedente Jurisprudencial VS Unificación jurisprudencial*. Recuperado el 21 de Marzo de 2014, de VERBA IURIS - Artículos sobre Derecho Administrativo: www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/da4.pdf
- Serna Mesa, J. A. (Mayo - Agosto de 2010). Bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo. *Dialógos de Derecho y Política*(4), 1 - 32.
- Serrano González, A. (2002). *Cultura jurídica europea*. Madrid: Tecnos.
- Sirvent Gutiérrez, C. (2003). *Sistemas jurídicos contemporáneos* (Cuarta ed.). México D.F.: Porrúa.
- Stürner, R. (2007). Derecho Porcesal y culturas jurídicas. *Ius et Praxis*, 13(1), 435 - 462.
- Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo, C. I. (2012). *El precedente judicial en Colombia*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y Jurisprudencia. *Revista Precedente*, 85 - 99.
- Torré, A. (1965). *Introducción al derecho* (Quinta ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Triepel, C. (1939). *Derecho Interno y derecho internacional*. Madrid: Taboada.
- Valencia Zea, A. (1994). *Derecho Civil*. Bogotá: Temis.
- Valero Jiménez, K. (s.f.). *Aspectos básicos del nuevo Código Procesal Contencioso - Administrativo*. Recuperado el 18 de diciembre de 2014, de <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica14/art1.pdf>

- Vargas Rincón, A. (2012). Sentencias de Unificación Jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial. En *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo Código* (págs. 127 - 139). Bogotá: Consejo de Estado - Banco de la República.
- Verdross, A. (1985). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Vidal Perdomo, J. (2004). *Derecho administrativo*. Bogotá: Legis Editores S.A .
- Younes Moreno, D. (2008). *Vía gubernativa –conciliación– arbitramento. Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo*. Bogotá: GTZ - Legis Editores S.A .
- Zambrano Cetina, W. (2011). Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo . En C. d.-C. Bogotá, *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo* (págs. 37 - 77). Bogotá: Consejo de Estado - Contraloría de Bogotá.

PROVIDENCIAS JUDICIALES

CORTE CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional. Sentencia C-510 de 1992. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., Septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).
- Corte Constitucional. Sentencias C – 018 de 1993. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., enero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y tres (1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C – 104 de 1993. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993 M.P: Jorge Arango Mejía, Bogotá, D.C., marzo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y tres (1993)
- Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C, abril 1° de mil novecientos noventa y tres (1.993).
- Corte Constitucional. Sentencia C–486 de 1993. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., Octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y tres (1993)
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M.P: Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, D.C., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

- Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C, mayo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995).
- Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C.; cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).
- Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C, Santa Fe de Bogotá, diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)
- Corte constitucional. Sentencia C- 622 de 1997. M.P: Hernando Herrera Mercado. Bogotá, D.C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y siete (1997).
- Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1998. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C, agosto diez (10) de mil novecientos noventa y ocho (1998).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-640 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C, noviembre cinco de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. M.P: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).
- Corte Constitucional. Sentencia T-973 de 1999 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).
- Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., agosto nueve (9) de dos mil uno (2001).
- Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2003. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil tres (2003)
- Corte Constitucional. Sentencia T-688 de 2003. M.P: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil tres (2003)
- Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2004. M.P: Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil cuatro (2004)
- Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. M.P: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil cinco (2005).

- Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2006. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil ocho (2008).
- Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006. M.P: José Manuel Cepeda. Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil seis (2006).
- Corte Constitucional. Sentencia C -049 de 2007. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil siete (2007).
- Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 2008 M.P: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C. marzo seis (6) de 2008.
- Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).
- Corte Constitucional. Sentencia C -713 de 2008. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil ocho (2008).
- Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva). Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. M.P: Mauricio González Cuervo, Bogotá D.C., noviembre 1 de dos mil once 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2012. M.P: González Cuervo. Bogotá D.C., julio veinticinco (25) de dos mil doce 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2012. M.P: Alexei Egor Julio Estrada. Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012).
- Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2013. M.P: Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil trece (2013).

CONSEJO DE ESTADO

- Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, Expediente número 532, Concepto sobre la Junta de Conversión. Consejero Ponente: Bonifacio Vélez, Bogotá, octubre once (11) de mil novecientos quince (1915).

- Consejo de Estado, Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente número 246, Consejero Ponente: Miguel Lleras Pizarro. Bogotá, D. E., diez y nueve (19) de abril (04) de mil novecientos setenta y siete (1977).
- Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente número S-032, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de agosto (08) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).
- Consejo de Estado. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia con Radicación número: 5494, Consejero Ponente: Juan De Dios Montes Hernández. Santafé de Bogotá, D.C., diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).
- Consejo de Estado, en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado No. 44001-23-31-000-2004-0030-01(3461), Consejero Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil cuatro (2004)
- Consejo de Estado en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación No.: 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662), Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación numero:11001-03-06-000-2011-00049-00(2069), Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012)
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177). Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C. diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala Plena. Magistrado Ponente: Eustorgio Sarría. Bogotá, septiembre 4 de mil novecientos setenta (1970).

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala Plena. Magistrado Ponente: Hernán Toro Agudelo. Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos setenta (1970).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala Plena. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz. Bogotá, julio once (11) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Isaura Vargas Díaz. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil cinco (2005)
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil seis (2006).

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia No. de Radicación 20070002201 Magistrado Ponente: Julia Emma Garzón de Gómez. 2011
- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia No. de Radicación 27001110200020070020601. Magistrado Ponente María Mercedes López Mora. 2011
- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia No. de Radicación 270011102000200700042– 01. Magistrado Ponente María Mercedes López Mora. 2010
- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia No. de Radicación: 110010102000200400173-03. Magistrado Ponente: Guillermo Bueno Miranda
- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia No. de Radicación 27001110200020050013401 1656 F. Magistrado Ponente: José Ovidio Claros Polanco. 2010.
- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia No. de Radicación 11001010200020050015001 – 1657 F. Magistrado Ponente: José Ovidio Claros Polanco. 2010.

- Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia No. de Radicación 27001110200020070020601. Magistrado Ponente: Pedro Alonso Sanabria Buitrago. 2010.