



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El precedente judicial en la jurisdicción contencioso administrativa: Una discusión no zanjada

Juan Carlos Morales Camargo

Facultad de Derecho, Ciencias políticas y Sociales

Universidad Nacional de Colombia

Maestría en Derecho

BOGOTÁ, D.C.

2016

El precedente judicial en la jurisdicción contencioso administrativa: Una discusión no zanjada

Juan Carlos Morales Camargo

C.C. No. 1049604676

**Trabajo presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho**

**Director:
PhD. Jheison Torres Avila**

**Línea de investigación:
Derecho Público y Derecho Administrativo**

**Facultad de Derecho, Ciencias políticas y Sociales
Universidad Nacional de Colombia
Maestría en Derecho
BOGOTÁ, D.C.
2016**

A mi hija, vida de mi vida, mi todo, por quien todo vale la pena
y nada es un esfuerzo. A mi esposa, por creer, confiar, sostener,
llegar, estar y permanecer. A mi madre por su ejemplo, ese que no se dio con
palabras sino con actos diarios

Agradecimientos

A Dios por su infinita bondad y misericordia, a toda mi familia por sus incontables muestras de cariño, a m director Dr. Jheison Torres Avila por su inagotable paciencia y apoyo, al Dr. Germán Eduardo Pulido Daza, por enseñarme a pescar, por darme las herramientas para hacer del litigio mi estilo de vida y la fuente de sustento de mi familia, a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia por la formación recibida y a la Universidad Nacional de Colombia por creer en la capacidad de los boyacenses.

Resumen

En Colombia los jueces están sometidos al imperio de la ley, la jurisprudencia sólo es un criterio auxiliar de la actividad judicial. Sin embargo, en las últimas dos décadas se ha abierto el debate en torno a la aceptación de la jurisprudencia como fuente de derecho. Sobre el particular, se han marcado dos posiciones, una expuesta por el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo que descarta a la jurisprudencia como fuente de derecho y otra sostenida por el profesor Diego López Medina quien es partidario de la postura que defiende el precedente vinculante (al menos relativo). El Consejo de Estado, por su parte, privilegia la fuente legal para la toma de sus decisiones, empero, con la expedición de la ley 1437 de 2011, se introdujo el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de autoridades, reabriendo la discusión sobre el carácter vinculante del precedente judicial en materia contenciosa administrativa.

Palabras clave: Jurisprudencia, precedente, consejo de estado

Abstract

In Colombia judges are subject to the rule of law, jurisprudence is only an auxiliary criteria of judicial activity. However, in the last two decades it has opened the debate on the acceptance of jurisprudence as a source of law. On this, two positions have been marked, an exposed by Javier Tamayo Jaramillo doctrinante dismisses the case as another source of law and sustained by Professor Diego Lopez Medina, who is in favor of the position advocated by the binding precedent (at least relative). The State Council, meanwhile, favors the legal source for making decisions, however, with the promulgation of Law 1437 of 2011, the extraordinary appeal for unification of jurisprudence and jurisprudential extension of the State Council introduced to third parties by the authorities, reopening the discussion on the binding nature of judicial precedent in administrative contentious

Contenido

	Pág.
Resumen	IX
Introducción	1
1. El sistema de fuentes en el derecho colombiano	5
1.1 Antecedentes y contexto histórico antes de la Constitución del 91:	5
1.2 Aproximación al concepto de Jurisprudencia:	12
1.3. El artículo 230 de la C.P.: Una mirada Legal y Jurisprudencial:	14
2. La jurisprudencia en el sistema de fuentes colombiano	21
2.1. Aproximación a la definición del precedente judicial:	21
2.2. El precedente Judicial y discrecionalidad judicial:	26
2.3 La tesis del profesor Diego Eduardo López Medina:	29
2.4. La tesis del doctrinante Javier Tamayo Jaramillo:	32
3. El precedente judicial obligatorio en el concejo de estado.....	35
3.1 El Modelo de Jurisprudencia Indicativa del Consejo de Estado ¿Mito o realidad?.....	35
3.2 Los cambios introducidos por la ley 1437 de 2011	40
3.3 Algunos casos de interés en materia de precedentes del Consejo de Estado:.....	45
3.3.1 Un ejemplo de los precedentes discordantes entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional:.....	45
3.3.2 La sentencia de Unificación Jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012, rad. (24897) ¿intento fallido?.....	52
3.3.3 ¿Son obligatorios los precedentes judiciales del Consejo de Estado contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial a la luz del artículo 230 de la Constitución Política de 1991?	57
3.4. La Jurisprudencia del Consejo de Estado frente al Precedente Judicial: ...	65
4. Conclusiones.....	73
5. Bibliografía	77

Introducción

La Constitución de 1991 precisó en su artículo 230 que los jueces están sometidos de manera exclusiva al imperio de la ley y en tal orden de ideas, la jurisprudencia sólo es un criterio auxiliar de la actividad judicial. En efecto, el sistema de fuentes concebido bajo el orden jurídico Colombiano, que López Medina denomina neo-romanista y positivista por filiación (López Medina: 2006, p.3), se caracteriza porque los jueces tienen la función de aplicar la ley, más no de crearla, cumpliéndose con la función judicial de fallar en derecho bajo estricta sujeción y obediencia a las normas emanadas del constituyente primario o el poder legislativo, y en tal sentido, la jurisprudencia ha sido considerada como una fuente “secundaria” o “auxiliar” del derecho.

No obstante lo anterior, particularmente en las dos últimas décadas, el país ha visto un nutrido e interesante debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la aceptación de la jurisprudencia como fuente de derecho y en tal sentido, se han marcado dos grandes posiciones a favor y en contra del precedente obligatorio, las cuales se pueden identificar, entre otras formas, a partir del conocido debate dado entre el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo y el profesor Diego López Medina.

La primera posición descarta a la jurisprudencia como fuente de derecho y naturalmente también es reticente a la aplicación del precedente obligatorio. En el escenario nacional podemos encontrar como uno de sus exponentes al doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, quien sustenta su posición en una defensa a ultranza del principio de legalidad, guardando especial respeto por la interpretación semántica del artículo 230 de la Constitución de 1991.

Por otra parte, el profesor Diego Eduardo López Medina, es partidario de la postura que defiende el precedente vinculante (al menos relativo), propugnando por la doctrina del derecho viviente. El trabajo investigativo de López Medina presentado a través de su obra “El derecho de los Jueces”, muestra la consolidación del precedente al interior de la

Corte Constitucional (Punto que se profundizará durante la presente investigación), y parte de su análisis involucra las sentencias C-836/01 y SU-120/2003; ya que dichas providencias significaron una invitación de la Corte Constitucional a la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para que estas últimas Corporaciones trataran su propia jurisprudencia como precedente vinculante relativo (López Medina: 2006, p. 109).

Para el profesor López Medina, la razón que fundamentó tal invitación se apoya en una reinterpretación hecha por la Honorable Corte Constitucional a la denominada doctrina probable de que trata el artículo 4 de la ley 169/96. Esta reinterpretación *“incluye una nueva manera de apreciar el valor jurídico y doctrinal de la jurisprudencia: la invitación se hace, pues, a considerar la jurisprudencia como repositorio de la experiencia basado en la analogía fáctica”* (López Medina: 2006, p. 109).

En lo que corresponde al Consejo de Estado, ha mantenido una tradición dirigida a emplear sus providencias anteriores bajo un modelo de jurisprudencia meramente indicativa que, en principio, privilegia la fuente legal para la toma de sus decisiones. Pero con la expedición de la ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”* (Hoyos Duque: 2013), se introdujo recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de autoridades, reabriendo la discusión sobre el carácter vinculante del precedente judicial en materia contenciosa administrativa.

En este contexto, y reconociendo el amplio material bibliográfico sobre la materia, el problema de investigación que orientó el presente trabajo de grado fue el de establecer hasta donde son obligatorios los precedentes judiciales del Consejo de Estado contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial, a la luz del artículo 230 de la Constitución Política de 1991, en consideración a las instituciones procesales introducidas en materia contencioso administrativa por la ley 1437 de 2011. Para tal efecto, el objetivo principal que orientó el presente trabajo fue el de establecer sí, al tenor del artículo 230 de la Constitución Política de 1991, los precedentes judiciales del Consejo de Estado contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial son obligatorios y hasta qué punto son vinculantes como fuente de derecho.

Para resolver el problema de investigación planteado, se analizó el sistema de fuentes colombiano, el papel que allí desempeña la jurisprudencia, el significado de los cambios introducidos por la ley 1437 de 2011 y además, se estudiaron dos casos que permiten evaluar el comportamiento jurisprudencial del Consejo de Estado y algunas de sus incongruencias: en el primer caso se pone de presente algunas situaciones antinómicas causadas por la existencia de dos precedentes opuestos sobre una misma materia producidos por dos altas cortes, (Corte Constitucional y Consejo de Estado), y en el segundo caso se analizó la sentencia de unificación jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012, bajo radicado N° 24897, la cual contiene uno de los ‘casos difíciles’ que tradicionalmente ha tendido que abordar el Consejo de Estado, relacionado con el cobro de acreencias producto de realización de obras, prestación de servicios o suministro de insumos por parte de un particular a favor del Estado, pero sin la celebración previa de un contrato Estatal, para estudiar la ambivalencia jurisprudencial que se ha presentado al interior del Consejo de Estado.

En este orden, la propuesta se desarrolla en tres capítulos a saber: El primer capítulo abordará el estudio del estado del arte que en general existe sobre la materia, esto es el sistema de fuentes del derecho Colombiano; el capítulo segundo presenta el marco teórico de la temática propuesta, donde se analiza de manera concreta el papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes colombiano, haciendo un breve recuento de la doctrina del precedente judicial, pasando por la noción de discrecionalidad judicial hasta abordar, en el contexto colombiano, las tesis opuestas que sobre la discusión ha abanderado por un lado el profesor López Medina y por otro, el doctrinante Tamayo Jaramillo. Finalmente se presentarán algunas disquisiciones al debate sobre el precedente judicial obligatorio en el Consejo de Estado y se intentará dar una respuesta al problema de investigación planteado.

1.El sistema de fuentes en el derecho colombiano

1.1 Antecedentes y contexto histórico antes de la Constitución del 91:

Es cierto que los avances más importantes en materia de precedente judicial obligatorio fueron logrados a partir del activismo judicial de la Corte Constitucional después de la Constitución de 1991; sin embargo, parte del sustrato que fundamentó la posición de la Corte Constitucional, encuentra sus orígenes mucho tiempo atrás. Esto se colige de la interpretación histórica de algunas disposiciones normativas sobre esta materia, particularmente el artículo 4º de la ley 169 de 1896, realizado por el profesor Diego Eduardo López en el primer capítulo del libro titulado “*El derecho de los Jueces*” (2006). Este es pues el primer insumo del estado del arte del presente trabajo.

López Medina explica que durante el periodo conocido como la regeneración,¹ marcado por la entrada en vigencia de la Constitución de 1886, cuyo propósito político era el de establecer y fortalecer un Estado unitario de carácter centralista, dando vuelco total al ideario liberal de la abolida Constitución Federal de 1863 (Constitución de Rio Negro), el derecho nacional sufrió todo un proceso refundacional,² que a su vez permitiera el

¹ “Dentro de la doctrina colombiana se ha interpretado que el movimiento político-cultural de la Regeneración, que tuvo una vigencia de 1886-1903, fue debido a una tendencia del pensamiento conservador que se originó en la Francia del Segundo imperio” (Malagón Pinzón: 2006), nacido como una forma de reacción a la tendencia liberal que tuvo su auge más alto bajo la vigencia de la Constitución de Rio negro. Desde el punto de vista Constitucional, el profesor BerndMarquardt explicó: “La Constitución de la República de Colombia de 1886 siguió el lema autoproclamado de la Regeneración, entendido como la remodelación del Estado nación según los tres ideales antiliberales del unitarismo, el catolicismo y la hispanidad” (Marquardt: 2011 p. 60).

² El contexto de este proceso “fundacional” del Derecho Republicano puede verse en el capítulo 3 titulado “La conciencia jurídica clásica: Escuela de la Exégesis y Jurisprudencia de Conceptos en el derecho civil colombiano” de La Teoría Impura del Derecho del profesor López Medina, y donde uno de sus apartes señala: “En Colombia, una abigarrada historia política sólo parece encontrar un relativo punto de reposo en

adecuado funcionamiento del Estado (López Medina: 2006, p. 7). López Medina explicó que *“Para cumplir ese propósito fue fundamental estructurar una judicatura de carácter nacional que interpretara el derecho (igualmente nacional) en reemplazo de las judicaturas estatales que interpretaban los derechos estatales autorizados por el sistema federal”* (López Medina: 2006, p. 7).

En este contexto, el derecho de la regeneración estaba marcado por dos tendencias materializadas en el Código civil, por una parte, y en la ley 61 de 1887, generando una contradicción y una evidente tensión (López Medina: 2006, p. 18) entre ambas fuentes normativas, pues ambas normas simbolizaban visiones opuestas respecto al papel de los jueces en el sistema del Derecho de la regeneración.

En efecto, el código civil adoptado bajo la Constitución de 1.886 fue retomado del código vigente en la Unión de los Estados de Colombia, sancionado desde el 26 de mayo de 1.873. El cambio del Código civil de la Unión por el Código civil Nacional se dio a través de la Ley 57 de 1887, que señaló en su artículo primero lo siguiente:

“Artículo 1º.- Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes: El Civil de la Nación, sancionado el 26 de Mayo de 1873; (...)”; y el artículo segundo precisa la interpretación del nuevo texto acorde con la nueva configuración Constitucional como Estado unitario que *“Los términos Territorio, Prefecto, Unión, Estados Unidos de Colombia, Presidente del Estado, que se emplean en el Código Civil, se entenderán dichos con referencia a las nuevas entidades o funcionarios constitucionales, según el caso lo requiera”*.

Este Código civil, objeto de algunas reformas posteriores (Valencia Zea: 2011, p. 40), fue elaborado originalmente por Don Andrés Bello, quien para su redacción tuvo en cuenta la

los sucesos constitucionales y legales de 1.885-1887. Estos años fundacionales de la vida jurídica contemporánea están marcados por la adopción de una Constitución Política y un Código Civil que han de estructurar la comprensión del derecho propia del siglo XX.” (López, Medina: 2011, p 135).

influencia de distintas corrientes romanísticas,³ entre otras la escuela pandectista⁴ y las antiguas costumbres germanas,⁵ sistematizadas con posterioridad en la obra de Savigny y en los códigos de Austria y Prusia. Además, acudió a otras fuentes, como el derecho romano puro representado en el Corpus Iuris Civilis; las siete partidas y la novísima recopilación, ambas de extracción Española y el derecho francés a través del código francés de 1.804 y la obra de Pothier, Del Vincourt y Rogron (Valencia Zea: 2011, p. 43), así las cosas, a través de la obra de Bello, se hizo una recepción completa del derecho civil vigente en Europa en el siglo XIX (Valencia Zea: 2011, p.46).

De acuerdo a la investigación de Valencia Zea, la elaboración del código civil fue iniciada de forma privada por don Andrés Bello, (Valencia Zea: 2011, p. 40); más adelante, en 1840 continúa su redacción como miembro de la comisión de legislación del Congreso Nacional de Chile hasta la disolución de la misma en 1852 y finalmente, en 1852 concluye de forma individual el trabajo codificador, el cual es aprobado como ley nacional del Estado de Chile en 1.855 (Valencia Zea: 2011, p. 40).

Ya para el año de 1856, Don Manuel Ancízar, diplomático y político colombiano, presentó una petición de los ejemplares de tal codificación civil al Gobierno Chileno y el Ministerio de Chile envió, el 1º de enero de 1857, cuatro ejemplares del Código de Bello a lo que

³ De acuerdo a Valencia Zea, el derecho civil de occidente es en esencia el Derecho Romano transformado durante más de veinte siglos de acuerdo a las necesidades de cada pueblo del territorio que hoy comprende Europa, derivando en diferentes corrientes definidas como "romanísticas" que se lograron posicionar en las distintas latitudes del viejo continente y dentro de las cuales resalta las siguientes como principales: "(...) la del antiguo derecho consuetudinario francés, la del viejo derecho común germano, (especialmente la célebre escuela de los pandectistas) y la legislación española, cuyas dos fuentes más interesantes son las Siete Partidas y la novísima recopilación" (Valencia Zea: 2011, p. 41).

⁴ Valencia Zea, citando a Enneccerus, aclara que la escuela pandectista surge a mediados del siglo XVII en Alemania, como una respuesta a la necesidad de adaptar el derecho romano a las necesidades jurídicas del momento e integrarlo con elementos de la costumbre germánica a través del (Ususmodernuspandektarium); en consecuencia, la escuela pandectista Alemana no es en estricto sentido el mismo Digesto o Pandectas consignado en la parte segunda del Corpus Iuris Civilis de Justiniano, sino una combinación entre el derecho romano, el derecho consuetudinario germano y el derecho canónico, dentro de cuyos principales exponentes se destaca, en los nuevos tiempos a Hugo, Savigny, Puchta, Ihering, Arndts, Brinz, Windscheid, entre otros (Valencia Zea: 2011, p. 42).

⁵ El derecho consuetudinario del antiguo derecho germano nació después de la disolución del imperio franco y en el año 1.700 se efectúa una fusión entre el derecho común germánico, el derecho romano y el derecho canónico que da origen al ususmodernuspandektarium conocido como las escuelas pandectistas (Valencia Zea: 2011, p. 42).

hoy es territorio Colombiano (Hinestrosa: 2006, pp. 7-8). Con este insumo, el Estado de Santander adoptó por primera vez el Código civil en 1858 disponiéndose en su artículo primero “*Adóptese como lei (sic) del Estado el Código civil de la República de Chile, sancionado el 15 de diciembre de 1855, con las adiciones, supresiones i (sic) variaciones siguientes (...)*” (Hinestrosa: 2006, p. 8) y en esencia, este código fue el que se reprodujo en varios Estados de la Nueva Granada hasta su adopción en vigencia de la Constitución de Rio Negro, para luego ser incluida de forma definitiva en el Derecho Colombiano a través de la ya mencionada Ley 57 de 1887.

Con la adopción de este código civil, se buscó la consolidación del nuevo derecho republicano, marcando una total independencia jurídica sobre el derecho Español, (López Medina: 201, p. 137); pero también buscó dar orden al sistema jurídico colombiano que antes del periodo de la Constitución de 1886, contaba con nueve Estados federados, cada uno con su propia legislación; así que, bajo las banderas del movimiento regenerador, Rafael Núñez propuso como solución la centralización de los poderes del Estado, proponiendo en consecuencia, una centralización legislativa que reordenara el derecho Colombiano (González Jácome: 2007 p. 60). Esta propuesta evidentemente influyó en el sistema de fuentes Colombiano que posteriormente se consolidaría en lo restante del siglo XIX y el siglo XX. Una de las estrategias para lograr la centralización y producción de fuentes normativas desde el poder central fue -como se anticipó en líneas anteriores-, la expedición de normas y codificaciones que unificara y reorientara la dispersión de fuentes causada durante ‘la unión federal’, proyecto que se materializó a través de la promulgación de la ley 57 y posteriormente de la ley 153 de 1887 (González Jácome: 2007 p. 60).

De esta manera se trasplantó la influencia Francesa al Código Civil Colombiano, adoptando también un sistema de fuentes donde se daba un carácter prevalente a la Ley sobre la costumbre y la jurisprudencia, mostrando “*la desconfianza frente a los jueces en la tradición jurídica Francesa*”, (López Medina: 2006, p. 8) como en efecto se puede advertir en el artículo 17 de la codificación en mención: “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*”, y sentido equivalente el Código Civil preceptúa en

su artículo 8º la ausencia de fuerza vinculante de la costumbre así: *“La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea”*.

El profesor López Medina (López Medina: 2006, p. 8) explica que la razón por la cual la tradición Francesa inicialmente expresó su desconfianza hacia los jueces obedeció al hecho de que la costumbre y la jurisprudencia eran formas de creación del derecho propias del *ancienrégime* y por lo mismo, la normatividad pos-revolucionaria desplaza a la jurisprudencia y la costumbre como fuentes de derecho y en su lugar la Ley general y abstracta, emanada de la soberanía popular, es la llamada a prevenir cualquier forma de despotismo.

Por otro lado, la visión opuesta a la idea ius-filosófica implantada por el Código Civil, reposaba en la ley 61 de 1.886. La ley 61 hacía parte de la estrategia institucional sugerida por el movimiento regenerador, consistente en *“(...) la creación de mecanismos que sirvieran para cuidar la correcta aplicación de las normas ordenadoras nacionales”* (González Jácome: 2007 p. 60), a través de la implantación de la figura de la casación⁶, cuando se violaba o aplicaba incorrectamente ‘la doctrina legal’. De esta manera, el autor en mención sugiere el nacimiento de la casación en el contexto Colombiano como una herramienta política que involucra al poder judicial en el denominado proceso ‘regenerativo’ del Estado (Vásquez Alfaro: 2010, p. 7).

⁶ De acuerdo con la profesora Mónica Vásquez Alfaro, la mayoría de Doctrinantes coinciden en ubicar el nacimiento de la casación a partir de la revolución francesa de 1.789 para defender la ley y por la desconfianza existente hacia los jueces de la época, pues además de que la jurisprudencia era fuente de derecho en el antiguo régimen, se mantenía la administración de justicia que operó durante la monarquía (Vásquez Alfaro: 2010, p. 6). Sobre el particular la profesora en mención precisa:

“Por su parte, la mayoría de autores de derecho procesal ubican la génesis de la casación en Francia y dividen opiniones en torno al momento. Para el primer grupo el origen de la casación, tal como se conoce hoy en día, tuvo su origen en la ordenanza de 1667 de Luis XIV. Esta reglamentación deroga la proposition de erreur que venía imperando hasta el momento, para obtener la corrección de hecho dentro del juicio. Adicionalmente se restringe este recurso en dos puntos principales: i) Exige al interesado que en su libelo señale las tachas que se tuvieran contra la decisión, pasando de un sistema abierto de solicitud de revisión según la antigua proposition a la de un reclamo concreto en puntos específicos (requeté civile); ii) Dichos reclamos sólo pueden recaer sobre puntos de derecho, es decir, la contradicción de las ordenanzas, edictos y declaraciones del rey.”(Vásquez Alfaro: 2010, p. 6).

De esta manera, con la introducción de la figura de la casación y la noción de ‘doctrina legal’ a la usanza española, la jurisprudencia aparece como una fuente, que aunque complementaria, era vinculante para aquellos casos donde la Ley presentaba vacíos o no tenía la capacidad de resolver de forma diáfana determinados casos concretos (López Medina: 2006, p. 18), como puede colegirse de la lectura sistemática de los artículos 36 a 39 de la ley 61 de 1.886. En efecto, el artículo 36 señala que el fin principal del recurso de casación es el de uniformar la jurisprudencia en materia civil, y el artículo 37 precisa la misma finalidad de tal recurso pero en materia penal. Entre tanto, el artículo 38 de la norma en comento enlista de manera taxativa las causales de nulidad a efectos de interponer el mencionado recurso de casación,⁷ advirtiendo en los numerales 1ª y 2ª que la violación o indebida aplicación o interpretación errónea de la ley sustantiva o de la doctrina legal son causales de casación.

Y finalmente, el artículo 39 de la Ley 61 introduce la noción de doctrina legal en los

⁷ El artículo 38 de la ley 61 enlista las causales de nulidad a efectos de interponer el recurso de casación de la siguiente manera:

“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 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.

3o. No ser la sentencia congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

4o. Condenar a más de lo pedido, o no contener la sentencia declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

5o. Contener el fallo, en su parte resolutive, disposiciones contradictorias.

6o. Ser la sentencia contraria a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.

7o. Haber habido, por razón de la materia sobre que ha versado el pleito, abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, por haber conocido el Tribunal en asunto que no sea de la competencia judicial, o dejado de conocer cuando tuviere el deber de hacerlo.

8o. Haberse incurrido, en la apreciación de las pruebas, en error de derecho o en error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.

9o. Haberse faltado en el procedimiento a alguna de las formalidades que de suyo inducen nulidad y no haberse podido, en consecuencia, haber eficaz el derecho por parte del demandante, o la defensa por parte del demandado. Las infracciones en el procedimiento que no hayan de producir necesariamente uno de estos dos efectos, no servirán de fundamento para la casación.

En los asuntos criminales y para los efectos de este inciso, se considerará a la parte del reo asimilada a demandado; y al acusador particular o al Representante del Ministerio Público, asimilado a demandante.”

siguientes términos:

“ARTÍCULO 39. Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de 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.”

Gutiérrez González sintetiza los tres aspectos básicos que sobre la materia trata la ley 61 de 1886 así:

“(i) la finalidad del artículo 36, la cual era principalmente, (ii) el artículo 38 establecía las causales de nulidad para efectos de la interposición del recurso de casación, la cual establecía en su numeral 1°. Finalmente (iii) la definición en su artículo 39 de lo que es doctrina legal. De lo anterior se desprende, en un primer estadio, la “nueva” tendencia en materia del valor sobre el efecto de la sentencia de la Corte, resaltándose que este operará solo cuando no existan leyes aplicables al caso, entendidas como vacíos legales u omisiones legislativas, o cumpliendo una labor integrativa del ordenamiento jurídico.” (Gutiérrez González: 2013, p. 376).

De esta manera, se completa la tensión entre el código civil y la ley 61, pues mientras que el primero asignaba a la ley el carácter de fuente principal, el segundo, esto es la ley 61, introducía la doctrina legal y el recurso de casación como mecanismo para solucionar los casos donde la ley está limitada para resolverlos, y en consecuencia, abre la posibilidad para que la jurisprudencia tenga un papel mucho más relevante dentro del sistema de fuentes colombiano.

Pero en este punto hasta ahora se planteó la discusión, ya que a partir de desarrollos legislativos posteriores se ahondaron los debates en torno al papel de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico. En efecto, la intención de la ley 61 de 1886 fue recogida por

el artículo 10 de la Ley 153 de 1887⁸, señalando esta vez que la doctrina probable operaría cuando se estuviese frente a un caso dudoso y sería de carácter obligatorio (Gutiérrez González: 2013, p. 376). Sobre este nuevo texto legal Gutiérrez González realizó el siguiente análisis:

“Se observa entonces que la reingeniería aplicada en esta norma revestía aún más de fuerza de la doctrina de los jueces y que su interpretación iba también a tenerse en cuenta para la resolución de casos análogos. Naturalmente, los primeros pasos de la tendencia apuntaban a radicalizar el ejercicio judicial con una fuerza desbordante que en el mismo período tendría su propio revés.”(Gutiérrez González: 2013, p. 376).

La ley 105 de 1890⁹ continuó con la misma tendencia, que solo fue modificada por Ley 100 de 1892 y posteriormente de la ley 169 de 1896.¹⁰ La razón de este cambio de tendencia estuvo influenciada por la posición crítica que la Corte Suprema de Justicia asumió respecto a la rigidez que imprimía el sistema de ‘doctrina legal’, en tanto que, no permitiría modificar con facilidad la jurisprudencia de la Corte Suprema, así que resolvió el debate dado entre 1886 y 1896, moderando dicha doctrina a una doctrina meramente probable, imprimiendo un sistema de libre jurisprudencia no vinculante que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. (López Medina: 2006, p. 25).

1.2 Aproximación al concepto de Jurisprudencia:

El concepto de jurisprudencia ha tenido notables variaciones desde su concepción. Los primeros antecedentes sobre el concepto de jurisprudencia tienen su asiento dentro de

⁸ “ARTÍCULO 10. 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.”

⁹ “ARTÍCULO 371. 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.”

¹⁰ “ARTÍCULO 4o. 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”.

la Roma antigua, donde inicialmente fue concebida como una actividad interpretativa realizada por unos pontífices (TORRES ZÁRATE: 2009, p. 154), luego esta misma actividad interpretativa fue ejecutada por personal laico, lo que en suma ha permitido concluir que el desarrollo de la jurisprudencia en roma se ha dado en torno a la labor de personas que, bajo sus conocimientos técnicos, *“se dedicaban a la realización práctica del derecho, lo que trajo como resultado la existencia de textos legales, que los juristas consideraron importante interpretar en la medida que daban solución y respuesta a los casos que se les presentaban, así su actividad consistía en el análisis casuístico y dictaban de acuerdo asu experiencia”* (TORRES ZÁRATE: 2009 p. 157).

En otros términos, el concepto de jurisprudencia deviene de la figura de los jurisconsultas, quienes en últimas, eran personas formadas en derecho que ayudaban a las partes en sus prácticas jurídicas (PÉREZ VASQUEZ: 2007, p. 10). Pero es en el Corpus Iuris Civilis donde se forjó el concepto clásico de jurisprudencia, esto es *“la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto”*.

Ya bajo la noción moderna, la jurisprudencia es entendida como *“el conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes, que implica la existencia de una serie de principios y doctrinas o normas generales que se han deducido de la repetición uniforme de los fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares”* (PÉREZ VASQUEZ: 2007, p. 10).

Otra definición, tal vez un poco más popularizada, concibe a la jurisprudencia como el conjunto de fallos o sentencias proferidas por el poder judicial para resolver de forma definitiva negocios o conflictos individuales, (García López: 2011, p. 23) ocupando por regla general un lugar secundario o auxiliar después de la Ley. Pero en el caso de nuestros sistemas de derecho continental, tal paradigma fue cambiado con la introducción del denominado precedente judicial, situación que de alguna manera flexibilizó el sistema de fuentes imperante de manera incólume hasta hace unos años, (Estrada Vélez: 2009, p. 249), dándole un nuevo estatus a la jurisprudencia dentro de los sistemas de fuentes de tradición continental.

“En su acepción más amplia la jurisprudencia puede concebirse como la manera en que

los funcionarios judiciales entienden la norma o el criterio que sientan al crearla y que exponen en las providencias que profieren” (Azula Camacho: 1995 p. 23). “En la anterior definición utilizamos los vocablos crear e interpretar para referirnos a esas dos operaciones previas a la actuación de la ley, en razón de que cuando estas se imponen es que realmente se sienta jurisprudencia. Se descarta, por tanto, la elección, en la cual (...) el juez simplemente se limita a hacer efectiva la norma aplicable al caso materia de pronunciamiento.”

1.3. El artículo 230 de la C.P.: Una mirada Legal y Jurisprudencial:

En los años sesenta del siglo pasado el mundo de la teoría jurídica dedicó su análisis en el concepto de norma y sistema jurídico, abordándose con posterioridad el estudio de los principios y la interpretación (Garzón Martínez: 2013, p. 527) y “*De igual manera, a las visiones clásicas del derecho centradas en el valor y la justicia (iusnaturalismo), o en la validez formal (positivismo), o en la eficacia social (realismo), se agrega la de entender el derecho como argumentación*” (Garzón Martínez: 2013, p. 527).

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991¹¹, y al abrigo de la recién creada Corte Constitucional, poco a poco la jurisprudencia y doctrina nacionales abrieron la puerta a la tendencia neo constitucionalista (Bernal Pulido: 2008, p. 149), que implica todo un proyecto de constitucionalización del derecho (Núñez Leyva: 2012 p. 515), debiendo contar con un Tribunal especializado para la guarda e interpretación, con miras al logro de la materialización de la Constitución, propiciando de esta manera, una modificación sustancial sobre el sistema de fuentes hasta ahora imperante.

El profesor Carlos Bernal Pulido explica, a la luz de la visión neo constitucionalista, que la creación de la Corte Constitucional afecta el sistema de fuentes Colombiano, porque “*se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la Corte Constitucional*” (Bernal Pulido: 2008, p. 149), pero además transforma el equilibrio

¹¹ La constitución de 1991, termina recibiendo la influencia del modelo social de España y Alemania, más que un proyecto estructurado llamado neo constitucionalismo, el cual se desarrolló posteriormente con la actividad de la Corte Constitucional Colombiana.

de poderes porque por un lado, “se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse como un legislador negativo” (Bernal Pulido: 2008, p. 149), sino como una Corporación judicial capaz de colaborar con los demás poderes del Estado en la producción normativa, y por otro lado, “se eleva a la Corte Constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y se establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidas las altas cortes, a la jurisprudencia de dicha Corte” (Bernal Pulido: 2008, p. 149).

Esta visión claramente entra en tensión con la tradición legalista del sistema jurídico colombiano. Tensión que se manifestó a la hora de interpretar el artículo 230 de la Constitución de 1991, según el cual “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”. Esta tensión fue desatándose poco a poco a través de las visiones que sobre la materia se dieron al artículo 230 constitucional, tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como por algunos Decretos que se pronunciaron sobre la materia.

Sobre este desarrollo legislativo y jurisprudencial es abundante la literatura jurídica que aborda tal temática,¹² sin embargo, a efectos de establecer un adecuado estado del arte, necesitaremos hacer un breve recuento sobre el tratamiento y las visiones forjadas por la jurisprudencia Constitucional y el poder ejecutivo respecto a la interpretación del mencionado artículo 230 Constitucional.

Con la expedición del Decreto 2067 de 1991, (artículos 21 y 23), no solamente se estipuló que respecto a su parte resolutive¹³, las sentencias de la Corte Constitucional son de carácter obligatorio para las autoridades públicas y naturalmente para los

¹² Los trabajos más sobresalientes sobre la materia en el contexto local son del profesor Diego López Medina, Carlos Bernal Pulido entre otros.

¹³ Mientras que Bernal Pulido considera que en este sentido el Decreto 2067 de 1991 (artículo 21) se refiere a la obligatoriedad de la parte resolutive de la sentencia (Bernal Pulido: 2008 p. 153), López Medina considera que tal disposición normativa permitía una interpretación mucho más audaz (López Medina: 2006 p. 34).

particulares; sino que también se introdujo la denominada ‘doctrina constitucional’¹⁴, para que la parte motiva de las sentencias del alto tribunal constitucional también tuvieran carácter vinculante. A través de este Decreto el ejecutivo daría los primeros pasos para reivindicar el papel de los jueces y el alcance de sus jurisprudencias (Gutiérrez González: 2013, p. 382), con las siguientes características:

“(i) por un lado, el valor de las sentencias sería de cosa juzgada constitucional y obligatoria para autoridades y particulares y (ii) por el otro, mencionaba que la doctrina constitucional de la Corte será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia” (Gutiérrez González: 2013, p. 382).

Sería este el momento a partir del cual se empiezan a conocer posturas ambivalentes al interior de la Corte Constitucional. El primer ejemplo clásico en este sentido es la sentencia de constitucionalidad C-113 de 1991,¹⁵ donde la Corte simplemente reitera el efecto de las sentencias cuando éstas son dictadas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, realizando una interpretación limitada (si se hace una lectura desde la crítica del profesor Diego López¹⁶), al carácter de obligatoriedad que la norma demandada quiso dar a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Más adelante, en sentencia C-131 de 1993, que declaró inexecutable el artículo 23 del decreto 2067 de 1991, mediante el cual se reglamentó el procedimiento que se surte ante la Corte Constitucional, confirmó la obligatoriedad de las sentencias, pero declara la inexecutable de la misma porque debe ser la propia Corte quien debe fijar el alcance de sus sentencias y no otra norma jurídica. En tal sentido dicha Corporación precisó:

¹⁴ “Artículo 23. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.”

¹⁵ En esta sentencia se estudia la demanda de inconstitucionalidad contra una parte del inciso segundo del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, por presunta infracción de los artículos 4, 53, 84 y 23 transitorio de la Constitución Nacional.

¹⁶ Sobre el particular López Medina comenta: “El tradicionalismo de fuentes, en primer lugar, se expresa en las interpretaciones tímidas que la Corte ha dado a noemas cuyo texto autorizaba mayor audacia. Un caso claro de ello es la interpretación del artículo 21, inciso 1º del Decreto 2067 de 1991, la primera de las normas positivas que intentó aplicar el valor de la jurisprudencia de la Corte y revisada Sentencia C-113 de 1993 (...)”.

“Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias.

Se trata pues de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C.P. art. 241).” (Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993).

Sobre el criterio expresado por la sentencia en mención, Gutiérrez González realizó el siguiente análisis:

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

Incompleto, porque dentro de sus funciones, o más bien sus pronunciamientos, la Corte no solo resuelve en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, sino que también es sede de revisión de tutelas, por lo que los hasta ahora estudiados pronunciamientos no toman en todos sus frentes la discusión del efecto vinculante de TODAS las sentencias, de TODAS las cortes.” (Gutiérrez González: 2013, p. 384)

No obstante es válido resaltar las apreciaciones tímidas dadas por la Corte en sentencia C-104 de 1993¹⁷, así como la sentencia T-547 de 1993¹⁸, que de alguna manera constituyen un antecedente del esfuerzo jurisprudencial por consolidar el precedente

¹⁷ En uno de sus apartes la sentencia C-104 de 1993 señala: *“Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.”* (Corte Constitucional: Sentencia C-104/93).

¹⁸

obligatorio. Bernal Pulido argumenta que otra estrategia de la Corte Constitucional para alzar como vencedor al precedente judicial sobre la tradición legalista imperante, fue el uso del “sub silencio”, que en esencia era una especie de sujeción tacita de la Corte Constitucional a sus decisiones anteriores a través de las sentencias de “reiteración”, es decir, la Corte reitera sus decisiones adoptadas en providencias anteriores cuando el juez inferior se aparta de dicha jurisprudencia (Bernal Pulido: 2008, p. 159), y los primeros ejemplos de esta práctica, según el mismo autor, se empezaron a evidenciar en sentencias como la C-511 de 1994 y T-363 de 1995.

Pero este nuevo viraje se empieza a dar de forma un poco más radical, con la sentencia C-083 de 1995 que busca resolver la demanda de inexecutable del artículo 8º de la Ley 153 de 1887. En esta oportunidad la Corte Constitucional introduce como novedad jurisprudencial el concepto de doctrina constitucional, que es el resultado de la labor interpretativa e integrativa de la Corte Constitucional, siendo criterio obligatorio cuando la Corte cumpla la función integrativa, *“precisamente porque la integración que hace la Constitución sobre la norma vacía o ausente no es en estricto sentido directa, debido al carácter general y abstracto de la Constitución, por lo que se tiene que acudir a lo que ha dicho la Corte, que es su interprete autorizado”* (Gutiérrez González: 2013, p. 386). Sin embargo, es importante resaltar que este hito jurisprudencial también ha sido objeto de algunas críticas a causa de aparentes inconsistencias lógicas y teóricas presentadas a lo largo de la providencia (Pulido Ortiz: 2008).

Ese nuevo viraje también se manifiesta en la sentencia T-547 de 1993 cuando precisó lo siguiente:

“Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.”

Esta providencia concreta de manera mucho más decidida el principio de igualdad como fundamento del precedente obligatorio, pues la ley debe recibir la misma interpretación judicial en casos iguales, argumento que tímidamente se había mostrado en la sentencia T-547 de 1993. Pero además, la sentencia T-547 de 1993, logra amalgamar el principio de igualdad con el principio de independencia judicial consignado en el artículo 228 de la Constitucional, al advertir que, eventualmente los jueces pueden apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, pero únicamente cuando está debidamente justificada su posición. En otros términos:

“(...) es razonable exigirles a los jueces observar las líneas jurisprudenciales trazadas por las altas cortes, porque de esta manera, por vía de la unificación jurisprudencial que realizan los altos órganos de la actividad jurisdiccional, se puede preservar el principio de igualdad a partir de dar tratos iguales a casos semejantes.”
(Hernández Mesa: 2002, p. 92).

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional no presentó mayores variaciones y se mantuvo constante¹⁹, a pesar de la resistencia de algunos sectores de la judicatura al momento de acatar sus precedentes (López Medina: 2006 p. 69), pero con la sentencia C- 836 de 2001, se abre paso la segunda clase de precedente judicial: la de los demás tribunales del país (Contreras Calderón: 2011, p. 335).

La sentencia C-836 de 2001 es proferida para desatar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 4 ley 169/1986, porque a criterio del demandante, tal norma no cumple con los objetivos constitucionales de eficacia de los derechos, prevalencia del derecho sustancial y seguridad jurídica y derecho de igualdad, cuando un juez en su decisión se aparta de la doctrina probable que constituye un precedente.

“Para conducirnos hacia un sistema con precedentes, la Corte Constitucional tuvo que responder dos interrogantes: primero, ¿pueden los jueces de instancia apartarse

¹⁹En la sentencia SU-047 de 1999 la Corte señaló cuatro razones que hacen imperativo el respeto del precedente judicial: la seguridad y la coherencia que reclama todo sistema jurídico, el respeto por las libertades ciudadanas y la necesidad de favorecer el desarrollo económico, la sujeción de los jueces al principio de igualdad, y la necesidad de controlar el desempeño de los administradores de justicia.

de las decisiones tomadas por el tribunal de cierre en su respectiva jurisdicción?; y segundo, ¿pueden estos tribunales apartarse de su propio precedente? En ambos casos, la respuesta fue negativa. Los fundamentos de esta decisión han sido retomados una y otra vez por las sentencias de la Corte Constitucional, (...).” (Contreras Calderón: 2011, p. 343).

La Corte Constitucional aprovechó la oportunidad para defender una postura fuerte de precedente judicial, al indicar que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios e incluso para ella misma, delimitando los casos donde los jueces pueden apartarse de la doctrina probable (Corte Constitucional: Sentencia C-836 de 2001) y precisando el alcance de la fuerza vinculante de las sentencias en los siguientes términos:

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

2. La jurisprudencia en el sistema de fuentes colombiano

2.1. Aproximación a la definición del precedente judicial:

Como bien lo señalan autores dedicados al estudio de la teoría del derecho y específicamente a la aplicación del derecho por parte de los operadores judiciales, dos son las preguntas que orientan los estudios sobre tales temáticas (Parra María Victoria: 2004, p. 240): la coherencia interna de los sistemas jurídicos, esto es el estudio de lagunas o antinomias jurídicas (Bobbio: 2012) y los jueces como aplicadores o creadores de derecho, esto es, si la función de los jueces se limita a aplicar la norma bajo esquemas neutrales o si por el contrario asumen una función creadora de derecho, caso en el cual podrían incidir principios y razones de talante político o moral (Parra María Victoria: 2004, p. 240).

Como se ha podido advertir en el capítulo antecedente, el objeto de este trabajo versa fundamentalmente sobre la segunda pregunta. Ahora bien, es cierto que el razonamiento jurídico Colombiano emplea modelos de aplicación legal y racional del derecho, es decir, que la aplicación de la norma jurídica al caso concreto se acompaña de una justificación racional (Parra María Victoria: 2004, p. 241), empero el debate suscitado en los últimos años ha versado en torno a sí esos razonamientos son vinculantes y son fuentes creadoras de derecho cuando son proferidas por las altas cortes.

En este punto aparece la noción de precedente judicial cuyos fundamentos para su aplicación pueden encontrar sustento en el campo de la filosofía del derecho, la pragmática y la argumentación jurídica. El fundamento del precedente judicial desde un enfoque pragmático puede ser sintetizado en los beneficios que deriva al sistema jurídico su seguimiento, pues ofrece un derecho más o menos predecible para los ciudadanos pero a la vez es capaz de evolucionar y solucionar los casos difíciles, manteniéndose a la par de la sociedad cambiante. Un resumen del alcance del enfoque pragmático puede

ser el siguiente:

“Se encuentran aquí en disputa las ideas de certeza y dogmatismo, se busca construir un sistema alrededor del precedente que logre un equilibrio entre estos dos valores, de forma que se pueda hacer viable el seguimiento de decisiones anteriores, sin negar con ello la necesidad de movilidad que requiere el Derecho” (Pabón Mantilla: 2006, p. 17).

Desde el punto de vista del realismo jurídico Norteamericano, el precedente afronta un rol fundamental, en tanto que, a partir del mismo, se ejecuta una evaluación respecto a las posibles consecuencias que acarreará la aplicación de una norma, reemplazándose el concepto de validez por el de eficacia. (Solar Cayón: 2012, p. 180).

Desde la teoría de la argumentación del derecho, y en particular, desde el trabajo de Chaim Perelman (1.912-1.984), citado por María Victoria Parra (2004), se identifican tres argumentos que sustentan o fundamentan la doctrina del precedente judicial. El primero de ellos el denominado argumento ab ejemplo, donde el operador judicial acude a decisiones precedentes para aclarar el significado de una norma; el segundo argumento es el argumento de autoridad, que basa el fundamento del precedente en su fuente material, esto es, la autoridad judicial que configuró el precedente puede fundamentar su uso posterior y, el tercer argumento se basa en la denominada regla de justicia, esto es, que supuestos facticos similares deben ser objeto de un trato equivalente, para lo cual se requiere cumplir con sub reglas de universalidad²⁰, consistencia²¹ y coherencia²² (Parra María Victoria: 2004, p. 250).

Un argumento recurrente al que se acude como fundamento del precedente judicial, es el

²⁰ “(...) el significado que un juez ofrece a un enunciado normativo, sea enunciado en términos universales, con lo cual se logra establecer normas interpretativas universales, que constituyen barreras contra la arbitrariedad, en tanto los jueces decidirán los casos, de manera similar a como fueron resueltos en el pasado y a como se resolverán en el futuro.” (Parra María Victoria: 2004, p. 251)

²¹ “Cuando se alude a la consistencia de las decisiones judiciales, se está haciendo referencia a su vez al criterio de justicia formal, conforme al cual se proclama que supuestos similares, reciben igual tratamiento”. (Parra María Victoria: 2004, p. 251)

²² “Los precedentes en la justificación externa: hace referencia a la carga de la argumentación, así, partiendo de aceptar que casos similares deben resolverse en forma igual, y mediante una interpretación que sirve como parámetro para la concreción de un enunciado normativo” (Parra María Victoria: 2004, p. 251).

principio de igualdad y el principio de seguridad jurídica. Acudiendo a la experiencia española, Garrido Gómez (2011), explica:

“Desde estos parámetros, se percibe que el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley precisa que no sea posible modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos y, cuando se estime que debe haber un apartamiento de sus precedentes, la fundamentación habrá de ser suficiente y razonable. En torno a este punto, el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución española (en adelante CE) dicta que las actuaciones judiciales sean previsibles conforme a las respuestas que se han dado previamente por una idea de coherencia. Pero en lo atinente a la problemática de la previsibilidad, el Tribunal Constitucional ha intentado subrayar el imperativo de conciliar el principio de igualdad con la independencia judicial y la naturaleza dinámica y progresiva de su función.” (Garrido Gómez: 2011, p. 32).

En consonancia con el argumento anterior, se puede traer al debate algunas consideraciones presentadas por Estrada Vélez (2009), quién resalta que la importancia de la jurisprudencia no está dada por razones formales, que según el autor corresponden a la protección de derechos patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de unificar la jurisprudencia. Para el autor en cita, las razones que fundamentan la importancia del precedente obedecen a razones principalmente materiales *“como la necesidad de efectivizar el principio de igualdad y a la naturaleza de los argumentos con los cuales se edifica la razón de la decisión: principios jurídicos explícita o implícitamente constitucionales”* (Estrada Vélez: 2009, p. 251). Respecto al vínculo inescindible entre la jurisprudencia y los principios jurídicos, Estrada Vélez explica que la relevancia de la jurisprudencia está dada, no por el órgano judicial que la profiere, sino por los enunciados generales que le sirven de razón de la decisión *“siendo difícil un estudio de la jurisprudencia al margen de una teoría de los principios como principales ratio en las decisiones jurisdiccionales”* (Estrada Vélez: 2009, p. 252). Así las cosas, Estrada Vélez, citando a Alchourrón y Bulygin puntualiza que *“la ‘jurisprudencia’ no es el conjunto de decisiones que los jueces dictan para solucionar casos individuales, sino los enunciados generales que les sirven de fundamento”* (Estrada Vélez: 2009, p. 252).

Los fundamentos para el uso del precedente judicial también fueron esgrimidos en

diversas providencias de la Corte Constitucional, como en efecto se pudo corroborar en el capítulo anterior. No obstante es válido citar algunos apartes de la sentencia de unificación jurisprudencial SU-047 de 1.999, en lo relacionado a los argumentos esgrimidos por la Alta Corporación Constitucional para sostener la necesidad de respetar los precedentes o en otros términos, mantener cierta disciplina jurisprudencial y los casos donde eventualmente se puede presentar cambios jurisprudenciales.

En tal sentido, la Corte Constitucional consideró que el precedente cumple un papel fundamental en los sistemas jurídicos contemporáneos, incluso si se trata de sistemas legislados como el caso colombiano. En este orden argumentativo, la Corte señaló que las altas cortes y en especial, el juez constitucional, deben tener en consideración sus decisiones previas por cuatro razones fundamentales de relevancia constitucional que dicha corporación explicó de la siguiente manera:

“En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos”.(Corte Constitucional: Sentencia SU-047 de 1.999).

Como se puede observar del extracto transcrito, la Corte Constitucional adoptó en

esencia, los mismos argumentos que la doctrina y la teoría del derecho habían esgrimido para fundamentar la necesidad del precedente judicial. Sin embargo, la misma Corte Constitucional articula dichos argumentos con el principio de autonomía judicial y la necesidad de mantener un derecho dinámico acorde con los cambios sociales.

Ahora bien, de acuerdo a lo antes expuesto, y teniendo presente la Doctrina Constitucional, podemos entrar a definir cuáles son los apartes de las sentencias (inicialmente de la Corte Constitucional), que tienen el carácter de vinculantes, es decir, que se les considera fuente de derecho.

El profesor Bernal Pulido, acudiendo a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, identifican tres partes de la sentencia a saber.

La primera de ellas es la denominada “Decisum”, que se refiere a la resolución concreta del caso, que para las sentencias T presentan efectos interpartes y las sentencias C de constitucionalidad tiene alcance general, pero en estricto sentido no es fuente normativa (Bernal Pulido: 2008, p. 176).

En segundo lugar, se puede identificar la denominada obiter dicta, que son los apartes de la sentencia que no tiene fuerza vinculante, pero sí ‘fuerza persuasiva’ y se constituye como criterio auxiliar de justicia. Los obiter dicta son afirmaciones usualmente teóricas, pero de carácter general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la resolución concreta del caso (Bernal Pulido: 2008, p. 177).

Y en tercer lugar, aparece la denominada ratio decidendi que es la formulación general del principio, regla o razón general que fundamenta el sentido de la sentencia, siendo estos razonamientos jurídicos los que son considerados como vinculantes, en otros términos, la ratio decidendi es la que constituye el precedente judicial de carácter vinculante²³. En efecto, en sentencia T-569 de 2001, la Corte Constitucional reiteró:

²³ En sentencia T-569 de 2001, la Corte Constitucional ratificó: *“Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos interpartes, no puede sostenerse lo mismo de la ratio decidendi del fallo. En la medida en que la ratio decidendi constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico 3 de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es*

“La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que los jueces están obligados a acatar los precedentes que fijen sus superiores. Así, en sentencia T-566 de 1998 precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales, quienes únicamente pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto”, o que “existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica”, en cuyo caso se exige una “debida y suficiente justificación.”

2.2. El precedente Judicial y discrecionalidad judicial:

En términos generales, se considera fuente de derecho a aquellos hechos o actos a los que el orden jurídico les otorga legitimidad para producir normas jurídicas válidas (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 83). En otras palabras, *“las fuentes del derecho determinan qué actos tienen carácter vinculante o no para los ciudadanos del común y sus autoridades; ello es, qué normas obligan en tanto pertenecen al ordenamiento jurídico y se tienen por válidas”* (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 83).

De acuerdo a la definición anterior, el acto de producción del precedente judicial responde al ejercicio interpretativo que realiza inicialmente la Corte Constitucional. Es en este punto es donde se hace relevante el estudio de los principios, argumentos y reglas aplicables por los jueces para construir la decisión judicial y naturalmente para estructurar, de ser necesario, la ratiodecidendi o el precedente judicial vinculante. Por esta razón es importante hacer una breve alusión a la discrecionalidad judicial.

obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (C.P. arts. 13 y 29). La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.”

Unas de las primeras ideas sobre decisionismo judicial son desarrolladas por el positivismo Kelseniano. Para Kelsen, la decisión judicial es un acto de voluntad, es decir, un acto político que escapa al control racional y se justifica en dos razones principales: “y la primera apunta a su teoría de la interpretación y aplicación del derecho, la segunda a su consideración emotiva relativista de la justicia” (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 236).

Así las cosas, de acuerdo a la tesis de Kelsen en relación a la aplicación y creación del derecho, “cuando se produce una norma de rango inferior se aplica una norma de rango superior, esto es, la norma de rango superior es aplicada en el momento de producir una norma de rango inferior que ella autoriza” (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 236), es decir, que la aplicación del derecho es equivalente a un acto de producción del mismo, en tanto que, supone el paso de un enunciado general y abstracto a un enunciado particular y concreto, el asunto es que este paso no es pasible de control racional (no es un acto cognitivo) porque tal ejercicio es realizado por la voluntad del juez.

Quiere ello decir que la sentencia no es el resultado de un mero ejercicio de subsunción silogística, en consecuencia, no puede entenderse como un simple proceso de inferencia o deducción, por ende, la validez de la sentencia se predica “no porque una norma superior pronostique hipotéticamente sus existencia sino porque ha sido establecida por el órgano y a través del procedimiento adecuado determinado no importa cuál sea su contenido” (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 237).

Aunque el debate sobre el papel del juez en el derecho tiene antecedentes desde los años 30,²⁴ es preciso hacer alusión al conocido debate entre las teorías del inglés H.L.A Hart y la de su opositor, Ronald Dworkin, cuando se reevalúan las teorías existentes respecto al papel de los jueces, particularmente cuando se presentan los denominados casos difíciles. Para explicar sucintamente las teorías de discrecionalidad judicial a partir de las posiciones contrastantes entre Hart y Dworkin, se acudirá a la obra titulada “La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin”.

²⁴ Hans Reichel por ejemplo, quien ya atribuida al juez un papel central en el derecho, y esto es más o menos los años 30.

El tema de la discrecionalidad judicial tiene relevancia cuando se presentan los denominados casos difíciles, es decir, cuando se presentan diferentes interpretaciones razonables que llevan a diferentes respuestas jurídicas correctas. En otros términos, los casos difíciles se presentan cuando no existe una respuesta jurídica correcta, fundamentalmente porque existe cierta vaguedad, ambigüedad en la norma o las normas aplicables al caso concreto.

Desde el punto de vista de la discrecionalidad judicial de tendencia positivista, cuando se presenta un caso difícil, es decir, las normas positivas no son suficientes para proferir sentencia, es el juez quien en uso de su discreción judicial crea una nueva norma (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 124). Bajo esta postura, se estima que el Juez no está aplicando derecho en tanto que las reglas jurídicas no le dan una solución, en consecuencia, el juez asume una posición creadora de derecho creando una regla aplicable a tal caso siempre que sus argumentos gocen de consistencia jurídica y moral (Rodríguez Cesar: 2005).

La crítica que Dworkin realiza a la fórmula de discrecionalidad positivista, parte de la premisa según la cual, los jueces deben guiarse por principios para fundamentar sus decisiones cuando las normas jurídicas son insuficientes (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 125). Carrillo de la Rosa (2008) explica los planteamientos de Dworkin en los siguientes términos:

“Según Dworkin, la discrecionalidad puede entenderse en un sentido débil como cuando a un funcionario le corresponde tomar una decisión apoyado en el discernimiento y la prudencia o, como la capacidad para resolver de manera definitiva un asunto sin que esa decisión pueda ser posteriormente revisada. Pero también puede entenderse en un sentido fuerte, para indicar que alguien puede decidir sin estar vinculado por pautas o normas impuestas por la autoridad.

Dworkin supone que los positivistas hacen uso de este sentido fuerte de discreción, para argumentar que los jueces no se encuentran vinculados a los principios, aunque puedan en ocasiones tomarlos en cuenta en sus decisiones; ello obedece a

que si bien los jueces toman en cuenta los principios, la teoría positivista no puede dar cuenta de ellos, porque el modelo de las reglas exige que una norma jurídica para ser válida debe pasar la prueba establecida por la regla de reconocimiento.” (Carrillo de la Rosa: 2008, p. 125).

Con esto, lo que quiere significar Dworkin, es que contrario a lo argumentado por los positivistas, los principios sí son obligatorios y ofrecen una carta de navegación a los operadores jurídicos para tomar decisiones correctas. Bajo esta premisa, sostiene que los jueces no tienen discrecionalidad en los casos difíciles en el sentido positivista, en tanto que están sometidos a los principios vigentes dentro del ordenamiento jurídico. En otras palabras, lo que trata de explicar Dworkin es que si bien, eventualmente no pueden existir reglas aplicables al caso concreto, sí se identificará la existencia de principios aplicables, y en virtud de dichos principios el juez podrá adoptar una decisión judicial. Es así como en *“la tesis escéptica de Hart parece describir de manera más adecuada la práctica jurídica, que muestra a los jueces y abogados más inciertos sobre lo que realmente dice el derecho a lo que sugiere la descripción de Dworkin; sin embargo, la decisión de la teoría Dworkiana inexisten en la obra de Hart, es un instrumento poderoso de evaluación y crítica de lo que hacen los jueces en los casos difíciles”* (Rodríguez Cesar: 2005, p. 88).

2.3 La tesis del profesor Diego Eduardo López Medina:

El profesor Diego Eduardo López Medina es partidario de la postura que defiende el precedente vinculante (al menos relativo), propugnando por la doctrina del derecho viviente. El trabajo investigativo de López Medina presentado a través de su obra *“El derecho de los Jueces”*, muestra la consolidación del precedente al interior de la Corte Constitucional y parte de su análisis involucra las sentencias C-836/01 y SU-120/2003; ya que dichas providencias significaron una invitación de la Corte Constitucional a la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para que estas últimas Corporaciones trataran su propia jurisprudencia como precedente vinculante relativo (López Medina: 2006, p. 109).

Para el profesor López Medina, la razón que fundamentó tal invitación se apoya en una reinterpretación hecha por la Corte Constitucional a la denominada doctrina probable de que trata el artículo 4 de la ley 169/96. Esta reinterpretación *“incluye una nueva manera*

de apreciar el valor jurídico y doctrinal de la jurisprudencia: la invitación se hace, pues, a considerar la jurisprudencia como repositorio de la experiencia basado en la analogía fáctica” (López Medina: 2006, p. 109).

De alguna manera, podríamos señalar que una de las conclusiones del trabajo investigativo del profesor López estriba en que el sistema de precedentes vinculantes desarrollado por la Corte Constitucional presenta cierta ‘flexibilidad’, que se traduce en la exigencia al juez de una doble carga en casos que no le parezca razonable seguir el precedente. Estos casos exigen del juez “una carga de transparencia” pues exige conocer y anunciar los precedentes vigentes y que eventualmente son contrarios frente a la nueva postura jurisprudencial que se pretende abordar. Además, los jueces tienen que cumplir con una “carga de argumentación”, por tanto, los jueces tienen que mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada, prohibiéndose cambios jurisprudenciales discrecionales (Gutiérrez, González: 2013 p. 390).

No obstante, la Corte Constitucional ha fijado una serie de reglas y sub reglas que otorgan cierto margen de acción a los jueces de la república cuando consideran necesario que su decisión debe apartarse de los precedentes judiciales vigentes. Estos marcos de flexibilidad se fijaron tanto para el precedente vertical como el horizontal.

En los siguientes eventos es plausible apartarse de precedente vertical: cambio legislativo, cambios en la realidad social (económica, política o social) o cuando la jurisprudencia respecto de un determinado caso es imprecisa o contradictoria. De otro lado, para el precedente horizontal se establecieron las siguientes reglas: cuando la doctrina habiendo sido adecuada en una actuación social determinada no responda adecuadamente al cambio social posterior, cuando la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico o por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante (Gutiérrez, González: 2013 p. 394).

De manera preliminar una de las conclusiones respecto al trabajo del profesor López medina la podemos encontrar en el trabajo de Gutiérrez González quien sintetiza el

asunto de la siguiente manera:

“De lo anterior se observa que, más allá de constituir un criterio vinculante, el respeto del precedente redundará positivamente en el ejercicio del poder judicial, haciéndolo menos laxo y más estricto, sin ser pétreo, claro está, otorgando la posibilidad de desatenderlo siempre que se reúnan los requisitos y se brinden los argumentos de que trata el intérprete autorizado de la Constitución.

Por lo tanto, se concluye de forma preliminar que el precedente no es una camisa de fuerza para los jueces, ni puede considerarse una tesis que arrase de forma absoluta con la autonomía judicial, de lo que se trata es de encontrar un punto de encuentro entre la autonomía de los jueces entendida como la facultad de tomar de forma autónoma decisiones ajustadas a derecho y la observancia de las decisiones tomadas por los superiores jerárquicos dentro del marco de esa misma autonomía”.

Ahora bien, no se puede desconocer el hecho atinente a que es el capítulo 7 de la obra titulada “el derecho de los Jueces”, la que de alguna manera ha suscitado el mayor punto de la controversia, pues se refiere al papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica anti formalista al Derecho. Y como se verá en el siguiente apartado, el carácter político “de lucha o reivindicación del papel de los jueces”, es uno de los puntos más criticados por su contradictor académico el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo.

Así la crítica anti formalista que tiene parte de su sustrato en el trabajo del mismo autor en la obra titulada “Teoría Impura del Derecho”, versa en torno a tres tesis que el autor en comento presenta así:

1. El formalismo es descriptivamente incapaz de lidiar con los problemas relativos al sistema de fuentes, porque presupone que las normas formales pueden preordenar de manera exhaustiva el comportamiento argumentativo de los operarios jurídicos.
2. La jerarquización del derecho y la pirámide de normas es incorrecta en puntos esenciales.

3. El problema de las fuentes tiene un componente político fundamental que el tradicionalismo de fuentes ignora continuamente.

2.4. La tesis del doctrinante Javier Tamayo Jaramillo:

La Constitución de 1991 precisó en su artículo 230 que los jueces están sometidos de manera exclusiva al imperio de la ley y en tal orden de ideas, la jurisprudencia sólo es un criterio auxiliar de la actividad judicial. En efecto, el sistema de fuentes concebido bajo el orden jurídico Colombiano, que López Medina denomina neo-romanista y positivista por filiación (López Medina: 2006, p.3), a pesar de las tensiones entre formalismo y antiformalismo presentado en nuestro derecho (López Medina: 2013, p. 116 a 127), se caracteriza porque los jueces tienen la función de aplicar la ley, más no de crearla, cumpliéndose con la función judicial de fallar en derecho bajo estricta sujeción y obediencia a las normas emanadas del constituyente primario o el poder legislativo, y en tal sentido, la jurisprudencia “*ha sido tradicionalmente considerada como una fuente ‘secundaria’ o ‘auxiliar’ del derecho que solo opera en casos de silencio de la fuente primaria*”. (López Medina: 2006, p.3).

No obstante lo anterior, particularmente en las dos últimas décadas, el país ha visto un nutrido e interesante debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la aceptación de la jurisprudencia como fuente de derecho y en tal sentido, se han marcado dos grandes posiciones a favor y en contra del precedente obligatorio, las cuales se pueden identificar, entre otras formas, a partir del conocido debate dado entre el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo y el profesor Diego López Medina.

La primera posición descarta a la jurisprudencia como fuente de derecho y naturalmente también es reticente a la aplicación del precedente obligatorio. En el escenario nacional podemos encontrar como uno de sus exponentes al doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, quien sustenta su posición en una defensa a ultranza del principio de legalidad, guardando especial respeto por la interpretación semántica del artículo 230 de la Constitución de 1991, elevando fuertes cuestionamientos a la interpretación teológico-valoralista, (Gutiérrez, González: 2013 p. 402) pero en la forma como es entendida en el contexto colombiano, y al activismo judicial como arma de lucha política (Tamayo

Jaramillo: 2013, p. 45).

En su obra titulada Manual de hermenéutica Jurídica, Tamayo Jaramillo esgrime su posición en los siguientes términos:

“(…) los partidarios del precedente jurisprudencial obligatorio ingenuamente olvidan la hermenéutica semántica al creer que el precedente resuelve todos los problemas de interpretación. Nada más equivocado. El precedente, por más obligatorio que sea está redactado con letras, palabras y frases, las que, igual que sucede con las leyes, son insuficientes para arrojar claridad en un momento dado. (...) La misma Corte Constitucional reitera que el precedente obligatorio puede ser desconocido en ciertos casos”. (Tamayo Jaramillo: 2013, p. 32).

Por otro lado el autor en comento encuentra inútil la discusión y distinción entre formalismo y antiformalismo:

“En varias columnas publicadas en el periódico Ámbito Jurídico, el profesor DIEGO LOPEZ MEDINA y el suscrito discrepamos sobre lo que él denomina la polémica entre formalismo y antiformalismo.

Luego de decantado el lenguaje creo que la polémica carece por completo de sentido, pues ello sería como si polemizaran los que sostienen que la tierra es plana y quienes sostienen que es redonda. En efecto, si por formalismo, entendemos la aplicación literal de la ley absolutamente en todos los casos, deberíamos concluir que ya no hay jurista en el mundo que sostenga tal absurdo, lo que conlleva a la conclusión de que todos somos anti formalistas.”

Y más adelante complementa:

“Pero, como ya dije, de la obra de LOPEZ MEDINA pareciera desprenderse que el derecho se mueve entre dos polos extremos y únicos: el formalismo jurídico y el nuevo derecho. Sin embargo, nada más equivocado. En efecto, actualmente, nadie defiende el formalismo jurídico, entendido como literalismo, en tanto que principio general e inmodificable. Todos estamos de acuerdo en que cuando la norma es clara, habrá de aplicarse el formalismo y así lo reconoce por ejemplo WROBLEWSKI

uno de los mayores defensores de la interpretación valorista. En cambio, cuando el caso es oscuro o existe alguna zona de penumbra, la interpretación formalista cede su paso a la teoría de la discrecionalidad del juez, tesis cuyo mayor exponente es HART.”

Pero la crítica fuerte al profesor López versa sobre la posición política del juez, que según el autor en mención, no sugiere una interpretación amplia y razonable de las normas vigentes, así sea saliéndose de la literalidad y acudiendo a otros métodos de interpretación en los casos difíciles, sino que propone dejar las normas de lado, generalmente para aplicar el esquema de valores políticos del juez, poniendo en riesgo el sistema democrático y el equilibrio de poderes del Estado. Al respecto, Tamayo Jaramillo señaló:

“No olvidemos una cosa Profesor López: el nuevo derecho no es un programa político sino un método perverso para legitimar tanto al juez justo, como al juez déspota que se empeñe en imponer una dictadura o en legitimar un régimen corrupto, sin que nadie, ni siquiera la Carta política, pueda evitarlo, pues según usted lo dice al citar a la Corte, esta tiene la facultad de fallar “aun con realidades preexistentes al mismo Estado”.

3.El precedente judicial obligatorio en el concejo de estado

3.1 El Modelo de Jurisprudencia Indicativa del Consejo de Estado ¿Mito o realidad?

No es un secreto que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han tenido una tradición jurisprudencial marcadamente diferente respecto a la desplegada por la Corte Constitucional Colombiana. Mientras que en la segunda, mucho más joven y vigorosa, arropada bajo la Constitución de 1991, consolidó con cierta rapidez la doctrina del precedente judicial vinculante, las primeras, de mucha mayor tradición en el tiempo, permanecían casi que anquilosadas en una postura eminentemente legalista, que impedía pensar en cualquier innovación en materia de precedente judicial. Una de las razones de esta diferencia, versa en el hecho de que, la Corte Constitucional, aparece como una nueva corporación judicial, que abandona el formalismo “para adoptar un enfoque realista con énfasis en el test de proporcionalidad” (Schor Miguel, 2011, 99), en procura de la aplicación inmediata de los mandatos Constitucionales, postura que guarda coherencia argumentativa para fundamentar lo que más adelante denominaría doctrina Constitucional de la Corte²⁵. Así mismo, bajo el influjo de una constitución aspiracional

²⁵Respecto a la doctrina Constitucional, la Corte afirmó en sentencia No. C-083/95 lo siguiente: “Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. 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.”

como la colombiana, la Corte ha impulsado el desarrollo de un activismo judicial²⁶ progresista en materia de derechos sociales (Saffon, María Paula, García-Villegas, Mauricio, 2011), ofreciendo dinámicas claramente diferentes respecto al papel de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Entre tanto, el Consejo de Estado tuvo una marcada influencia francesa, caracterizada por una visión formalista del derecho, que se mantuvo vigente incluso en vigencia de la Constitución de 1991.

En efecto, el Consejo de Estado ya aparecía como órgano consultivo del gobierno desde el año de 1817 (Rodríguez, Gutiérrez, 2011), pero luego de varios avatares Constitucionales, que implicaron incluso su supresión, el Consejo de Estado sólo logró consolidarse como órgano consultivo del gobierno y máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a partir de 1914, funcionando desde entonces, en términos generales, bajo el esquema que hoy conocemos. Rodríguez (2011), presenta la cronología de las normas que permitieron el restablecimiento del Consejo de Estado en los siguientes términos:

“El Acto legislativo nº 3 de 1910, (...) previó que la Ley debía establecer una ‘jurisdicción de lo contencioso administrativo’. De esa manera, los juristas Antonio José Cadavid y Hernando Holguín y Caro presentaron ante el Congreso de la República un proyecto de ley orgánica del Consejo de Estado, el cual fue aprobado por el órgano legislativo, pero finalmente rechazado por el gobierno nacional. En 1913, el jurista José Vicente Concha 20 presentó un proyecto de reforma constitucional que pretendía el restablecimiento del Consejo de Estado y que, afortunadamente, fue finalmente aprobado pese a ciertas modificaciones. El 10 de septiembre de 1914, gracias a un acto reformativo de la Constitución, el Consejo de Estado fue finalmente restablecido como órgano supremo consultivo del gobierno en los asuntos administrativos e igualmente como Tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (Rodríguez, Gutiérrez, 2011).

²⁶ En el caso de la Corte Constitucional Colombiana, el activismo judicial debe entenderse desde perspectiva constructivista e intermedia, “según la cual este tipo de activismo es un elemento necesario para alcanzar transformaciones sociales que, sin embargo, es insuficiente para lograrlas por sí solo”. (Saffon, María Paula, García-Villegas, Mauricio, 2011).

El autor en mención aclara que, si bien la ley 130 de 1913 previó las nuevas funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado y que el acto legislativo N° 1 de 1914, por el cual estableció definitivamente las competencias jurisdiccionales del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, esto no es óbice para reconocer como antecedentes de la actual jurisdicción de lo contencioso administrativo, al Acto legislativo n° 3 de 1910, ni a la ley 130 de 1913(Rodríguez, Gutiérrez, 2011).

Ya con la ley 60 de 1914, conocida como la “Ley orgánica del Consejo de Estado”, el Consejo de Estado adquiere su corpus inicialmente en dos Salas: La Sala de asuntos generales y la Sala de lo contencioso administrativo(Rodríguez, Gutiérrez, 2011).

Como puede advertirse, el Consejo de Estado Colombiano, a pesar de cumplir recientemente su primer centenario, siempre ha mantenido sin mayores ambages una posición tranquila respecto a las fuentes del derecho. Son distintas las variables que eventualmente podrían explicar esta tendencia, por un lado está la inspiración del Consejo de Estado Francés en su creación (Rodríguez, Gutiérrez, 2011), la tradición receptora del ordenamiento jurídico Colombiano respecto a producción ius teórica extranjera (López Medina, 2013) y la marcada tendencia conceptualista de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sobre este último punto en particular, se quiere hacer énfasis en el presente apartado, pues los antecedentes hasta ahora narrados permiten argumentar la tendencia jurisprudencial que, por lo menos hasta hace un tiempo, mostraba que la jurisprudencia del Consejo de Estado, estaba dirigida hacia el conceptualismo.

Ello quiere decir que a diferencia de la Corte Constitucional y al ser de estirpe continental, con marcada influencia francesa, el Consejo de Estado ha mantenido una postura donde su jurisprudencia ha sido de carácter más bien indicativo. Esto es, que la jurisprudencia acude a citas jurisprudenciales de casos antecedentes con la principal finalidad de reproducir la noción o el concepto o la categoría jurídica que el fallador quiere implementar, más no con la intención de aplicar analógicamente la misma solución a supuestos fácticos similares.

El profesor Diego López (2006) explica este fenómeno fundamentalmente en el hecho de que el siglo XX estuvo marcadamente influenciado por la doctrina de la jurisprudencia libre y conceptual, así las cosas, en los términos del mencionado autor, “*esta concepción*

de iure se traduce de facto en una comprensión fundamentalmente conceptualista del uso de la jurisprudencia" (López Medina, 2006). Pero en este punto de la discusión surge el siguiente planteamiento: ¿Cuál es la diferencia entre la cita analógica y la cita conceptual de la jurisprudencia y qué efectos puede generar el uso de la segunda?

La cita jurisprudencial analógica, en cualquiera de sus dos versiones (estricta o permisiva), se caracteriza porque se cita la sub regla del fallo anterior más reciente "como norma jurídica aplicable prima facie al caso que se está decidiendo" (López Medina, 2006), pero con una condición especial que debe cumplir la sentencia citada para que pueda ser establecida como vínculo de autoridad, es que se pueda establecer una analogía fáctica entre los hechos de la sentencia citada y los hechos de la nueva sentencia.

Entre tanto, la referencia meramente conceptual se caracteriza porque no existen mayores similitudes fácticas entre los hechos del caso tratado y los hechos de la sentencia citada, "sino más bien conexiones temáticas o conceptuales abstractas que existan entre las sentencias" (López Medina, 2006), por esta razón, en algunos casos se suprime incluso el análisis de los hechos del caso; en este sentido López Medina precisa:

"En esta forma de autoridad conceptual no importa que los hechos de la sentencia citada sean similares a los de la sentencia que se promulga, sino que encaje en un concepto o idea jurídica abstracta que abarque los supuestos de hechos del litigio" (López Medina, 2006).

Así las cosas, cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado se desenvuelve bajo un sistema de libre jurisprudencia, de carácter conceptualista, las decisiones frente a hechos similares pueden ser divergentes dependiendo de la sala del Consejo de Estado que esté tratando el asunto e incluso al interior de las mismas salas se pueden presentar posiciones divergentes. Y de hecho hasta hace unos años era común encontrar este tipo de posiciones divergentes y ambivalentes al interior del tribunal del cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si a las citas mayoritariamente conceptuales se suma la ausencia de una disciplina del

precedente judicial, se tiene como resultado un problema de falta de unidad jurisprudencial, “tanto desde el punto de vista jerárquico como entre las propias secciones del Consejo de Estado” (Arboleda Perdomo, 2013, p. 404), fenómeno que no pasó inadvertido para la comisión redactora del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, para lo cual se vio en la obligación de idear diversos mecanismos que aseguraran dicha unidad jurisprudencial en procura del principio de igualdad de quienes acudían a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, para tener un completo panorama respecto al comportamiento jurisprudencial del Consejo de Estado y morigerar las posturas antes expuestas, es pertinente acudir a la investigación realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, publicada en el año 2014, en el cual se hace un esfuerzo por identificar aquellas providencias que cumplen los requisitos de sentencias de unificación jurisprudencial antes de la expedición del C.P.A.C.A

En el estudio en mención identificó 4.000 providencias que aparentemente cumplían con los requisitos del artículo 270 del C.P.A.C.A. así:

TIPO DE PROVIDENCIA REVISADA	PERIODO REVISADO	TOTAL
Importancia Jurídica y trascendencia económica y social.	1991-2012	60
Recurso extraordinario de revisión.	1991-2012	162
Recurso extraordinario de Súplica.	1991-2012	2600
Unificación Jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Segunda	1999-2012	1157
Unificación Jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera	2010-2012	21

Fuente: Ministerio de Justicia y Del Derecho y Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2014).

No obstante, de acuerdo con el estudio en cita, de las 4.000 providencias antes

mencionadas, sólo el 16%, es decir, 650 sentencias, realmente resultaban catalogadas como sentencias de unificación y de ellas, sólo el 15% que equivale a 97 sentencias de unificación, cumplían los requisitos establecidos en el artículo 102 del C.P.A.C.A., para considerarse sentencias de unificación con fines de extensión en el periodo comprendido entre 1991 y 2012. (Ministerio del Interior, 2014, p. 59).

3.2 Los cambios introducidos por la ley 1437 de 2011

En los últimos años, se ha presenciado un interesante debate impulsado por la expedición de la ley 1395 de 2010 y la ley 1437 de 2011, que consignan nuevas disposiciones en materia jurisprudencial. Para algunos autores, estas normas y en especial, la ley 1437 de 2011, pone de presente la discusión sobre el sistema de fuentes Colombiano, en atención a las diversas novedades introducidas por el legislador para otorgarle fuerza vinculante a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como en el caso del Consejo de Estado a través de las sentencias de unificación jurisprudencial (Casallas Romero, 2012).

“(...) el difícil sendero que ha atravesado la jurisprudencia como fuente creadora de Derecho ha permitido que hoy por hoy, de manera paulatina, se acepte algo que dentro de nuestro sistema ha sido una realidad: el juez crea Derecho. El Derecho Administrativo, y de forma particular, la Responsabilidad Extracontractual del Estado, son evidencias palmarias de la creación judicial de reglas jurídicas que son observadas de forma general y resultan vinculantes tanto para las autoridades, como la comunidad en general. (...) De ahí que dentro del ámbito del Derecho Administrativo la adopción de una regla de observancia del precedente por parte de las autoridades que ejercen función administrativa, resulte conveniente, no solo como mecanismo de descongestión de la función jurisdiccional y de materialización de los principios de celeridad, eficiencia y economía que rigen la función administrativa³², sino, como ya lo ha señalado la Corte Constitucional, como instrumento de materialización del principio de seguridad jurídica (...)”(Casallas Romero, 2012, p. 36).

Pero también están quienes consideran que las disposiciones de la ley 1437 de 2011 no están dirigidas a modificar en absoluto el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico

Colombiano y más bien buscan lograr propender por medidas que favorezcan la descongestión judicial, a través de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades (Arias García, 2013, p. 363). Pero lo más importante, no se afecta el sistema de fuentes porque lo que se hace vinculante es la interpretación de la ley contenida en la sentencia y no la sentencia en sí misma (Arias García, 2013, p. 364). Sobre este último punto en particular Arias García (2013) señala:

“La consolidación de la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional no alteran el sistema de fuentes del derecho establecida en el artículo 230 de la C.P. porque lo que se hace es volver vinculante la interpretación que la Ley haga de la sentencia, volviendo imperiosa la mirada de la Ley y no la sentencia entendida como un elemento independiente a lo que interpreta” (Arias García, 2013, p. 364).

Si se quiere es posible encontrar una tercera posición divergente a las dos enunciadas anteriormente. Bajo esta postura se propone en lo fundamental, que las instituciones como el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y las sentencias de unificación jurisprudencial, tienen la intención de establecer un criterio uniforme para la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, fomentando cierta disciplina jurisprudencial que garantice el principio de igualdad de quienes acceden a la mencionada jurisdicción. En otros términos, las instituciones procesales introducidas por la ley 1437 de 2011, no modifica las fuentes de derecho consignada en el artículo 230 Constitucional, sino que simplemente busca establecer criterios o métodos de unidad jurisprudencial en la interpretación y aplicación de la ley (Arboleda Perdomo, 2013).

Sobre este último punto, al comentar el artículo 258 de la ley 1437 de 2011, Arboleda Perdomo (2013) precisó:

“Al comentar el artículo 256 que consagra los fines del recurso se resaltó que la norma habla de la unidad en la interpretación y aplicación del derecho, de manera que no puede tomarse la jurisprudencia como fuente de derecho por sí misma, dado que no crea normas jurídicas” (Arboleda Perdomo, 2013, p. 390).

Bajo el anterior contexto, bien vale la pena hacer un breve recuento de algunas de las

principales novedades introducidas por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en materia jurisprudencial de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En tal sentido se tiene el artículo 10º del C.P.A.C.A. referente al deber que tienen las autoridades de aplicar de forma uniforme las distintas disposiciones normativas vigentes sobre la materia y además,“(…) *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*”.

Entre tanto, el artículo 102 del C.P.A.C.A., referente a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de autoridades señalando como deber de las autoridades, “*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*”. El artículo 269 de la misma normativa se refiere al procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros y el artículo 270 del Código en comento define las sentencias de unificación jurisprudencial como aquellas “*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*”.

Ahora bien, para precisar el alcance del artículo 270 ídem, cuando se refiere a las decisiones *por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia*, el artículo 271 aclara que por estas razones, verbo y gracia, importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

Por otra parte, de los artículos 256 a 268 del C.P.A.C.A., se establece la regulación al

recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, cuyo fin no es otro diferente al de “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales” (C.P.A.C.A., art. 256), cuya única causal de procedencia está consignada en el artículo 258 del C.P.A.C.A., señalando al respecto:

“Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado” (C.P.A.C.A., art. 258).

De lo hasta aquí transcrito, se ha hecho referencia a tres instituciones que fueron presentadas como novedades de la ley 1437 de 2011: el deber de extensión jurisprudencial a terceros por parte de autoridades, el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial y las sentencias de unificación jurisprudencial.

La primera institución, esto es, el deber de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado a terceros por parte de autoridades, está regulado en distintos apartes del C.P.A.C.A., particularmente en los artículos 10, 102, 269 y 270 de la norma en cita y en igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011, indicó que el artículo 10 debe aplicarse en el entendido de que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables al caso que pretende resolver determinada autoridad (Corte Constitucional, C-634 de 2011).

Arboleda Perdomo (2013), comenta sobre esta institución que fue objeto de intensos debates a lo largo de todo el trámite legislativo, sufriendo algunas modificaciones desde su propuesta inicial. Naturalmente se presentaron tesis a favor y en contra de la propuesta. La primera postura argumenta que con la extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y en general, con la aplicación uniforme de la jurisprudencia y las normas, se salvaguarda el principio de igualdad y confianza legítima, redundando a su vez en la descongestión de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues con la aplicación de la interpretación jurisprudencial de las sentencias de unificación a casos similares desde el punto de vista fáctico y jurídico,

lograría prevenir algunos litigios ante dicha jurisdicción. La postura en contra de esta institución sostuvo entre otras razones, que nada quita el derecho que tienen los ciudadanos a agotar todas las instancias tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial y en segundo lugar, esta institución responde más a un típico sistema de casos, propio del commonlaw y no al sistema continental con el cual se inscribe el derecho colombiano, contrariando de esta manera el sistema de fuentes consagrado el artículo 230 Constitucional.

La segunda institución, esto es, el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, también fue objeto de intensos debates, entre otras razones porque se tenía que mantener la identidad del Consejo de Estado en el sentido de que este no opera como Tribunal de Casación, a diferencia del Consejo de Estado Francés y en segundo lugar, porque se debería determinar qué recursos extraordinarios contendría el nuevo código a propósito del fracaso del antiguo recurso de súplica (Arboleda Perdomo, 2013), sin sobrecargar la competencia del Consejo de Estado. Así las cosas, la solución establecida en el código consistió en mantener la distribución de competencias en los mismos términos de la ley 446 de 1998, mantener el recurso extraordinario de revisión, en tanto que está contenido en la ley Estatutaria de la Administración de Justicia y se reemplazó el recurso de súplica por el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, instituyéndose además el interdicto de extensión de la jurisprudencia de unificación.

Sobre este recurso, autores como Arias García (2013) y Arboleda Perdomo (2013), son enfáticos en señalar que estas disposiciones parten de la existencia del derecho como bien jurídico que debe ser protegido con el recurso:

“(...) de lo que se desprende que las sentencias son meramente indicativas y aplicativas de las reglas jurídicas, por lo cual en estricto sentido no crean por sí mismas estas reglas. De allí la necesidad de unificar la interpretación que de ellas hace la jurisprudencia para que su aplicación sea uniforme a todas las personas, pues el principio de igualdad exige que frente a la misma situación fáctica la ley se aplique por los jueces de la misma manera (...)” (Arboleda Perdomo, 2013, 256).

Finalmente, las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, fueron

introducidas por el legislador como una categoría jurídica tendiente a establecer cierta unidad jurisprudencial entre todas las decisiones proferidas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tanto a nivel jerárquico como a nivel de las distintas salas y secciones del propio Consejo de Estado. En este sentido, la vocación de las sentencias de unificación jurisprudencial, en principio, es la de unificar criterios de interpretación y aplicación de la norma que redunden en la protección del derecho de igualdad de quienes acceden a la administración de justicia; luego, en principio, las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado no estarían en la capacidad de crear reglas o sub reglas jurídicas (como sí lo puede hacer la Corte Constitucional) y por tanto, de crear precedentes judiciales, pues su función estaría restringida a la mera interpretación y aplicación de la ley.

3.3 Algunos casos de interés en materia de precedentes del Consejo de Estado:

3.3.1 Un ejemplo de los precedentes discordantes entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional:

El primer caso propuesto, tiene que ver con la discordancia entre los precedentes jurisprudenciales de dos altas cortes, en este caso la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Este fenómeno puede SE identificar con ocasión de la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, respecto a la determinación de los factores salariales que se deberían tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de los funcionarios al servicio del Estado beneficiarios del régimen de transición.

Sobre este asunto, la posición del Consejo de Estado ha sido variable hasta el año 2010, no obstante, a pesar de establecer un único criterio al interior de la Corporación, se presentan discordancias con los precedentes que sobre la misma materia ha establecido la Corte Constitucional como se explicará más adelante.

En efecto, respecto a los factores salariales para liquidar la pensión de los servidores públicos que se encontraban en régimen de transición, el Consejo de Estado manejó tres

tesis: en algunas oportunidades había considerado que solo podían tenerse en cuenta los factores taxativamente señalados en el artículo 3 de la ley 33 de 1985²⁷; en otras sentencias se había restringido la liquidación de la pensión a los factores salariales respecto de los cuales efectivamente se hubieran practicado cotizaciones al sistema de seguridad social; y en otras ocasiones se había aceptado incluir cualquier factor salarial devengado por el trabajador con independencia de estar o no enlistado en la ley (al considerarse meramente enunciativa y no taxativa) o de haber sido objeto de cotizaciones (en caso no haberse cotizado sobre un determinado factor, la sentencia ordenaba retener los aportes correspondientes al mismo).

Pero a partir de la sentencia del 4 de Agosto de 2010,²⁸ esta tendencia ambivalente fue corregida por la sección segunda del Consejo de Estado, donde se adoptó la tesis según la cual, en virtud de los principios de favorabilidad, igualdad material y primacía de la realidad sobre las formalidades, se debe aplicar la ley 33 de 1985, “*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público*”, entendiéndose además que los factores salariales que trae la mencionada ley 33 del 85 son meramente enunciativos, por lo que la norma en cita no impide la aplicación o inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año. Sobre este particular se transcribe in extenso un fragmento del raciocinio presentado por la sección segunda del Consejo de Estado en la mencionada sentencia del 4 de Agosto de 2010:

“En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia 150012331000 200203625 01 (1593-08), abril 8 de 2010.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Segunda, Subsección A, (0112-2009), agosto 4 de 2010.

último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.”

Al amparo del anterior razonamiento, el Consejo de Estado concluyó que en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual como retribución directa del servicio, excluyendo únicamente aquellas sumas que cubren los riesgos laborales.

A partir de la unificación de jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de los servidores en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Por ejemplo, en sentencia del 26 de agosto de 2010 se replica lo dicho en la sentencia de unificación y con base en ello se ordena incluir las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de una pensión; luego, en sentencia del 25 de noviembre de 2010, se dispone re liquidar la pensión con base en la bonificación semestral y las primas de productividad, navidad y de vacaciones que no habían sido tenidas en cuenta ni por la autoridad administrativa ni por el tribunal de primera

instancia. En este mismo sentido, basa su decisión el Consejo de Estado en las sentencias del 27 de enero de 2011²⁹, del 10 de febrero de 2011³⁰, del 10 de marzo de 2011³¹, del 17 de marzo de 2011³², entre otras. Hoy en día tal criterio jurisprudencial persiste, como se puede evidenciar en la sentencia del 09 de abril de 2014³³ y en la sentencia del 13 de febrero de 2014,³⁴ donde el Consejo de Estado reiteró:

“Sin embargo, como bien lo consideró el A quo, a partir de la sentencia de unificación de la Sección Segunda proferida el 4 de agosto de 2010³⁵, la Corporación ha venido precisando que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé”.

Pero como se anticipó en líneas anteriores, el problema que se presenta en el caso propuesto, no tiene relación con la ‘indisciplina’ del Consejo de Estado en la aplicación de sus propios precedentes, pues como se pudo observar, existe una posición más homogénea sobre la materia al interior de dicha corporación, no obstante, dicha posición es discordante respecto al precedente que sobre la misma materia ha aplicado la sala plena de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 y que se constituyó en el primer pronunciamiento expreso de la Corte sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición,³⁶ que aunque ya se había

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp.2007-00112.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, exp. 2002-2629.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2006-2553.

³² Consejo de Estado, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp.2006-00577 y de la misma fecha M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2007-00064.

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda M.P. JOSE DE JESUS GOSSAIN ABDALLAH, exp. 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13).

³⁴ Consejo de Estado, Sección segunda, sub sección A, M.P. ALFONSO VARGAS RINCON, exp. 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 112-09.

³⁶ Corte Constitucional, Auto N° 326 de 2014. Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 de 2014.

pronunciado sobre un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, en sentencia C-168 de 1995, no se había dicho nada respecto a la diferencia entre monto y el concepto de base de liquidación, en el mismo sentido, a pesar de que la Corte tuvo que pronunciarse en otras dos oportunidades sobre el mencionado artículo 36 de la ley 100 de 1993, en sentencia C-1056 de 2003 y sentencia C-734 de 2004, no se abordó la interpretación del concepto y las disposiciones referentes al monto y a la base de liquidación dentro del régimen de transición.

En la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional consideró que los empleados amparados por el régimen de transición conservarían su derecho a adquirir la pensión de vejez según las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, únicamente respecto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, mientras que el ingreso base de liquidación y demás condiciones serían los que establecen la misma ley y su decreto reglamentario, es decir, el Decreto 1158 de 1994, así las cosas, según lo explica la Corte Constitucional, "monto" e "ingreso base de liquidación" son dos conceptos distintos. El primer concepto es la tasa de reemplazo o el porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación, señalado por la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, conforme al inciso segundo del artículo 36 de la misma; a su turno, el segundo está compuesto por los factores salariales devengados durante el tiempo que la misma Ley 100 señala en su artículo 36, conforme al Decreto 1158 de 1994. Esta interpretación se condensa en la ratio decidendi que la sentencia en mención se concreta en los siguientes términos:

“[e]n vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexequibilidad de la expresión “durante el último año” debe ser

llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.”

Dicha ratio decidendi se complementó con el siguiente razonamiento del alto tribunal constitucional:

“En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.”

Dicho precedente no ha sido modificado por esta corporación y ha tenido aplicabilidad como se hizo en sentencia T-078 de 2014 y el Auto N° 326 de 2014, entre otras providencias.

La problemática que ofrece el escenario planteado es la contradicción entre los precedentes de dos altas Cortes, discordancia que hizo manifiesta la Corte Constitucional en la propia sentencia C-258 de 2013.³⁷ La solución a este tipo de controversias se

³⁷ “Sin embargo, fallos del Consejo de Estado le han dado un alcance distinto al artículo 17 en lo que respecta a los factores de liquidación, tal y como fue señalado en la Sentencia C-608 de 1999. Estas decisiones continuaron tomando como referencia todos los rubros recibidos por los beneficiarios, sin tener en consideración si tenían carácter remunerativo del servicio, o la condición particular de cada uno, esto es, si fueron recibidos por cada favorecido. Así, contrario a lo señalado por la Corte Constitucional en la

puede encontrar en la sentencia C-816 de 2011, que señaló que ante este tipo de fenómenos debe prevalecer el precedente de la Corte Constitucional, asegurándose de esta manera la armonía del sistema jurídico colombiano previniendo cualquier situación antinómica.

Pero hay que advertir que a pesar de que la Corte Constitucional planteó la solución a estos casos de contradicción entre precedentes de dos cortes, en el caso estudiado se evidencia que en la práctica aún no se ha logrado tal armonía.

Otro aspecto que llama la atención, es que el caso analizado no es un evento aislado, pues en otras oportunidades también se han presentado este tipo de discordancias entre precedentes de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Un ejemplo de ello es el recordado debate relacionado con el deber de motivación de los actos de retiro de funcionarios en provisionalidad, donde, por un lado la Corte Constitucional señaló el deber de motivación de este tipo de actos, pues aseguran entre otros, el derecho al debido proceso del funcionario apartado del cargo, postura que se unificó desde la sentencia SU- 917 del 16 de noviembre 2010 y por otro lado, el Consejo de Estado ha insistido en distintos pronunciamientos³⁸ que no es necesario motivar los actos de retiro de los servidores en provisionalidad, pues su tratamiento se debe asimilar al de los cargos de libre nombramiento y remoción, apelando entre otras normas al artículo **107 del Decreto 1950 de 1973**.³⁹

Sentencia C-608 de 1999[217], el Consejo de Estado ha optado por sostener que debe atenderse el contenido literal del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en el sentido de que todo factor salarial debe ser tenido en cuenta al momento de liquidar la pensión solicitada". (Sentencia C-258 de 2013).

³⁸Consejo de Estado, sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de Agosto de 2012, dentro del proceso de referencia 05001-23-31-000-2001-03675-01(0573-12), M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ y **Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 76001233100020010349701 (162609), del 23 de agosto de 2012, C. P. Alfonso Vargas Rincón. Entre otras.**

³⁹“**Artículo 107º.-** En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

3.3.2 La sentencia de Unificación Jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012, rad. (24897) ¿intento fallido?

En el caso anterior se explicaba aquella problemática surgida de la presencia de precedentes judiciales discordantes que plantean soluciones disimiles a casos equivalentes, por parte de dos Cortes de cierre. En el siguiente caso, se verificará por un lado, sí en la práctica judicial las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado se limitan a interpretar y aplicar una norma o si por el contrario en estas sentencias realmente se están creando reglas o precedentes jurisprudenciales y en segundo lugar si dicho precedente disciplina y pacifica las posiciones discordantes del Consejo de Estado.

Para proponer tal discusión, se acudirá al estudio de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 19 de noviembre de 2012, con ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio bajo expediente N° 24897. Se seleccionó el estudio de esta sentencia por dos razones fundamentales: porque es una de las primeras sentencias de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado y porque en esta sentencia se aborda uno de los casos “difíciles” que tradicionalmente ha tenido que abordar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, relativa a los denominados “hechos cumplidos” y la procedibilidad de la actio in rem verso como medio procesal para hacer este tipo de reclamaciones.

Naturalmente no es objeto de este trabajo hacer un minucioso estudio de los denominados hechos cumplidos y el tratamiento jurisprudencial que el Consejo de Estado le ha dado a este tema⁴⁰, por tanto solo se hará una breve consideración respecto al asunto a tratar para contextualizar el análisis que se propone en el presente apartado.

Grosso modo, el problema que se presenta frente a los denominados ‘hechos cumplidos’

⁴⁰ Para profundizar en el estudio de los denominados hechos cumplidos se puede acudir entre otros, a los trabajos de Gil Botero en su obra **Responsabilidad Extracontractual del Estado Bogotá, Temis, 2011, y el trabajo de Wilson Ruiz Orjuela en Responsabilidad Del Estado Y Sus Regímenes. Ed. Eco ediciones, 2010.**

se origina cuando un particular suministra un bien, presta un servicio o ejecuta una obra o labor a favor del Estado, sin que previamente se suscriba el contrato estatal correspondiente con el lleno de todos los requisitos para que se predique la existencia, validez y ejecución del mismo. En este orden, de acuerdo a la posición jurídica predominante sobre el tema, un requisito para la existencia del contrato Estatal es que este verse por escrito y además cuente con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal, luego, sin el cumplimiento de estos dos requisitos el contrato estatal no nacería a la vida jurídica. Por esta razón, para reclamar el pago (no la indemnización), de las obras, suministros o servicios prestados por un particular a favor del Estado sin la existencia previa de un contrato Estatal, se acudía a la *actio in rem verso*, pues al no mediar contrato estatal no era posible incoar la acción de controversias contractuales, pero tampoco era posible indemnizar al particular que prestó tales servicios a favor del Estado, pues sólo se podía pretender el pago de lo debido, luego tampoco era posible acudir a la acción de reparación directa (Gil Botero 2011).

Frente a este tipo de hechos, el Consejo de Estado había mantenido una posición ambivalente, pues en algunas oportunidades tal Corporación consideró la tesis según la cual el enriquecimiento sin causa era un título de imputación de responsabilidad del Estado, en otros casos, el enriquecimiento sin causa es entendido como fuente de obligaciones o se ha considerado que no es procedente dicha acción cuando el pretendido contratista ejecuta una prestación a favor del Estado por fuera del ordenamiento jurídico, es decir, sin el lleno de los requisitos para la existencia y validez del contrato estatal.

Como se anticipó, en sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 19 de noviembre de 2012, con ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio bajo expediente N° 24897, se trató de unificar de forma definitiva el criterio de interpretación judicial para resolver este tipo de casos.

En esa oportunidad el máximo tribunal de lo contencioso administrativo advirtió que la acción procedente es la acción de reparación directa (pero solo hasta el pago de lo debido al particular), pues el enriquecimiento sin causa constituye una pretensión y la autonomía de la *actio in rem verso* “se relaciona con la causa del enriquecimiento” y no

con la vía procesal para invocarla. Esta misma corporación agrega que la actio in rem verso procedería excepcionalmente para casos muy concretos y siempre y cuando se den los siguientes requisitos: que “*el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica*”; que “*mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa*” y que “*el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia*”(Consejo de Estado, expediente N° 24897).

Hecho el anterior contexto, se transcribe in extenso el aparte de la sentencia en comento que resulta de interés para el estudio que nos ocupa:

“(…) que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó. “

(…)

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constricto o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*

- b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso*

administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

- c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.”*

Como se puede observar, la intención del Consejo de Estado fue prevenir y evitar el uso de la actio in rem verso como un mecanismo para evadir la aplicación imperativa de las normas que rigen la contratación Estatal en Colombia, pero sin desconocer ciertos eventos donde evidentemente se originó un enriquecimiento sin causa a favor del Estado causando un empobrecimiento correlativo del particular. Para tal efecto, fijó de forma taxativa los eventos donde excepcionalmente era procedente la actio in rem verso cuando se reclama el pago de unas acreencias sin la existencia de un contrato estatal.

Si observamos con detenimiento, el Consejo de Estado no solamente hizo una interpretación de las normas en materia de contratación y de la naturaleza jurídica de la actio in rem verso en relación a los casos de los denominados hechos cumplidos, sino que además estableció de forma taxativa y restrictiva, los casos en los cuales era procedente el uso de la acción en mención. Si se tiene en cuenta que dichas ‘excepciones’ no están señaladas de forma expresa por ninguna norma vigente dentro del ordenamiento jurídico, ni tampoco pueden ser inferidas de una disposición en concreto, es plausible concluir que el Consejo de Estado formuló reglas jurisprudenciales que van más allá de la mera interpretación de la norma.

En otros términos, en el caso estudiado, claramente se puede ver la configuración de un precedente judicial que no se limita a la mera interpretación de la norma, pues de forma categórica fija los casos en los cuales es procedente de forma excepcional la acción in rem verso frente a eventos de ‘hechos cumplidos’.

De esta manera, se podría decir que, contrario al sentido de la norma explicada en el libelo anterior, la práctica judicial en el caso analizado, muestra cierta tendencia a la creación de reglas jurisprudenciales o lo que es lo mismo, a la creación de derecho, más allá de la mera aplicación o interpretación de la norma, pues como se pudo observar, en estricto sentido no hay una norma jurídica que respalde directamente la creación de tales lineamientos jurisprudenciales.

Ahora bien, respecto a la disciplina del Consejo de Estado en la aplicación del precedente judicial antes estudiado, se tiene que en términos generales es aplicado sin mayores ambages,⁴¹ no obstante, existen voces como la del Consejero Enrique Gil Botero, que disienten parcialmente la sentencia de unificación jurisprudencial en estudio al considerar que existen muchas más hipótesis a las señaladas en aquella ocasión que admiten la posibilidad de ordenar la compensación por enriquecimiento sin causa, promoviendo una interpretación menos restrictiva a la planteada en la sentencia de unificación bajo estudio, posición que además es divergente respecto al medio procesal a emplear para reclamar el enriquecimiento sin causa:

“En sentencia más reciente, la Sala Plena de la Sección Tercera señaló que la posibilidad de ordenar la compensación por enriquecimiento sin causa se circunscribe, entre otros, a los siguientes tres supuestos, con los cuales el ponente del caso sub iudice está parcialmente de acuerdo —ver salvamento parcial de voto a dicha providencia—, porque considera que además de esos casos existen otros igualmente evidentes, pero para los efectos de esta providencia uno de ellos —el primero— es suficiente para condenar al municipio, lo que exime de sostener un debate que no cabe en el caso concreto. Dispuso la Sala Plena en la sentencia del 19 de noviembre de 2012 —Exp. 24.897, C.P. Jaime Orlando Santofimio”⁴²

⁴¹Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 2000-00834 de abril 30 de 2014, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad.: 250002326000200000834 01 (27532)

⁴²Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 1999-00161 de enero 30 de 2013. C.P. Enrique Gil Botero, Radicación: 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045).

La gran conclusión que se puede extraer de este caso particular, el cual se replica en muchos otros, es que las sentencias de unificación jurisprudencial, si bien tienen carácter vinculante para el Consejo de Estado, aún no tienen la capacidad de consagrar de forma absoluta todas las reglas y sub reglas jurisprudenciales para resolver futuros casos. Por esta razón, y como se verá en el último acápite del presente trabajo, el Consejo de Estado ha acudido a otras sentencias que a pesar de no ser consideradas como sentencias de unificación jurisprudencial, si pueden ser consideradas como precedente jurisprudencial al amparo de la “doctrina probable”, y de esta manera aplicar una misma solución jurídica a hechos análogos.

3.3.3 ¿Son obligatorios los precedentes judiciales del Consejo de Estado contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial a la luz del artículo 230 de la Constitución Política de 1991?

La cuestión sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia es un debate que ha vendido decantándose desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, por tal razón es necesario acudir a algunas de sus providencias para reconstruir apartes de su línea jurisprudencial sobre la materia.

En este sentido, el primer pronunciamiento se dio con ocasión de la demanda de constitucionalidad presentada contra los incisos primero y segundo del artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, referentes a la regulación del recurso de súplica en lo Contencioso Administrativo.

En aquella oportunidad, la Corte explicó en sentencia C-104 de 1993, la naturaleza de la súplica advirtiendo que *“(...) surge cuando existiendo plena identidad en los supuestos de hecho sometidos en cada caso a la consideración del mismo órgano judicial -el Consejo de Estado-, éste se aparte del criterio precedente de modo arbitrario o sin motivación razonable”*, añadiendo más adelante que el objetivo del recurso de súplica *“(...) consiste en la garantía de que sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no es posible acoger doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación”*, pues sin tal control, se afectaría de manera notoria la seguridad jurídica al producirse cambios en la jurisprudencia contenciosa sin la participación de la totalidad de la Sala Contencioso Administrativa.

En este punto la citada sentencia C-104 de 1993, fue categórica en señalar que para mantener la unidad de un ordenamiento jurídico, es necesaria la unificación de la jurisprudencia, y en tal sentido puntualizó:

“En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.

Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia”.

Para el año de 1995, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-083 de 1995, para resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 8^o⁴³ de la ley 153 de 1887, por infringir el artículo 230 de la Constitución. En aquella oportunidad la Corte declaró exequible la norma acusada a partir de la introducción de la noción de “Doctrina Constitucional”, consistente en el carácter vinculante de los pronunciamientos proferidos por el intérprete autorizado de la Constitución, pues de este modo, *“la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina”.*

Esta tesis se consolida en otras de sus providencias como la sentencia T-123 de 1995, en cuya ratio decidendi se precisa que a pesar de que sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, la jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, realiza el principio de igualdad, concluyendo en este orden lo siguiente:

⁴³ Ley 153 de 1887"artículo 8°. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

“(...) sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.”

Años más tarde es proferida la renombrada sentencia C-836 de 2001, que se pronuncia sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896,⁴⁴ y marcó un hito al señalar que no solamente tiene carácter vinculante las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, sino que además, la jurisprudencia de los tribunales de cierre tienen ese mismo carácter y refiriéndose a la Corte suprema señaló:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.”

Al tenor de dicha argumentación, la Corte declaró exequible el artículo 4º de la ley 169 de 1896 bajo el tendido que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a

⁴⁴Ley 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”.

24 de la presente Sentencia.

Este pronunciamiento se convirtió en el baluarte para la interpretación que la Corte desarrolló en sentencias posteriores, como el de la sentencia C-335 de 2008, que estudió la constitucionalidad del artículo 413 de la Ley 599 de 2000.⁴⁵ Para la Corte, el artículo 230 constitucional no debe interpretarse de forma literal, pues implicaría que la jurisprudencia de las Altas Cortes no tendría un efecto vinculante. Al sentir de la Corte Constitucional, se debe respetar el precedente judicial pues ello garantiza la seguridad jurídica y el principio de igualdad:

“De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.”

Al pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 parcial de la Ley 1437 de 2011,⁴⁶ la Corte Constitucional reiteró los precedentes establecidos en providencias anteriores y precisó aquella sub-regla jurisprudencial según la cual, en eventos concretos, en virtud de la autonomía judicial, los jueces pueden apartarse del

⁴⁵Ley 599 de 2000, “Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

⁴⁶Ley 1437 de 2011, “Artículo 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”.

precedente, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos “(i) *hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales*” (Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2011). El argumento que planteó la Corte para sustentar esta sub-regla es, por un lado, que de esta forma se establece una solución a la tensión entre el principio de igualdad y la autonomía judicial; y por otro, que al ser un sistema jurídico legislado, en Colombia debe ser matizado, más no eliminado el carácter vinculante del precedente “*lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del staredecisis*”.

Por su parte, en sentencia C-816 de 2011, donde se abordó el estudio de la Constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, que establece la extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades, se plantea como problema jurídico si la disposición demandada, que ordena a las autoridades competentes de actuaciones administrativas, la extensión de los efectos de sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se haya reconocido un derecho, a terceros que lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, vulnera disposiciones de la Constitución que otorga a la ley un lugar preeminente en el sistema de fuentes del derecho y consagra el principio de legalidad que somete a la administración al imperio de la Constitución y ley.

La respuesta de la Corte Constitucional fue la de declarar la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, esto es, bajo el entendido de que las autoridades, “*al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia*” (Corte Constitucional, C-816-11).

Para fundamentar su decisión la Corte Constitucional retomó los precedentes aplicados en sentencias anteriores, señalando en su ratio decidendi, que si bien es cierto que las autoridades administrativas solo pueden desarrollar las funciones expresamente

atribuidas por la Constitución y la ley, es cierto también que la función administrativa tiene por objeto el interés general y debe actuar conforme a los principios que rigen su actividad, entre otros, el principio de igualdad *“que implica un deber de trato igualitario a las personas en el reconocimiento y protección de sus derechos”*.

Agrega la Corte que el deber legal de extensión jurisprudencial no desconoce el carácter preeminente de la ley como fuente de derecho, pues en la misma ley se establece la posibilidad de abstenerse de aplicar el precedente contenido en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado, siempre y cuando dicho apartamiento sea expreso y razonado.

Respecto al valor obligatorio de las sentencias proferidas por los órganos judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional reiteró lo dicho en las sentencias C-836 de 2001 y C-335 de 2008, señalando que las altas Cortes tienen el deber de unificación jurisprudencial para garantizar entre otros, un trato igualitario a los ciudadanos y brindar seguridad jurídica a sus administrados, en consecuencia *“el valor o fuerza vinculante, es atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial en su jurisdicción”* (Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011).

A la luz de lo antes indicado tenemos, por un lado que el precedente judicial es una fuente formal de creación del derecho que no nace en la ley sino en las reglas construidas para resolver un caso concreto por un alto tribunal, y por otro, a la luz de lo dicho por la Corte Constitucional, entre otras en las sentencias T-292 de 2006, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, el precedente es la sentencia o el conjunto de ellas *“anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*. Además, el alto Tribunal Constitucional también determinó los criterios a tener en cuenta para determinar si un precedente judicial es aplicable o no a un caso concreto. Dichas reglas fueron establecidas, entre otras, en la sentencia T-292 de 2006, donde se precisaron las siguientes reglas para determinar la aplicación de un precedente judicial:

“i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.”

Quiere ello decir que a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, las sentencias de unificación jurisprudencial sí tienen fuerza vinculante y tienen el carácter de obligatorias, salvo en los casos donde sus precedentes son contrarios a los establecidos por esta Corte. No obstante, aún no es pacífica la jurisprudencia respecto a la prelación de los precedentes de la Corte Constitucional y en consecuencia, se siguen presentando casos donde se hacen evidentes las disparidades entre los precedentes judiciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, impidiendo lograr materializar en definitiva el principio de igualdad que fundamentó la doctrina del precedente judicial en Colombia.

Tal circunstancia es una de las aristas que mantiene abierta la discusión respecto a la obligatoriedad de las sentencias de unificación de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien es cierto que la Corte Constitucional es el máximo guarda e intérprete de la Constitución, es cierto también que el principio de autonomía judicial es uno de los argumentos que justifican que el Consejo de Estado, en algunos casos particulares, se aparte del precedente judicial que sobre la misma materia ha sentado la Corte Constitucional, que más allá de la incertidumbre jurídica que genera este tipo de comportamientos jurisprudenciales, plantea si este tipo de fenómenos pueden ser considerados como antinómicos, esto es, contradicciones internas que afectan la armonía del sistema jurídico Colombiano⁴⁷.

Sobre este último punto es posible sostener, que pese a la existencia de casos donde se

⁴⁷Bobbio (1994, p. 183) señala: “un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, “sistema” equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es un relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad.”...en este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás”

presenta contradicción entre precedentes judiciales de dos altas cortes -en este caso el Consejo de Estado y la Corte Constitucional-, este fenómeno no origina una antinomia jurídica en estricto sentido, fundamentalmente porque el mismo sistema jurídico Colombiano cuenta con un mecanismo concreto para superar este tipo de contradicciones, como lo es el control de constitucionalidad difuso que lo puede aplicar directamente la autoridad judicial que se quiera apartar de la interpretación judicial contenida en el precedente del Consejo de Estado y un segundo camino es el uso de la acción de tutela contra providencia judicial, por defecto sustantivo, al apartarse del precedente judicial que estableció la Corte Constitucional en su calidad de máximo interprete y guarda de la Constitución, sin la debida justificación de por qué realizó tal apartamiento del precedente.

Por otra parte, se evidenció otro fenómeno pero esta vez al interior del Consejo de Estado, pues como se pudo observar, sólo 97 sentencias con vocación de unificación proferidas entre 1991 y 2012, cumplen los requisitos establecidos en el artículo 102 del C.P.A.C.A., para considerarse sentencias de unificación con fines de extensión (Ministerio del Interior, 2014, p. 59), hecho que evidencia el comportamiento ambivalente de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, al menos hasta antes de la expedición del C.P.A.C.A.

Pero pese a las dificultades que aún se evidencian respecto al carácter vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, este análisis demostró que no eran procedentes aquellas interpretaciones formalistas que sostienen que el carácter vinculante de dichas providencias es la interpretación de la ley contenida en la sentencia y no la sentencia en sí misma (Arias García, 2013, p. 364).

De otro lado, la línea jurisprudencial antes expuesta de la Corte Constitucional, expone y soluciona todas las tensiones constitucionales derivadas de la aplicación de la unificación jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estas tensiones que estudió la Corte se relacionaron con el principio de legalidad, el precedente judicial de las Altas Cortes, la autonomía judicial y la igualdad material.

3.4. La Jurisprudencia del Consejo de Estado frente al Precedente Judicial:

Verificar la línea jurisprudencial que exprese la posición del Consejo de Estado sobre el valor del precedente judicial reviste un ejercicio un poco más complejo que el realizado en la Corte Constitucional, si se tiene en cuenta que al menos hasta antes de la expedición del C.P.A.C.A., la jurisprudencia del Consejo de Estado se desplegó bajo un sistema de libre jurisprudencia, de carácter conceptualista, donde las decisiones frente a hechos similares pueden ser divergentes dependiendo de la sala del Consejo de Estado que esté tratando el asunto.

Sumado a lo anterior, la mayoría de sentencias del Consejo de Estado que hacen referencia expresa al carácter vinculante del precedente judicial, son aquellas que resuelven acciones de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo al apartarse de un precedente judicial,⁴⁸ caso en el cual en muchas ocasiones se motiva la decisión de tutela haciendo una simple remisión a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, circunstancia que dificulta la identificación del criterio propio del Consejo de Estado respecto al precedente judicial y el valor vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial.

Poniendo de presente las anteriores dificultades, se hizo necesario identificar una sentencia del Consejo de Estado proferida con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011, que para la resolución del problema jurídico requiriera hacer un análisis expreso del carácter vinculante del precedente judicial al interior de dicha Corporación y de esta manera poder descifrar la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia.

La sentencia seleccionada (como punto arquimedico en los términos de LópezMedina,

⁴⁸ A título de ejemplo: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, Sentencia del once (11) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01251-00(AC), Actor: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA.

2007) es la calendada el veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014)⁴⁹, bajo radicado 18001-23-31-000-2000-00074-01(31190), proferida por la subsección B de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado. Dicha providencia desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 7 de abril del 2005, dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, donde se debatía la responsabilidad extracontractual del Estado por el fallecimiento de un soldado cuando sostenía combates con miembros del secretariado bloque sur cuadrillas 14 y 15 - compañía móvil Teófilo Forero de las FARC- en cercanías de la vereda "El Billar", inspección rural de Remolinos del Caguán, municipio de Cartagena del Chairá, Caquetá.

El Consejo de Estado debía establecer si existía o no responsabilidad del Estado por el hecho de terceros para lo cual tuvo que abordar el estudio del régimen de responsabilidad estatal por los daños causados por actos violentos provenientes de terceros, para lo cual aplicó la sentencia de unificación jurisprudencial⁵⁰ sobre la materia, donde se estableció la regla según la cual, en materia de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a su decisión.

En la sentencia en mención, el Consejo de Estado explica la tipología de las sentencias de unificación de la jurisdicción contencioso administrativa introducida por la ley 1437 de 2011. En este sentido recuerda que la unificación a través del sistema de precedentes *"tiene antecedentes inmediatos en la Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Ley*

⁴⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Subsección B. Sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014), bajo radicado 18001-23-31-000-2000-00074-01(31190), Actor: JORGE LINO ORTIZ Y OTROS. Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA).

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, Fecha: 23 de agosto de 2012, Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392), Actor: HUGO GIRALDO HERRERA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTRO.

Estatutaria de la Administración de Justicia, recogida en el art. 272 del C.P.A.C.A, que en su art. 11 dispuso el mecanismo de revisión eventual de las acciones populares y de grupo, y la regulación de los recursos extraordinarios”, y posteriormente define las sentencias de unificación en los siguientes términos:

Son “enunciados vinculantes y autoritativos de derecho, que funcionan con “buenas razones” para decisiones consecutivas tanto en la administración de justicia como en la administración pública, en aras de garantizar el principio de igualdad y seguridad jurídica”, reiterando, de acuerdo a la ley 1437 las sentencias con fines de unificación jurisprudencial: i) las proferidas por a) importancia jurídica, b) trascendencia económica o social, o c) por necesidad de unificar jurisprudencia; ii) las que resuelvan recursos extraordinarios, es decir, a) el recurso extraordinario de revisión y d) el de unificación de jurisprudencia ; y iii) las que se profieran en virtud de la revisión eventual de las acciones populares y de grupo.

Así mismo se acude al concepto del 10 de diciembre del 2013, rad. 2177, proferido por la sala de consulta y servicio civil para reafirmar la postura según la cual también pueden considerarse dentro de la categoría de sentencias de unificación las expedidas con anterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011 por las Secciones del Consejo de Estado:

“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 antes de la misma fueron proferidas con esa finalidad; de manera que la disposición es coherente con el desarrollo jurisprudencial a que se hizo referencia en la primera parte de este concepto, en el sentido de que la labor de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado no nace con la ley 1437 de 20011, en la medida en que es connatural a la condición de Tribunal Supremo que le otorga el artículo 237 de la Constitución Política”.⁵¹

⁵¹Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 10 de diciembre del 2013, rad. 2177, M.P. William Zambrano Cetina.

Pero lo que más llama la atención de la sentencia bajo estudio, es que a través de la figura del control de convencionalidad⁵², se cita una sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente la sentencia del 6 de agosto del 2008, caso Castañeda Gutman contra México, para indicar que el precedente judicial está relacionado con la existencia del caso análogo, precisando por este último lo siguiente:

*"Para que un caso sea análogo es necesario acreditar que existe una semejanza entre los hechos del primero y los hechos del segundo en virtud de que ambos comparten las mismas propiedades relevantes esenciales lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica en ambos casos".*⁵³

Bajo esta argumentación, la sentencia bajo estudio va más allá y busca aplicar un precedente judicial a luz de la interpretación del artículo 4º de la ley 169 de 1896 hecha por la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, en el sentido de que tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable. Bajo este criterio aplica los precedentes jurisprudenciales establecidos en la sentencia del 25 de mayo del 2011 de la Subsección C de la Sección Tercera que condenó al Estado por falla del servicio por los hechos ocurridos en la base militar de "Las Delicias"; la sentencia del 7 de abril del 2011 de la Subsección A de la Sección Tercera que condenó al Estado por falla del servicio en los hechos ocurridos en la base militar del cerro de "Patascoy" y la sentencia del 26 de junio del 2014 de la Subsección B de la Sección Tercera que condenó al Estado por falla del servicio en hechos ocurridos en la vereda de "El Billar" - Cartagena del Chairá.

⁵² El control de convencionalidad fue señalado por primera vez en la sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, fallado el 26 de septiembre de 2006. En desarrollo del artículo 2 de la CADH, la Corte IDH se refirió a la obligación de realizar un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno y la Convención Americana. El control de convencionalidad difuso implica que *"los jueces internos dejarían de ser exclusivamente "aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una "interpretación convencional", verificando si dichas leyes que aplicaren a un caso particular, resultan "compatibles" con la CADH"* (Ferrer, 2011, p. 563).

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman contra México, sentencia del 6 de agosto del 2008, Serie C, n.º 184, párrafo 170. Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, *El precedente judicial y sus reglas*, Legis, Bogotá, 2014, p. 42.

El ejemplo jurisprudencial antes estudiado permite advertir que las sentencias de unificación sí tienen carácter obligatorio, sin embargo, las reglas jurisprudenciales establecidas en aquellas no son suficientes para resolver de forma uniforme todos los casos. Por esta razón, el Consejo de Estado está acudiendo a otra herramienta para la aplicación del precedente jurisprudencial, este es la doctrina probable. Bajo este método, el Consejo de Estado, está reemplazando las citas jurisprudenciales conceptuales por citas jurisprudenciales que respondan a una analogía fáctica que permitan aplicar soluciones jurídicas similares a hechos análogos. De esta manera resulta mucho más correcto aplicar las reglas jurisprudenciales establecidas en providencias precedentes que trataron hechos parecidos al caso estudiado, cuando las reglas establecidas en las sentencias de unificación resultan insuficientes. En los términos de la sección tercera:

“Esto significa que las demás sentencias del Consejo de Estado, a parte de las vertidas en la modalidad de unificación, pueden tener un valor de precedente judicial a tener en cuenta tanto por las autoridades administrativas como judiciales al momento de adoptar sus decisiones. (...) Asimismo, la Corte Constitucional en auto 208 del 2006 ha sostenido que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, como tribunales de cierre, no solo cumplen una función unificadora sino que sus precedentes tienen fuerza vinculante”.

Esta misma posición fue adoptada por la sub sección C de la sección tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo, como se puede inferir del análisis de la sentencia del primero (1) de julio de dos mil quince (2015), proferida bajo radicado N° (30385), con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa.⁵⁴ En esta providencia, se señaló respecto al precedente judicial lo siguiente:

“Al precedente se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del commonlaw, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas – ratio decidendi -, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub sección C, sentencia del primero (1) de julio de dos mil quince (2015) Radicación: 52 001 23 31 000 1998 00182 01 (30385) Actor: Rosalba Alba Taques y otro Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y otros Asunto: Acción de reparación directa (sentencia).

específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- staredecisis -, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica”.

En la sentencia de 15 de julio de 2015 antes citada, la sub sección C de la sección tercera del Consejo de Estado, señaló que el concepto de precedente “administrativo” no ha tenido desarrollo doctrinal, habiéndole correspondido su desarrollo a la jurisprudencia constitucional a partir de la remisión a los elementos estructuradores del concepto de precedente judicial. En dicha providencia el Consejo de Estado señala lo siguiente:

“Las escasas referencias al concepto de precedente administrativo, por lo demás recientes entre nosotros, devienen, de la generalización y extrapolación a la gestión y actividad administrativa, de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente judicial o jurisprudencial derivados del concepto de doctrina probable latente en el marco material de la Constitución Política de 1991, institución retomada de los desarrollos judiciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad, buena fe, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas”.

Aunque en mi concepto el Consejo de Estado, en la sentencia en mención, confunde el precedente administrativo⁵⁵ con el precedente judicial en lo Contencioso Administrativo,

⁵⁵ Un ejemplo de precedente administrativo se puede encontrar en la Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia” pues su artículo 24 señala: “La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”. De acuerdo al abogado Jesús David Londoño Bedoya, respecto al precedente administrativo, “(...) en Colombia puede decirse que es aquella figura jurídica que en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, igualdad, y confianza legítima, vincula a la administración, y la obliga a seguir una línea de decisión cuando

concuera en señalar que la doctrina del precedente judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo es una práctica sumamente reciente y además coincide en aplicar la doctrina probable como método orientador del precedente judicial. En este sentido la sala tiene en cuenta como precedente jurisprudencial las sentencia de la Sección Tercera de 22 de julio de 2009 [expediente 18703] y de la Sub-sección C de 3 de diciembre de 2014 [expediente 26737], especialmente en los elementos propios a su ratio decidendi, *“sin perjuicio de aquellos elementos que por la evolución social y de la jurisprudencia, a los que haya lugar a pronunciarse y a avanzar en la presente sentencia”*. En este sentido, la sentencia precisó lo siguiente:

“Esto implica, por lo tanto, que el primero de los supuestos para que se constituya en precedente, similitud fáctica, se cumple, pero no quiere decir que la Sala no pueda matizar, y proyectar otros aspectos que según el material probatorio, la singularidad de la muerte de la víctimas en este proceso, y el progreso de la jurisprudencia contencioso administrativa lo exija, así como la evolución de la sociedad que exige una carga más rigurosa en la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, especialmente cuando se trata de la defensa de tales ámbitos de protección de los derechos de los miembros de las fuerzas militares, a quienes no pueden desconocerse o comprenderse que renuncian a ellos por el simple cumplimiento del servicio”.

A la luz del análisis jurisprudencial antes realizado es posible inferir que el Consejo de Estado acude a la analogía fáctica de sentencias precedentes a través de la doctrina probable, para salvaguardar el principio de igualdad, en tanto que busca aplicar por regla general, una misma solución jurídica a casos análogos.

Esta posición marca una notable diferencia respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en consecuencia, las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, no pueden ser analizadas bajo una misma metodología, pues en efecto, el Consejo de Estado no solamente cita sentencias que traten un mismo problema jurídico, sino que además busca que las sentencias empleadas como precedente tengan

hechos similares que permitan la realización de una analogía fáctica, donde además se haya brindado una solución similar al mismo caso.

Para finalizar, también es importante precisar la distinción entre el objetivo del recurso extraordinario de revisión y el recurso de unificación jurisprudencial. De acuerdo a la sala trece especial de la sala plena de lo contencioso administrativo,⁵⁶ el recurso extraordinario de revisión no procede para revisar una sentencia por el desconocimiento del precedente judicial, pues esta no es una causal prevista por el legislador para el efecto. Debe advertirse que cuando se trate del desconocimiento del precedente judicial -esto es, la sub regla jurídica fijada en la respectiva sentencia o sentencias que tengan la entidad de precedente-, la legislación prevé el denominado recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, procedente, sí, contra las sentencias de única y segunda instancia proferidas por los tribunales administrativos, cuando contraríen o se opongan a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, en los términos de los artículos 256 a 268 del CPACA.

⁵⁶CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA TRECE ESPECIAL DE DECISION, Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ, siete (7) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02724-00(REV)

4. Conclusiones

La ley 1437 de 2011, introdujo en materia de lo contencioso administrativo nuevas instituciones procesales como la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades y el recurso de unificación jurisprudencial, que más allá de zanjar cualquier debate en torno al valor de la jurisprudencia del Consejo de Estado como fuente de derecho, ha reavivado la discusión, al punto de que sobre la materia es posible identificar varias posturas.

En efecto, para algunos autores, la ley 1437 de 2011, pone de presente la discusión sobre el sistema de fuentes Colombiano, en atención a las diversas novedades introducidas por el legislador para otorgarle fuerza vinculante a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como en el caso del Consejo de Estado a través de las sentencias de unificación jurisprudencial (Casallas Romero, 2012).

Pero también están quienes consideran que las disposiciones de la ley 1437 de 2011 no están dirigidas a modificar en absoluto el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico Colombiano y más bien buscan lograr propender por medidas que favorezcan la descongestión judicial, a través de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Bajo esta tesis se ampara la postura según la cual el sistema de fuentes no es modificado, porque lo que se hace vinculante es la interpretación de la ley contenida en la sentencia y no la sentencia en sí misma.

No obstante, dichas interpretaciones son descartadas y se debe considerar que las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado son vinculantes, pues, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, el artículo 230 constitucional no debe interpretarse de forma literal, pues implicaría que la jurisprudencia de las Altas Cortes no tendría un efecto vinculante, así las cosas, se debe propender por

el respeto al precedente judicial pues ello garantiza la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

Pero no hay que desconocer que aún no es pacífica la jurisprudencia respecto a la prelación de los precedentes de la Corte Constitucional y en consecuencia, se siguen presentando casos donde se hacen evidentes las disparidades entre los precedentes judiciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, planteando si este tipo de fenómenos pueden ser considerados como antinómicos, esto es, contradicciones internas que afectan la armonía del sistema jurídico Colombiano.

Por otra parte, se evidenció otro fenómeno pero esta vez al interior del Consejo de Estado, pues como se pudo observar, sólo 97 sentencias con vocación de unificación proferidas entre 1991 y 2012, cumplen los requisitos establecidos en el artículo 102 del C.P.A.C.A., para considerarse sentencias de unificación con fines de extensión (Ministerio del Interior, 2014, p. 59), hecho que evidencia el comportamiento ambivalente de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, al menos hasta antes de la expedición del C.P.A.C.A.

De otro lado está la contradicción entre los precedentes de dos altas Cortes, discordancia que hizo manifiesta la Corte Constitucional en la propia sentencia C-258 de 2013. La solución a este tipo de controversias se puede encontrar en la sentencia C-816 de 2011, que señaló que ante este tipo de fenómenos debe prevalecer el precedente de la Corte Constitucional, asegurándose de esta manera la armonía del sistema jurídico colombiano previniendo cualquier situación antinómica. Pero hay que advertir que a pesar de que la Corte Constitucional planteó la solución a estos casos de contradicción entre precedentes de dos cortes, en el caso estudiado se evidencia que en la práctica aún no se ha logrado tal armonía.

Así mismo es posible concluir que las sentencias de unificación sí tienen carácter obligatorio, sin embargo, las reglas jurisprudenciales establecidas en aquellas no son suficientes para resolver de forma uniforme todos los casos. Por esta razón, el Consejo de Estado está acudiendo a otra herramienta para la aplicación del precedente jurisprudencial, este es la doctrina probable. Bajo este método, el Consejo de Estado, está reemplazando las citas jurisprudenciales conceptuales por citas jurisprudenciales que respondan a una analogía fáctica que permitan aplicar soluciones jurídicas similares

a hechos análogos. De esta manera resulta mucho más correcto aplicar las reglas jurisprudenciales establecidas en providencias precedentes que trataron hechos parecidos al caso estudiado, cuando las reglas establecidas en las sentencias de unificación resultan insuficientes.

5. Bibliografía

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José (2013). Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Legis.

ARIAS GARCÍA, Fernando (2013). Estudios de Derecho Procesal Administrativo, Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Ibáñez, Universidad Santo Tomás.

BETANCOURT, Fernando (2012). Derecho Romano Clásico, cuarta edición, Universidad de Sevilla.

BERNAL PULIDO, CARLOS (2008). El Derecho de los Derechos. Universidad Externado de Colombia, 2008.

BOBBIO Norberto (2012). Teoría General del Derecho. Temis

_____ (1994). Teoría General del Derecho. Temis

CARILLO DE LA ROSA, YEZID (2008). Temas y problemas de la filosofía del derecho. Ediciones Doctrina y Ley.

CONTRERAS CALDERON, Jorge ANDRÉS (2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. En Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Vol. 41 N° 115 (2011) pp. 331-361.

GARCÍA LÓPEZ, Eloy (2011). La crisis de las fuentes del derecho En las crisis de las fuentes del Derecho en la globalización. Universidad Sergio Arboleda.

GARRIDO GÓMEZ M^a. ISABEL (2011). EL VALOR DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN MATERIA DE IGUALDAD Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2011) 27-4
http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9851/valor_garrido_AFDUA_2011.pdf?sequence=1

GIL BOTERO, Enrique (2011). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá, Temis.

GONZALEZ JACOME JORGE (2007). Entre la Ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915. Editorial Universidad Javeriana, Bogotá 2007.

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Helton David (2013). La interpretación y desarrollo del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. López Vs. Tamayo. ¿Una discusión dogmática? En Cuadernos de la Maestría en Derecho, Líneas de Investigación en Derecho Mercantil y en Derecho de los Negocios y Contratos Internacionales No. 3. Universidad Sergio Arboleda, 2013, p.p. 371-429.

HERNÁNDEZ MEZA NELSON (2005). LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA COMO PRESUPUESTOS DE LA DOCTRINA PROBABLE. En revista de derecho, universidad del norte, 18: 85-105, 2002.

HINESTROSA FERNANDO (2005). El Código Civil de Bello en Colombia. En Revista de derecho privado Universidad externado de Colombia N° 9-2005. PP 05 a 27.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Universidad de los Andes Legis. 2006.

_____ Teoría impura del Derecho. Legis 2013.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel (2006). La regeneración, la constitución de 1886 y el papel de la Iglesia Católica Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas [en línea] 2006, (Diciembre-Sin mes): [Fecha de consulta: 25 de enero de 2015] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100220318001> ISSN 1657-8953

MARQUARDT, BERND (2011). Estado y constitución en la Colombia de la Regeneración del Partido Nacional 1886-1909, C IENCIA POLÍTICA N° 11 ENERO-JUNIO 2011 ISSN 1909-230X/PÁGS. 56-81

NACIÓN, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2014). Las Sentencias de Unificación Jurisprudencial y el Mecanismo de Extensión de la Jurisprudencia.

NÚÑES LEYVA, IGNACIO J (2012). Constitución, Neoconstitucionalismo y Lagunas Jurídicas (Normativas y axiológicas) Estudios constitucionales, Año 10, N° 2, 2012, pp. 511-532 Centro de Estudios Constitucionales de Chile de Talca.

PABÓN MANTILLA ANA PATRICIA. Trabajo de grado titulado "Doctrina del precedente Constitucional: aplicación de precedentes sobre protección a la maternidad a nivel judicial y en especial en el tribunal superior del distrito judicial de Bucaramanga. Consultado en <http://repositorio.uis.edu.co/jspui/bitstream/123456789/8223/2/119583.pdf>

PARRA MARÍA VICTORIA (2004). El precedente judicial en el Derecho comparado. En Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 240-264 consultado en <file:///C:/Users/Estudiantes/Downloads/235-1539-1-PB.pdf>

PÉREZ VÁSQUEZ RODOLFO (2007). *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica*. En Justicia Juris, Vol 7. Abril-Septiembre 2007 pp. 9-14. Consultado en https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-7/art-1.pdf

PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique. Indeterminación del Derecho y la Sentencia C-083-1995. 2008, consultado en http://www.derechojusto.org/administrador/documentacion/indeterminacion_del_derecho_y_la_sentencia_c-083-1995.pdf

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Andrés (2011). EL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO Y EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, APROXIMACIONES Y DIFERENCIAS. En: REVISTA PRINCIPIA IURIS N°.15, 2011-1, Universidad Santo Tomas, pp. 279-301.

RODRÍGUEZ Cesar (2005). La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

RUIZ ORJUELA, Wilson (2010). Responsabilidad Del Estado Y Sus Regímenes. Ed. Ecoediciones.

SCHOR Miguel, (2011) UN ENSAYO SOBRE EL SURGIMIENTO DE CORTES CONSTITUCIONALES: LOS CASOS DE MÉXICO Y COLOMBIA, Revista de Economía Institucional, vol. 13, n. ° 24, primer semestre/2011, pp. 85-109.

SAFFON, María Paula, García-Villegas, Mauricio, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (1), pp. 75-107.

SOLAR CAYÓN José Ignacio (2012). Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo Los orígenes del realismo jurídico americano (2012). En Economía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 2, marzo – agosto 2012, pp. 176-226 consultado en http://economia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/03/18EconomiaN2_Solar_Llewellyn.pdf

TAMAYO JARAMILLO, Javier (2013). **MANUAL DE HERMENÉUTICA JURÍDICA, Dike.**

TAMAYO JARAMILLO, Javier (2013). **LA DECISIÓN JUDICIAL, Dike.**

TORRES ZÁRATE FERMÍN (2009). La Jurisprudencia (su evolución). En Alegatos, núm. 72, México, mayo/agosto de 2009 pp. 151-176. Consultado en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/65/72-08.pdf>

VÁSQUEZ ALFARO MÓNICA (2010). “*La función unificadora de la Corte Suprema de Justicia 1886-1890*”. En Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes N° 25, Julio-Diciembre de 2010, ISSN 1909-7794. PP. 5 a 21.

VALENCIA ZEA, Arturo & ORTIZ MONSALVE, Álvaro (2011). DERECHO CIVIL. Tomo I Parte General y Personas, Temis.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 1993.

Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1.999.

Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2004.

Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006.

Corte Constitucional, Sentencia C-335 de 2008.

Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011.

Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011.

Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011.

Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia T-078 de 2014.

Corte Constitucional, Auto N° 326 de 2014.

Consejo de Estado, sentencia de unificación jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012, expediente N° 24897.

Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 2000-00834 de abril 30 de 2014, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad.: 250002326000200000834 01 (27532)

Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 1999-00161 de enero 30 de 2013. C.P. Enrique Gil Botero, Radicación: 07001-23-31-000-1999-00161-01(19045).

Consejo de Estado, sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de Agosto de 2012, dentro del proceso de referencia 05001-23-31-000-2001-03675-01(0573-12), M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 76001233100020010349701 (162609), del 23 de agosto de 2012, C. P. Alfonso Vargas Rincón. Entre otras.

Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp.2007-00112.

Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, exp. 2002-2629.

Consejo de Estado, Sección Segunda M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2006-2553.

Consejo de Estado, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp.2006-00577 y de la misma fecha M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2007-00064.

Consejo de Estado, Sección Segunda M.P. JOSE DE JESUS GOSSAIN ABDALLAH, exp. 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13).

Consejo de Estado, Sección segunda, sub sección A, M.P. ALFONSO VARGAS RINCON, exp. 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Víctor Hernando AlvaradoArdila, expediente 112-09.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia 150012331000 200203625 01 (1593-08), abril 8 de 2010.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Segunda, Subsección A, (0112-2009), agosto 4 de 2010.