**Construcción Metodológica de la Jurisprudencia y el Precedente como fuente del
Derecho Administrativo Colombiano: Hacia una Adecuada Aplicación Judicial**

Isnardo Jaimes Jaimes

**Tesis de grado presentada como requisito para optar al título de
Magister en Derecho Público.**

**Director
Fernando Alexei Pardo Flórez**

**Konstanz de Alemania y Santo Tomás, Bogotá
Facultad de Derecho
Programa de Derecho Público
2016**

Tabla de Contenido

Introducción	Pág. 4
CAPITULO PRIMERO	
LA JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL: LOS MODELOS DE REFERENCIA	
1. Los Modelos de Referencia.	12
1. 1 El Sistema Continental.	13
1.1.1. Origen del Derecho Continental	14
1.1.2. Características del Derecho Continental	19
1.2. El Sistema Anglosajón	20
1.2.1. Origen del <i>Common Law</i>	20
1.2.2. Características del Sistema Anglosajón.	26
1.3 Conceptualización y Características de los Modelos de Referencia en la Teoría del Derecho	28
1.3.1 La jurisprudencia en el Derecho Continental.	29
1.3.1.1 El desconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho	29
1.3.1.2 La jurisprudencia como fuente principal de derecho.	31
1.3.1.2.1 Por las premisas jurídicas en cada decisión	31
1.3.1.2.2 Por la funcionabilidad en los sistemas jurídicos	32
1.3.1.2.3 Por el rol de las autoridades jurisdiccionales.	33
1.3.1.3 Referente en el derecho comparado sobre jurisprudencia.	34
1.3.3.1 La jurisprudencia fuente indirecta de derecho en el ordenamiento jurídico francés.	35
1.3.3.2 La jurisprudencia no es fuente creadora de derecho en el ordenamiento jurídico francés.	36
1.3.2. El Precedente en el Derecho anglosajón	37
1.3.2.1. Conceptualización del Precedente	39
1.3.2.1.1. El Precedente según el criterio dimensional	40
1.3.2.1.2 Por la clasificación del Precedente.	41
1.3.2.2. Características del Precedente.	42
1.3.2.3. Referente vigente del Precedente en el Derecho comparado.	46
1.4 La Jurisprudencia y el Precedente en los modelos de referencia.	50
1.4.1 Definición Propuesta de Jurisprudencia y sus características.	50
1.4.2 Definición propuesta del Precedente y sus características.	51
1.4.3. Diferencias entre Jurisprudencia y Precedente.	52
1.4.4 Rasgos comunes de las dos instituciones jurídicas.	53

CAPITULO SEGUNDO

ADAPTACIÓN DE LOS MODELOS DE REFERENCIA

1. La Jurisprudencia en la Constitución de 1886.	57
2. La Jurisprudencia en la Constitución de 1991.	62
3. Implementación del Precedente en el Derecho Colombiano	68
3.1 Mecanismos utilizados por la Corte Constitucional para imponer el Precedente	72
3.1.1. Revisión de los fallos de Tutela.	73
3.1.2. Delito de prevaricato.	73
3.1.3. Tutela contra decisiones judiciales.	73
4. Incorporación del Precedente en la actividad administrativa: la ascensión de la jurisprudencia como fuente principal y el Precedente vinculante en el derecho administrativo	78
4.1. Incorporación del Precedente en la actividad administrativa.	78
4.2 La ascensión de la jurisprudencia como fuente principal y el Precedente vinculante en el Derecho Administrativo	81
5. Las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado.	83
5.1 Aplicación de las Sentencias de Unificación a nivel administrativo	87
5.2. Aplicación de las Sentencias de Unificación a través del recurso Extraordinario de Unificación de la Jurisprudencia.	88
5.3. Aplicación de las Sentencias de Unificación a través de los Recursos de revisión previstos en el C.P.A.C.A.	89

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS PARA LA CORRECTA ADAPTACIÓN DE LOS MODELOS DE REFERENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

1. Análisis de la metodología para la formulación de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo Colombiano	100
2. Los tres grandes problemas sustanciales en la formulación de la jurisprudencia y el precedente.	104
2.1. La indebida distinción entre las dos instituciones	104
2.2. La confusión del órgano que crea la jurisprudencia y el precedente.	109
2.3. Los errores en el contenido de la motivación y la <i>ratio decidendi</i>	121
3. Propuesta metodológica para la formulación adecuada de la Jurisprudencia y el Precedente.	129
Conclusiones	140
Referencias Bibliográficas	146

Introducción

Como la sociedad cambia con el paso de los años, así también, como producto de él, el derecho lo hace para responder a las nuevas y mayores necesidades que garanticen su razón de ser y existir. En esa misma línea y con el fin de contestar de manera efectiva y legítima al conglomerado social en la resolución de las causas judiciales, la teoría jurídica ha venido impulsando de manera consistente un papel más fuerte del juez en su labor de administrar justicia. Con una función judicial así concebida, surgió la necesidad de modificar las fuentes principales de derecho a las que debía someterse en el proceso judicial, de ahí que la jurisprudencia y el precedente se hayan constituido en los instrumentos que materializaron la respuesta a esa necesidad planteada.

La presente Tesis decide abordar la problemática que significa la transformación de dichas fuentes -antes auxiliares y ahora convertidas en principales-, en un sistema legislado que tiene a la Ley como el instrumento principal para resolver los conflictos judiciales. Esa ascensión implica una necesaria estabilización en el que hacer judicial, no solo porque la Ley sigue siendo principal, sino porque su interpretación adquiere una nueva dimensión, pues al ser parte integrante de la misma, se convierte en fuente vinculante en la resolución de casos, lo cual le permite al juez la formulación de subreglas con alcance de jurisprudencia o precedente en el contenido de sus decisiones, repetible en situaciones de similitud fáctica y jurídica.

En un primer momento histórico es la Corte Constitucional Colombiana la que incorporó la jurisprudencia como fuente vinculante en el derecho colombiano a través del control abstracto de constitucionalidad y el control concreto en aplicación de los derechos fundamentales. Por necesidad jurídica tuvo que darle una valoración distinta, una categoría mayor y un carácter obligatorio a la jurisprudencia para que fuera respetada, acatada y aplicada por todos los operadores; y, el camino utilizado para ello fue darle una concepción distinta a la palabra “ley” prevista en el artículo 230 superior, para entenderla como “derecho” en el que incorpora el texto escrito con la hermenéutica que ella hubiera hecho de un determinado precepto normativo; con lo cual construyó su doctrina constitucional e irradió a todo el ordenamiento jurídico.

Por la misma vía, incorporó en el derecho constitucional la institución del precedente judicial, de origen inglés, con características diferentes al sistema continental que constituyó el modelo de referencia de nuestro actual sistema jurídico. Con tal acción materializó la aplicación práctica de la jurisprudencia constitucional, a la cual denominó doctrina constitucional y, creó un sistema fuerte de precedentes replicables en la resolución de casos con miras a lograr la igualdad judicial, especialmente en la protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política.

Lo anterior significó la ruptura del tradicionalismo incrustado en el artículo 230 de la Constitución Política, que respondía al Sistema Continental que concebía al juez en un simple aplicador de los mandatos del legislador, dándole a la jurisprudencia un papel auxiliar en la actividad judicial, en el entendido que ella solo ayudaba cuando no existiera norma o existiendo ella fuera oscura o contradictoria. Y aunque fue instituida para unificar la interpretación de los preceptos legales, a través de figuras como la doctrina legal, la doctrina constitucional y la doctrina legal más probable, terminó convirtiéndose en simplemente indicativa o persuasiva en la actividad judicial.

En un segundo momento, en el caso del derecho administrativo, es el legislador por medio de la ley 1437 del 2011 el que decide dar a la jurisprudencia y al precedente judicial la categoría de fuente principal de derecho, con lo cual, el problema jurídico que surge es: ¿cómo incorporar la jurisprudencia y el precedente como fuentes principales en el derecho administrativo colombiano para una adecuada práctica judicial, entendiendo que originalmente responden a modelos de referencia diferentes y con características distintas?, ello por cuanto desde sus inicios el Consejo de Estado emitía decisiones que constituían jurisprudencia en términos de doctrina probable, es decir como fuente auxiliar del derecho, y en ese marco no resultaba trascendente la forma en que metodológicamente se formulara, caso contrario a la tarea titánica que impone ahora el legislador a la Jurisdicción Administrativa al dar carácter vinculante a las dos instituciones y posibilitar que por esa vía se modifique el sistema jurídico.

En ese orden de ideas se formuló la hipótesis consistente en que las tensiones derivadas de la incorporación de la jurisprudencia y el precedente judicial como fuentes principales del derecho administrativo colombiano, la consecuente necesidad de estabilidad en la práctica judicial frente al uso, reconocimiento y comprensión de las figuras como instrumentos válidos para dar respuesta a vacíos o antinomias y, la búsqueda de igualdad judicial, encuentran solución en la definición de un modelo o estructura metodológica definida a partir de las características sistémicas y extra sistémicas que poseen, de los antecedentes histórico jurídicos y de la estructura judicial administrativa nacional.

La tesis propuso formular una construcción metodológica de la jurisprudencia y el precedente judicial como fuentes principales del derecho administrativo colombiano, desde el sistema jurídico nacional: a partir de la evolución histórico jurídica y de la jurisprudencia y el precedente constitucional, reconociendo las características propias de los sistemas de origen de las dos figuras, que permita un adecuado uso, reconocimiento y comprensión de las mismas en el marco del proceso judicial, y del consecuente impacto sobre la comunidad jurídica y la sociedad en general.

Para desarrollar el anterior objetivo general se establecieron cuatro objetivos específicos que permitieran en su desarrollo la estructuración de un modelo metodológico aplicable en la formulación del precedente y la jurisprudencia como fuente del derecho administrativo colombiano:

En el primero se propuso hacer una revisión de los modelos de origen de la jurisprudencia y el precedente, sistemas jurídico continental europeo y anglosajón respectivamente, en lo que atañe a su estructura, características y fundamento teórico, reconociendo e identificando la funcionalidad sistémica de las dos figuras.

En el segundo se propuso identificar los antecedentes histórico jurídicos de la jurisprudencia a partir de la Constitución de 1886 en marco de la legislación nacional, reconociendo el modelo y los alcances asumidos por ella hasta la actualidad; revisar y analizar la jurisprudencia vinculante y el precedente judicial edificado por la Corte Constitucional a partir de su doctrina constitucional después de la Constitución de 1991, en marco de las sentencias de constitucionalidad y de revisión de tutela más relevantes.

Con el tercer objetivo se propone identificar, revisar y analizar cómo el Honorable Consejo de Estado ha formulado la jurisprudencia en términos de doctrina probable y a partir del CPACA en términos de jurisprudencia vinculante. Todo ello en busca de asegurar un claro entendimiento de la jurisprudencia y del precedente en el escenario judicial administrativo desde el punto de vista del contenido de lo que cada una es.

Finalmente, un cuarto objetivo propone un esquema metodológico en la formulación de la jurisprudencia y el precedente judicial como fuentes vinculantes del derecho administrativo a partir de las características originarias, los antecedentes histórico jurídicos y la práctica judicial que conlleve a un adecuado reconocimiento, uso y comprensión de las figuras en el escenario judicial, académico y social.

El desarrollo metodológico de la tesis fue teórico e implicó un proceso descriptivo, analítico y de síntesis constructiva.

Se partió de profundizar en el conocimiento de la jurisprudencia y el precedente judicial en sus sistemas de origen y en el sistema jurídico nacional, reconociendo sus regularidades y cualidades esenciales como fuentes del derecho. Esta acción se llevó a cabo teniendo como fuente principal la bibliografía de la doctrina representativa en el sistema continental europeo y en el sistema anglosajón; así como la doctrina nacional que sobre la materia es escasa, constituyéndose en una limitante especialmente frente al precedente; Y se incluyó la jurisprudencia nacional constitucional y administrativa.

Desde las fuentes citadas se realizó una interpretación conceptual de la información encontrada sobre el tema. A través del método teórico, la tesis logra ir más allá de las características fenoménicas y superficiales de la jurisprudencia y el precedente, explica hechos relevantes en sus orígenes y desarrolla y profundiza sus relaciones esenciales y cualidades fundamentales.

Mediante el análisis se logra en la tesis descomponer en sus diversas partes y cualidades las figuras objeto de estudio, especialmente en las acciones de investigación que se adelantaron en torno a la jurisprudencia constitucional y administrativa y del precedente constitucional en los diferentes periodos de tiempo.

Así mismo se realizó un análisis histórico con la finalidad de estudiar la trayectoria real de los la jurisprudencia en el sistema jurídico colombiano, vinculando sus distintas etapas y objeto en sucesión cronológica, determinando con ello su evolución y desarrollo y, las conexiones históricas fundamentales que ha tenido en Colombia.

Mediante un proceso de síntesis se establece la unión entre las partes previamente analizadas y se posibilitó la construcción de una propuesta metodológica en la formulación de la jurisprudencia y el precedente judicial en el derecho administrativo colombiano.

Para alcanzar el objetivo propuesto la Tesis se dividió en tres capítulos en consonancia con los aspectos específicos que constituían categorías conceptuales fundantes y teorías jurídicas estructurales de la misma, así como con la identificación y análisis documental de las sentencias del Consejo de Estado a que hubo lugar. Cada uno de los capítulos respondió a específicos objetivos así:

En el primero, propio de la necesidad de identificar los orígenes de la jurisprudencia y precedente, se hizo una descripción histórica-jurídica de los dos modelos de referencia de los que provienen: “Sistema Continental Europeo y Sistema Anglosajón”. Histórica, para la comprensión de su nacimiento y estructuración, las necesidades a que respondió cada una de ellas y su consolidación con el paso del tiempo; y jurídica, para comprenderlas ontológicamente en el derecho, de qué se nutren y en qué tipo de organizaciones se producen, cómo se conceptualizan y caracterizan.

Así mismo, se identificaron las corrientes de la teoría jurídica a que corresponden para desde allí entender la razón de ser y deber ser de cada una de ellas, la fuerza ideológica que las originó y potencializó a lo largo de su existencia; para lo cual se analizó el funcionamiento actual de las figuras y se explicó el manejo que cada sistema le da, ejemplarizando con el sistema judicial de Francia y EE.UU, y así comprenderlas desde sus sitios de origen jurídico territorial.

Para finalizar el capítulo se arriesga la Tesis a construir propias categorías conceptuales de jurisprudencia y precedente, en marco del sistema jurídico colombiano, convocando lo variopinto que ha caracterizado a la figura de la jurisprudencia a lo largo del tiempo en nuestro país, procurando con ellas un uso comprensible y fácilmente distinguible por los jueces, la administración pública, los usuarios judiciales y la sociedad en general.

En el segundo capítulo, se identifica y analiza la existencia y aplicación de las figuras en el derecho interno y en especial en el derecho administrativo, analizando la forma como en la práctica judicial se dio desarrollo específicamente a la jurisprudencia y al precedente constitucional.

Se analiza la incorporación histórica de la figura jurisprudencia en el derecho administrativo colombiano en términos de fuente persuasiva, a partir de la Constitución de 1886 hasta 1991, caracterizando especialmente la edificación legal de la jurisprudencia como doctrina legal y doctrina legal probable, ello con el objetivo de comprender la forma y requisitos legales de la jurisprudencia.

En el mismo sentido se analiza el proceso adelantado por la Corte Constitucional para incorporar la Jurisprudencia vinculante y el precedente constitucional en el marco de las acciones públicas de constitucionalidad y de tutela, identificando con claridad el proceso histórico jurídico que se presenta a partir de la Constitución de 1991, detallando los mecanismos utilizados por la Corte Constitucional para tal fin. En ese orden se analiza las figuras doctrina constitucional, jurisprudencia vinculante, precedente y, precedente jurisprudencial con el fin de clarificar cada una de ellas, en especial la categoría precedente jurisprudencial que ha sido uno de los factores de mayor dificultad en el ámbito judicial.

Finalmente se analiza la incorporación legal del precedente en la actividad administrativa, indicando la necesidad del mismo en la resolución de casos de su competencia en busca de la igualdad de trato en condiciones de similitud fáctica y jurídica; como la ascensión de la Jurisprudencia como fuente principal del derecho administrativo, detallando la forma legal como el legislador a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo incorpora y regula las dos figuras para su aplicación en sede judicial, especialmente un tipo especial de sentencias denominadas de unificación; y cómo a partir de la jurisprudencia se activa el denominado precedente judicial en el derecho administrativo que irradia a la sociedad en la también nueva figura de la “extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado a terceros”. Todo ello para comprender la base normativa que da soporte y fuerza vinculante en la actividad administrativa y contenciosa administrativa.

La tesis culmina con el tercer capítulo, el cual constituye el aporte más significativo de la investigación y en el que se formula un conjunto de propuestas metodológicas a seguir

por el Consejo de Estado en la construcción de la parte motiva de sus sentencias constitutivas de jurisprudencia y del precedente para lograr una correcta adaptación de las mismas desde sus modelos de referencia, teniendo en cuenta el escenario jurídico y judicial nacional y, el análisis a las sentencias del Consejo de Estado. A estos efectos el capítulo se subdivide en tres acápite diferentes:

En un primer momento se hace un análisis de la metodología para la formulación de la jurisprudencia en el derecho administrativo colombiano, teniendo en cuenta los resultados alcanzados en el capítulo 1 y 2 de la Tesis, sorteando elementos fácticos y jurídicos evidenciados del constructo histórico-jurídico de las figuras y del análisis actual de ellas en sus modelos de referencia y en el sistema jurídico colombiano. Resultado de ello surgió la necesidad de evaluar y determinar aspectos formales específicos de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado y que constituían en el tiempo jurisprudencia persuasiva y vinculante. Paso seguido se estableció con rigurosidad, por la naturaleza sustancial y el volumen formal, que los fallos de la Sección Tercera, referidos al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, serían el objeto de estudio determinando si existía o no metodología en particular en la formulación de jurisprudencia.

Seguidamente, se analizan los tres grandes problemas sustanciales en la formulación de la jurisprudencia y el precedente, resultantes del análisis metodológico de las figuras en su aplicación judicial: La indebida distinción entre las dos instituciones generada a partir de su equivocada comprensión y aplicación en el escenario judicial; la confusión del órgano que las crea al no reconocerse el modelo de referencia del que provienen y sus características propias; y los errores en el contenido de la motivación y los efectos de la *ratio decidendi*, principalmente hacia lo que constituye *obiter dicta*, generando un efecto de dispersión del contenido vinculante de las figuras e imprecisión científica en su análisis posterior, potencializado por una cultura jurídica que incorporó a las dos figuras indistintamente y con un tanto de ligereza.

A paso seguido se identifican y caracterizan los fallos proferidos por la sección tercera del consejo de estado en torno al tema de la responsabilidad extracontractual del estado en tres momentos diferentes: uno comprendido entre 1964 a 1991 que corresponde al periodo en que se asigna competencia total en materia de responsabilidad al Consejo de Estado y hasta la expedición de la Constitución en el que tiene aplicación la llamada la doctrina probable; uno segundo desde 1991 hasta la entrada en vigencia del CPACA, periodo en el que se continúa aplicando la doctrina probable, comienza paralelamente a formularse, ejercer influencia y aplicarse obligatoriamente la jurisprudencia y el precedente constitucional; y un tercer momento que inicia en el 2 de julio de 2012 con la entrada en vigencia del CPACA y se extiende hasta el 22 de abril de 2015 día en que fue emitida la última sentencia de unificación que fue incluida en la presente investigación.

Posteriormente, dentro del mismo momento se seleccionan, por trascendencia jurídica o relevancia social, un conjunto de 68 sentencias correspondientes a cada uno de los periodos determinados. Un total de 30 sentencias para el periodo uno, 21 para el periodo dos, y 17 para el periodo tres que corresponden su totalidad. Las seleccionadas fueron analizadas metodológicamente a partir de diez aspectos formales previamente definidos: 1. Identificación del ponente y la ubicación en la subsección de la que hacía parte. 2. Si hubo o no salvamento o aclaración de voto. 3. Si se siguió un mismo eje temático y si se desarrollaron subtemas del mismo. 4. La extensión material de la sentencia. 5. Si se siguió un esquema en la formulación de ella. 6. Si en ella se planteaba el problema jurídico a resolver y, si lo planteaba de manera directa o en forma ambigua. 7. Si se señalaba la norma o regla jurisprudencial que regulaba el problema jurídico o, por el contrario, si existían vacíos, antinomias o la posibilidad de una aplicación analógica. 8. Si las sentencias justificaban la necesidad de actualizarla, modificarla o cambiarla. 9. Si la sentencia permitía una diferenciación clara entre lo que es la regla iuris y el *obiter dicta*. 10. Finalmente se indagó si las sentencias planeaban conclusiones. Realizado el análisis se estableció contundentemente que no existió ni existe estructura metodológica definida por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado y por ende que la formulación de una propuesta metodológica además de necesaria es imperativa para la comprensión y aplicación de las figuras de una manera coherente, congruente y correcta.

Para finalizar la Tesis se presenta una propuesta metodológica que pueda implementarse con facilidad para la formulación adecuada de la jurisprudencia y el precedente en las Sentencias de Unificación proferidas por el Consejo de Estado en uso de las facultades otorgadas por el legislador en el CPACA.

Para elaborar la propuesta se parte de los resultados del análisis realizado a las 68 sentencias seleccionadas, del análisis de los tres grandes problemas metodológicos resultantes del examen formal y sustancial a las figuras en el derecho administrativo, del fundamento teórico jurídico que tienen las figuras, de la caracterización histórico jurídico de los modelos de referencia en que surgieron y, por supuesto de los aspectos exógenos y endógenos del quehacer judicial en la jurisdicción contencioso administrativa. Al demostrar esta tesis que no existe estructura metodológica alguna en la formulación de las figuras por parte de la jurisdicción administrativa, justifica la necesidad de una formulación práctica que en términos científicos y pedagógicos se proponga superar esta adversidad formal pero que tiene una profunda incidencia sustancial. Con todo ese cúmulo teórico, sustancial y formalmente hablando, se logra concluir la investigación en prospectiva de superación de esa adversidad reseñada a través de la propuesta metodológica que de un lado, corrobora la hipótesis que como respuesta al problema jurídico planteado el suscrito presentó a la comunidad académica, y del otro, permite cumplir el fin último por el cual se elaboró esta Tesis.

La propuesta se centra en estructurar cinco grandes aspectos metodológicos trascendentales, desde los cuales se irradian otros derivados, para con ellos formular de una manera clara y diáfana la regla o *subregla iuris* que modificará el sistema jurídico, y diferenciarla de elementos contenidos en la parte motiva de la sentencia que no tienen este alcance *-obiter dicta-*. A su vez se propone una clara diferenciación metodológica de estos aspectos para distinguir la jurisprudencia del precedente, aun cuando concurren al interior de una misma sentencia. Se propone una formulación metodológica en la precisión de la motivación de la sentencia partiendo de la identificación del problema jurídico a resolver comprobando su existencia; el cumplimiento de la carga que conlleva el principio de transparencia, que es la formulación del estado del arte que resolvería el problema jurídico, justificando la necesidad de solucionarlo ante la inexistencia o inoperancia material de las fuentes de derecho encontradas, para lo cual debe cumplir además con la carga de argumentación sustancial que justifique la necesidad de una regla jurisprudencial, de su modificación o actualización; la formulación clara y precisa en un acápite especial de la Regla jurisprudencial que impactará el sistema jurídico; y finalmente la formulación de la aplicación práctica de esa nueva regla jurisprudencial frente a los hechos que constituyen el litigio a resolver, razonamiento que constituye el precedente judicial, y que el juez posterior deberá usar en situaciones de similitud fáctica y jurídica.

Más allá de toda expectativa científico jurídica la propuesta no es un intento de documentos a archivar en los anaqueles de nuestras universidades sino un verdadero compromiso con la búsqueda de la justicia material, en términos de derecho y equidad, de reivindicación y legitimación de la administración de justicia frente a la sociedad y, de seriedad del auditorio judicial contencioso administrativo y administrativo público frente a las nuevas fuentes principales del derecho administrativo colombiano -la jurisprudencia y el precedente-.

CAPITULO PRIMERO

LA JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL: LOS MODELOS DE REFERENCIA

Se aborda en este capítulo el estudio de los sistemas jurídicos Continental y Anglosajón, para otear desde su origen las características que construyen en su evolución y que se reflejan en la formulación de la institución de la jurisprudencia y el precedente; las cuales, desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, adquieren una dimensión propia que las hace diferenciables en su aplicación práctica, las cuales se ponen en consideración en el referente del derecho comparado que se plantea en este capítulo y que permite construir una definición propia de las mismas, con sus respectivas particularidades, así como las aproximaciones a que han llegado las dos figuras estudiadas.

1. Los Modelos de Referencia: el sistema continental y el sistema anglosajón.

Colombia, en 1991 proclamó una nueva Constitución Política que trajo grandes transformaciones al régimen que venía imperando hacía ciento cinco años. La visión del constituyente determinó un cambio en la concepción de Estado -Social de Derecho- y el establecimiento de nuevos fines, teniendo como eje central la dignidad de la persona humana, frente a la cual estableció una serie de derechos y mecanismos para garantizar la tutela efectiva de los mismos. Esa perspectiva transformadora incluyó el campo de la administración de justicia, que debía funcionar con preeminencia de la Corte Constitucional, como cabeza de la Jurisdicción Constitucional, a la que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Esa concepción implicó también una modificación de la cultura jurídica, generada por cambios en los campos: políticos, económicos, sociales, en contraposición a la inmovilidad que imperaba con el conservadurismo que venía rigiendo. Esa transformación, como lo afirma Bernal Pulido (2005, pág. 149) inscribió a Colombia dentro del Neo constitucionalismo¹.

Desde luego que los cambios dogmáticos y estructurales en el campo de la administración de justicia determinaron, hacia el interior de los órganos que conforman la Rama Judicial, una lucha por la primacía de su función, en contraposición a la que le correspondía a la Corte Constitucional, que le concernía velar por la guardia y eficacia de su texto. De ahí que desde su inicio se generaran tantas expectativas, y ansiedad por conocer el sentido decisional referente a la protección de los derechos, que incluso resultaban más que los deberes. Es decir, si iba a respetar la concepción tradicional de un legalismo arraigado

¹ Corriente que alude el modelo de organización política denominada Estado Constitucional, en donde prima la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales y, por ende, la existencia de un tribunal especializado para la interpretación y concreción de ella, que conlleva a una modificación en el sistema de fuentes de derecho y equilibrio de poderes del Estado.

por la interpretación que de la Constitución de 1886 venía haciendo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de dicha Constitución, o, por el contrario, iría a adoptar una línea de avanzada, concordante con la filosofía en que se habían inspirado.

En la conformación de la primera Corte Constitucional, como se denominó a quienes dieron inicio al ejercicio de dicha función, se reflejó, frente al sistema de fuentes, dos tendencias: tradicionalistas y reformistas, como lo indica López Medina (2006, págs 34 y 35). La lucha interna, matizada por la intromisión del ejecutivo en respaldar una de las dos corrientes, determinó que se consolidara en ella la formación de una “Doctrina Constitucional” como reflejo de su pensamiento. En función de imponerla, y en ejercicio del activismo judicial de la que hace gala, incorpora el modelo seguido en el sistema Angloamericano y lo integra con el nuestro que se guiaba por el Sistema Continental. De esta manera, por la influencia ejercida, resulta necesario conocer de cerca el contenido de estos dos modelos de referencia, por la pertinencia para entender el paradigma implementado en el ordenamiento jurídico, especialmente en el derecho administrativo; para lo cual, se estudiarán su origen, características, diferencias, y se indicará, en este mismo capítulo, las coincidencias actuales y la propensión por operar conjuntamente. En otras palabras, a partir de su conocimiento, se podrá entender los aciertos y los errores de su adaptación, como también la manera para su permanencia en el tiempo.

1.1 El Sistema Continental.

A manera de preámbulo es pertinente indicar que el Derecho Continental surge del trabajo efectuado por las universidades europeas al descubrir la existencia del derecho romano, tal como lo expresa Rene David (2010; páginas 35 a 37) que lo utilizaron para construir los Estados Nacionales, de ahí que se le conozca también como Derecho Romano Francés, o como el sistema Romano Germánico, por la recepción del Derecho Romano, que luego fue influenciado por el Derecho Canónico. En ocasiones se le distingue como Derecho Continental Europeo o simplemente como Derecho continental. Geográficamente comprende los Estados que conformaban el Continente Europeo (central y occidental), que lo adoptaron, derecho este que no fue asumido por las Islas Británicas, en donde se acuñó el Derecho Anglosajón, pese a que allí también se recibió el derecho romano.

Este derecho evoluciona como consecuencia de la necesidad de un proceso de cambio en la estructura de poder, cuya autoridad, en toda la Edad Media, se encontraba en manos de la aristocracia de base territorial y militar, en forma de feudos y señoríos, quienes lo habían asumido por la dispersión de los pueblos, la inseguridad, la desigualdad que imperó luego de la caída del Imperio Romano del Oriente o Imperio Bizantino. La idea de crear una organización territorial y poblacional en torno a un gobierno y estructura de un poder, como consecuencia del fenecimiento del feudalismo, nace mediante el Tratado de Westfalia, con

el que se inicia la creación del Estado-Nación. Desde luego, con la influencia recibida de la evolución del cristianismo, el renacentismo, la difusión del humanismo, la retoma de la cultura clásica griega y romana, como la ocurrencia de las revoluciones: liberal, burguesa e industrial, la independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa, que fueron determinantes en la concepción de una nueva organización del poder.

A la par con esos fenómenos sociales aparecía en el panorama Europeo tres vertientes de derecho que también influyeron en la creación del Derecho continental, que incluía Inglaterra y Normandía, aunque luego se separara del mismo: (i) El derecho germánico que se desarrollaba en Inglaterra y Normandía, que también se derivaba del Derecho continental que regía desde la época de Carlomagno; (ii) Un conjunto de la costumbre y procedimientos vinculantes al Derecho Germánico Medieval y que constituyó lo que se llamó el *Ius Commune Europeo*; cuyo ejemplo destacable fue el Fuero Juzgo Español, que era la conjunción entre el Derecho Germánico y el Derecho Romano, que comenzaba a estudiarse en Europa y (iii) por el *Corpus Iuris Civile* de Justiniano, como lo expresa Aparicio (2004. Pág. 145).

Con ese marco, los Estados Europeos diseñaron el Derecho Continental con una estructura básicamente legislativa, con el propósito de unificar los respectivos derechos nacionales que, según Falcón & Tella (2005, pág. 63), fue inspirado en las ideas procedentes del iusnaturalismo racionalista y del enciclopedismo francés. Este derecho se extendió a Latinoamérica, por efectos de la codificación, entre ellos a Colombia. Esta última razón es la que amerita el conocimiento del origen y evolución del derecho continental, y si él se fundamentó en el Derecho Romano, lo indicado es conocer la evolución del mismo para poder comprender la razón de su adaptación en el sistema nacional y más concretamente, entender cómo ese derecho, pese a haber nacido y haberse desarrollado sobre la base de un derecho jurisprudencial, terminó adoptando un sistema contrario, privilegiando a la ley como fuente principal de derecho.

1.1.1 Origen del Derecho Continental.

Al Derecho Romano, según Valencia Restrepo (2013; pág. 86) lo determinan dos acontecimientos: (i) la codificación decenviral* o ley de las doce tablas y (ii) la codificación justiniana. Ambos son estudiados a partir de dos épocas: la anterior a la codificación decenviral y la posterior cuando se pone fin a la codificación justiniana.

En la época anterior a las Doce Tablas, la costumbre constituía la principal fuente de regulación de los conflictos entre los romanos. Éste derecho estaba formado por un conjunto

* Su nombre derivó de una comisión de diez legisladores designados por el Senado Romano –de ahí el nombre de decenviros- que tenían la misión de estudiar los derechos de las minorías.

de reglas y usos tradicionales contenidos en la costumbre (*more*) heredadas de los antepasados y sancionadas por el instinto de la comunidad como normas jurídicas que eran observadas estrictamente. Ella era la base o fuente común del “*fas*” (denominado también como *ius sacrum* –derecho sagrado–), que regulaba las relaciones entre los dioses y los hombres; mientras que el *ius* pertenecía a la esfera profana y regía las relaciones entre los miembros de la comunidad ciudadana. En otras palabras, el *fas* era la norma religiosa y el *ius* era el vocablo con el que técnicamente se designaba el derecho. Con el *ius* existía el *directum*, que simbolizaba justicia y se entendía como el señalar lo justo.

La costumbre en ese período de la historia tenía dos componentes; *uno objetivo, externo o corporal* que consistía en el cumplimiento repetido, constante e inveterado de una regla de conducta por parte de los miembros del conglomerado social, que ellos mismos habían impuesto; y un componente *subjetivo*, que se entendía como la convicción que esa conducta era obligatoria y que en caso de ser inobservada justificaba la reacción social de tipo compulsivo. Con fundamento en esos dos elementos se puede inferir que la función de la costumbre era crear derecho, razón por la cual ella se constituía en fuente principal, capaz de autorregular las relaciones de los asociados frente al Estado. Este derecho fue exclusivo del “*Quirite*” o antiguo ciudadano romano. No era escrito, pero sí muy estricto, como bien lo explica Valencia Restrepo (et al. 2013; pág. 87 a 97).

Ese tipo de derecho fue compilado e incorporado en la “Ley de las Doce Tabas” y con su expedición se cierra el derecho anti-decenviral o costumbrista y se abre el post-decenviral o escrito. La coexistencia simultánea de la costumbre y el derecho escrito generó una transición en su aplicación, que requirió de una coordinación entre las dos fuentes; labor que se hizo a través de la interpretación y aclaración que realizaban los juristas conforme lo hacían los antepasados; papel que inicialmente lo asumió un colegio sacerdotal, órgano al que se le atribuía inspiración divina, razón por la cual, sus miembros, los pontífices, tenían a cargo la explicación y desarrollo del derecho sacro (*fas*); y como también tenían conocimientos de la ley escrita, la interpretaban y la aplicaban a procesos, contratos y transacciones, lo que les permitió asesorar al Rey, a los Cónsules y a los Pretores. Por esas razones guardaron celosamente sus conocimientos en los libros pontificales, que contenían los antiguos dictámenes respecto de las tres de sus funciones más importantes que cumplían: *responderé, agere y cavere*. En ese entorno, la norma escrita adquirió supremacía y la costumbre pasó a jugar un papel secundario y residual en la creación del derecho, como lo explica Valencia Restrepo (2013; págs 155 y 156).

Esa actividad interpretativa oculta y monopolizada desaparece con la promulgación de las Doce Tabas y la divulgación de las fórmulas de los pontífices que según Shom (2006: pág. 49 a 50) se le atribuye a Tiberio Coruncanio, primer plebeyo que desempeñó el pontificado; razón por la cual la interpretación de las normas escritas pasó a ser laica y a quienes ejercieron esa actividad se les conoció como *prudentes* y sus opiniones, dictámenes,

asesorías o esquemas para asesorar a ciudadanos romanos, magistrados y pretores como “*responsa*”, que según Torres Zarate (2009: pág. 154), se convirtió en el antecedente de la noción de *jurisprudencia*; vocablo que surgió de la expresión *prudentia iuris*, y con el cual se designaba el oficio particular de “*el arte de reconocer el derecho*”. Como la actividad requería recursos intelectivos sofisticados, con dedicación vocacional al derecho, el conocimiento producido con las actividades orientadas a obtener el conocimiento se le llamó *jurisprudencia* y a sus operadores *jurisprudentes*, como lo expresa Tamayo & Salmarán (2004, octubre del 2004). Una característica de la jurisprudencia de esa época era que ella contenía el análisis casuístico llevado a cabo por los prudentes.

Con la conjunción de la Ley de las Doce Tablas y la interpretación hecha por los prudentes, en términos de Torres Zarate (2009; pág. 156), se fue conformando unas reglas normativas o principios generales no ligadas a casos individuales, con las cuales se constituyó lo que los romanos llamaron propiamente el derecho civil -*ius civile*-. Incluso, dio pie a publicaciones como la *tripartita* de Sexto Elio Peto, contenida en tres libros que se constituyó en el primer tratado sistemático de derecho y que se refería a las Doce Tablas, su interpretación y las fórmulas procesales (*ius aelianum*); como los 18 libros del *ius civile* de *Mucio Scaevola*, en los que se expone por primera vez, en forma sistemática y con cierto orden, materias como: testamento, legado, tutela, sociedad, venta, arrendamiento, entre otros. Y es el primero que se preocupa por profundizar en los conceptos jurídicos y ofrecer un tratado metódico de la materia.

Pero la libertad para emitir *responsas* por parte de los laicos provocó su corrupción y creación excesiva que trajo consigo la pérdida de confianza en su producción jurídica y para recuperar su prestigio, el emperador Augusto tuvo que restringir la actividad y conceder a los juristas más destacados -Papiniano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestino, entre otros- la facultad del *ius publice respondendi* que hacían a nombre y con autorización del príncipe; aptitud que Adriano le otorgó la categoría de fuerza de ley, en tanto sus dictámenes eran obligatorios para el juez, para el *judex privatus* nombrado para el proceso y para el magistrado, como lo asegura Shom (2006; pág. 49 a 50). De ese conocimiento acertado del derecho en un caso singular surgió el término de “*iuris jurisprudencia*” que fue el que le dio posteriormente, por su derivación lingüística, el nombre de jurisprudencia a la *ciencia del derecho* y a las normas que tienen su origen en la sentencia de los tribunales, en términos de Massini (2004; pág. 21). Siempre que en el derecho romano se usaba la voz de jurisprudencia, ella equivalía a ciencia del derecho.

El *Ius publice respondi*, por su fuerza vinculante y las discusiones públicas en el foro que se hacían sobre las respuestas de los prudentes, se convirtió en una de las fuentes del Derecho Civil Romano, siendo las otras tres: las leyes escritas, las *legis actiones*, y los edictos de los pretores y de los demás magistrados, en las otras fuentes. Significa lo anterior, que la autoridad de los juristas no quedó reducida a sus *responsas*, sino que acapararon la ciencia

jurídica y fueron los que elaboraban las reglas casuísticas para la solución de casos. La expansión del imperio y su consecuente período de esplendor coincide con el cenit de la jurisprudencia que se estructuró en dos dimensiones: creación de normas que el príncipe cumplía con la emisión de constituciones imperiales y, a través de nociones abstractas, la construcción de esquemas conceptuales capaces de captar la realidad del derecho. Esta idea de jurisprudencia representaba una herramienta para los jueces; no obstante, con la emisión de normas, se pasó de las opiniones al establecimiento de normas de obligatorio cumplimiento para todos.

Con la expansión del Imperio Romano aumentó la anarquía militar, y para poder gobernar se tuvieron que emitir: edictos, decretos, mandatos y epístolas imperiales, lo que trajo como consecuencia el surgimiento de un derecho legislado, y como a los juristas ya no se les permitía la *ius publice respondendi*, la actividad creadora del derecho decayó, pues su participación se redujo a una simple colaboración pública como funcionario del poder Estatal supremo. Ello, junto a la producción de leyes generales en el período de Constantino, significó el abandono de la casuística y, por ende, la decadencia de la jurisprudencia. El resultado fue la modificación del derecho adjetivo, pues ya no era posible utilizar el sistema de soluciones justas surgidas de la interpretación de los *prudentes*, sino que se empleaba un sistema de reglas de comportamiento, lo que significó el paso de una concepción jurisprudencial a una concepción legislada del derecho.

La proliferación de leyes o constituciones imperiales fue lo que obligó a Justiniano a realizar su famosa codificación con el propósito de actualizar el derecho, que no fue otra cosa que recopilación de las leyes vigentes, en los siguientes textos: *el digesto o pandectas*, que recogían obras de la jurisprudencia; las *instituciones*, que fue una obra didáctica escrita para el aprendizaje del derecho; y las *novelas*, que contenía las leyes emanadas después del código. Ese conjunto de la recopilación se llamó *corpus iuris civile* y en él se encuentra el clásico concepto de jurisprudencia de Ulpiano, como “*la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y lo injusto*” (Escriche & Martín, 1978, p. 160). Según Atienza (2004; pág. 228) el surgimiento de esta obra, al final de la alta Edad Media, fue el hecho determinante de la aparición de una jurisprudencia europea a partir del siglo XI. No obstante, con su muerte y la caída del imperio romano, a pesar de dicha codificación, nuevamente predominó la costumbre en la solución de los conflictos, que era la fuente más importante del derecho, y él se estudiaba con base en el *corpus iuris civile*.

Ese fenómeno, con el transcurso del tiempo, en la alta Edad Media, generó la necesidad de crear una *ciencia jurídica europea*, que surge a partir del descubrimiento de los antiguos textos del Derecho Romano, especialmente del *Digesto*, que representaba la obra más relevante de la jurisprudencia clásica. Su estudio lo asumieron las universidades a través de los glosadores, quienes se dedicaron a consignar sus glosas –que eran inserciones en líneas del texto o al margen, y básicamente contenían una interpretación esencialmente gramatical-

, que en su época se convirtió en un libro infalible, como fuente de toda verdad, perfecta y exenta de contradicciones. Por la enseñanza de las glosas lograron acercar la teoría a la práctica, lo que implicaba una nueva forma en el desarrollo de la jurisprudencia, que llevaron a cabo los post-glosadores o comentaristas de los siglos XIV y XV, quienes, más que el criterio de interpretación literal –clarificación de la letra de la norma-, el comentario trataba de profundizar en el espíritu de la misma.

No obstante, como lo afirma Cannata (1982; pág. 147 a 148) fueron los juristas italianos los verdaderos fundadores de la jurisprudencia continental como ciencia del derecho que tiene por objeto las técnicas que permiten resolver casos prácticos. Utilizaron para ello el método deductivo, para lo cual extraían la solución por vía del silogismo hasta llegar a los principios que la razón descubre; vale decir, ya no se apoyaban en la experiencia, sino en los principios jurídicos generales para la solución de los problemas planteados. A la par, los franceses, con el acogimiento al derecho natural y el propósito de rechazar el autoritarismo reinante, observaron que el defecto del Derecho Romano radicaba en la ausencia de sistematicidad, de un orden, por lo que se dieron a la tarea de tematizar las fuentes romanas, lo que trajo como efecto la *codificación*.

Aunado a ello y por la desconfianza que se tenían de los jueces que no motivaban sus sentencias, la Revolución Francesa, con la creación del Tribunal de Casación en 1790, se dispuso mantener la unidad de la legislación y prevenir la disparidad interpretativa de las normas, lo que impulsó el surgimiento de una jurisprudencia uniforme. En efecto, los jueces del citado tribunal tenían libertad para determinar la aplicación de la norma antigua ante las lagunas que surgían de las nuevas leyes, lo que les permitió extraer un derecho común consuetudinario basado en los principios generales. También tenían la obligación de precisar el sentido de los vocablos, de ahí que se desarrollara un análisis para explicar cuál era el verdadero o exacto contenido de las nuevas normas, lo que trajo como resultado la elaboración de teorías jurisprudenciales con la idea de extraer los principios o máximas contenidas en la ley.

También se incluyó la obligación de fundamentar las sentencias con base en razonamientos que contenían la explicación del porqué de la decisión tomada, aún en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; lo cual determinó la creación de una jurisprudencia al servicio de la ley que, como lo indica Torres Zárte (2009; pág. 164), no significaba que la jurisprudencia sustituyera a la ley, sino cómo a través de ella se aplicaba la misma. En este período predominó, de manera rigurosa, la aplicación estricta de la ley, el culto del texto de la misma, su supremacía. El intérprete se sujetaba al texto escrito, no podía dejar nada al arbitrio, de ahí que el jurista estaba impedido para interpretar y aplicar discrecionalmente la ley, por tanto, la intención del legislador estaba por encima de toda interpretación.

La evolución histórica del Derecho Continental que se acaba de esbozar permite deducir sus características e inferir su referente filosófico para contrastarlo con el otro modelo de referencia que se va a estudiar.

1.1.2 *Características del Derecho Continental.*

1. Tiene como cimiento el Derecho Romano, que comenzó con la costumbre como fuente principal para la resolución de casos, para luego evolucionar a un derecho legislado con la emisión de la Ley de las Doce Tablas, cuya interpretación a través de conceptos y dictámenes por parte de los jurisconsultos de la época, dio lugar a que él se revelara como *iurisprudencia* que resultó vinculante para las partes y magistrados, por virtud del mandato legal.

2. El crecimiento del imperio Romano y con ello la anarquía militar hizo proliferar el derecho legislado, en detrimento de la jurisprudencia, lo que significó el abandono de la casuística.

3. Pese al rescate de dicho derecho por parte de los glosadores y post-glosadores, quienes no solo le dieron significado al texto legal sino que otearon su espíritu, la función de la jurisprudencia pasa a un segundo plano por virtud de la adopción, en la mayoría de los Estados Nacionales Europeos, de una estructura legislativa en la que la ley, como norma general emanada del poder estatal, se constituía en la principal y casi exclusiva fuente de derecho en el sistema de fuentes jurídicas, como factor decisivo para la unificación de los respectivos derechos nacionales.

4. Como consecuencia de ese cambio radical y la influencia de las ideas del iusnaturalismo racionalista, del enciclopedismo francés –a favor del dogma de la omnipotencia de la ley- y de las doctrina de las nacionalidades, el derecho continental se convierte en racionalista, normativista y formalista que se anticipa mediante fórmulas abstractas universales que son características de la ley, en la que radica la respuesta a todos los problemas que se puedan plantear y en donde la jurisprudencia era simplemente un complemento para su aplicación. De ahí la idea de su codificación, a través de la cual se puede armonizar y unificar el sistema.

5. Las hipótesis previstas a priori por el legislador en el texto legal le servían para la resolución de casos individuales a través del método deductivo, descendiendo del principio jurídico allí previsto al supuesto planteado en la misma, para determinar la consecuencia jurídica que ella había esbozado.

6. Como consecuencia del sistema legislativo, el Estado es siempre intervencionista y estatista, que tutela al individuo en muchas dimensiones de la vida.

1.2 El Sistema Anglosajón.

Antes de estudiar el Derecho Anglosajón es necesario hacer algunas precisiones sobre el contenido de dicho término, ya que se puede entender que en todos los países de habla inglesa el común denominador es el *Common Law*, cuando la realidad es que, como lo afirma Falcón & Tella (2000; pág. 34), no es posible hablar de una cultura anglosajona uniforme, por los distintos sistemas que existen. Con esa aclaración, para el estudio que se propone, dada su importancia, se tomará como base solo dos de ellos: el Derecho Inglés, que históricamente ha ocupado el puesto más relevante, y el Derecho Estadounidense, derivado de aquel, pero con características propias, por su enorme transcendencia en nuestros días.

En efecto, Falcón & Tella (2000; pág. 35), citando a Marín Castan (1985; pág. 35) manifiesta que, si solo se hablara del derecho inglés, el *Common Law* se aplicaría a Inglaterra y al País de Gales, por cuanto, ni en Escocia –en donde rige un sistema híbrido y en parte similar al de los países del derecho continental–, ni en Irlanda del Norte, ni en las Islas de la Mancha, ni en la Isla de Man, rige el derecho inglés.

Y si se aborda el derecho estadounidense, la mayoría de sus Estados pertenecen a la tradición jurídica del *Common Law*, con excepción de Louisiana, donde rige el *civil law*, que ejerce notable influencia en Estados como Florida, Texas, Nuevo México, Arizona y California. Pero además, forman parte del *Common Law* países como Canadá –excepto Quebec–, Australia, Nueva Zelanda, India, República de Sudáfrica, etc. Razón suficiente para expresar que, por las diferencias existentes en esos países, no pueden utilizarse el término de anglosajón como sinónimo, o utilizarse como equivalentes en dichos países.

Con las anteriores distinciones se aborda el estudio del sistema del *Common Law* inspirado básicamente en el Derecho Inglés, del cual se explica su origen, y luego el estudio del precedente como su figura representativa y el principio del *stare decisis*, por su repercusión en el estudio que se propone, pero especialmente, porque su génesis ayudará a diferenciar las características inmanentes de este sistema que lo hacen distinguible del Continental, y comprender por qué fue adoptado en el orden interno y cuál fue la razón para que el legislador nacional lo incluyera como fuente de derecho en el contencioso administrativo.

1.2.1 Origen del *Common Law*.

Según Torres Zárate (2009; pág. 165), en los primitivos pueblos ingleses formados por tribus y clanes no existía un conjunto normativo, sino que todo se regulaba con base en usos y costumbres. Al respecto López Morales (2007; pág. 11) precisa que existía una

rudimentaria y primitiva administración de justicia, organizada por los mismos pobladores de las pequeñas comunidades autóctonas –Shires- en donde el sistema judicial se reducía a los denominados juicios de Dios, en contraste con el concepto de ciencia jurídica que pregonaban los romanos de las decisiones judiciales. En la isla británica imperaba el sistema Feudal, en el cual el poder absoluto lo tenía el rey, pero lo delegaba a los señores feudales, quienes disponían de amplísimos poderes para conocer y juzgar las controversias entre sus feudos y por su condición de latifundistas, decidían las controversias bajo las costumbres, usos y reglas feudales, muchas veces parcializada y contaminada de costumbres bárbaras, impartida por los barones.

Según Vélez García (1996; págs. 40 y ss.), en el siglo XII existían dos Cortes, la de los Shires o secciones territoriales y la de los Lores y barones. Con el fortalecimiento de la corona, el rey empieza a competir con el sistema feudal ofreciendo al pueblo una justicia común a todo el reino, más equitativa, eficaz e imparcial de la que ofrecían los barones feudales. Para ello hubo que organizar el sistema jurídico inglés, cuya función es atribuida a Enrique II, quien centralizó la justicia en la corona y organizó el régimen judicial en función de todos y no de las élites; estableció jueces de carrera que recorrían todos los confines del reino para administrar justicia en nombre de la corona. Se le atribuye la creación de la Real Inquisición, que es antecedente del juicio por jurados, característico del procedimiento angloamericano, a través del cual los vecinos, en ausencia del juez, son los responsables de regir los juicios.

Pero para Cavanna (1979, citado por Santofimio Gamboa, 2010; pág. 17), el verdadero diseñador de la estructura del *Common Law* fue la Corte Real o *Curia Regia*, conocida también como Consejo Real o, especialmente en Inglaterra, como *King's Council*, que en tiempos normandos constituía el centro y motor de las funciones y los oficios del gobierno y de las varias actividades decisorias relativas a los negocios del reino, dentro de las que se encontraba la judicial que era típica del Rey, pero ejercida con la colaboración de la Curia Regia.

Para el cumplimiento de esas funciones, la Curia Regia generó tres grandes cortes judiciales de *Westminster*: 1. La *Exchequer*, creada en la primera mitad del siglo XII y cuyo oficio específico consistía en el juzgamiento de la actividad contable y financiera del Estado; con posterioridad también se extendió su competencia a la actividad privada. 2. La *Court of Common Pleas* (Corte de audiencia común), creada como parte del *King's Council*, se caracterizaba por que acompañaba al rey en su administración de justicia por todo el reino y estaba compuesta por cinco jueces (dos eclesiásticos y tres laicos) y fue asignada a *Westminster* después de la Carta Magna de 1215; le correspondió el conocimiento de prácticamente todos los litigios entre particulares; fue, por así decirlo, la depositaria de la jurisdicción ordinaria. 3. La *Court of Ecclesiastical Bench*, que era el organismo más vinculado al rey y sus miembros debían deliberar en presencia de él. A ellos les fueron asignadas las

causas más importantes del reino, tanto civiles como criminales, principalmente en materia de daños y de actos ilícitos realizados con violencia o cuando turbaran el orden y la paz del reino. Santofimio Gamboa (et al. 2010). Las decisiones tomadas por estas tres Cortes lograron homogeneizar por completo las normas consuetudinarias del reino, situación que permitió el afianzamiento y desarrollo del derecho común de los ingleses, como derecho general y unificador del régimen jurídico de las islas, con las cuales le dieron forma al *Common Law*.

El proceso de formación del derecho inglés, tal como lo describe Díez Sastre (2008; pág. 105), fue resistente a la codificación de Justiniano, pero flexible a la influencia del Derecho Romano Clásico. Incluso, los primeros jueces del derecho común en Inglaterra se nutren tanto de las normas de origen germánico que se basaban esencialmente en el Derecho Feudal estructurado sobre el dominio de la tierra; como de los derechos canónico y normando, pero especialmente se inspiraron en el *corpus iuris*, introducido en la época de la cristianización de la isla. Así se comenzaron a formar un cuerpo de reglas que prescribían la conducta social y justiciable en los tribunales reales de Inglaterra. A partir de ahí, se creó un derecho cuya característica principal era estar alejado de todo tipo de especialidad o particularidad. Era un conjunto de reglas generales nacidas directamente de los hechos de la vida diaria de la sociedad inglesa, que estaba por encima, incluso, del Derecho Consuetudinario. La aplicación de la costumbre se restringía a los tribunales locales o populares. Es más, una costumbre únicamente pasaba a formar parte del derecho común cuando así lo declaraban y lo aprobaban los Tribunales Reales.

De esta manera, el *Common Law* logra una identidad como un derecho de fuente judicial y común, opuesta a los derechos y costumbres locales, que habían imperado en la Isla antes de la invasión normanda; constituyéndose como único cuerpo jurídico en todo el reino, que se administraba por un Tribunal Central con competencia nacional en primera instancia. Es decir, los juristas lograron decantar una jurisprudencia creativa, metódicamente similar a lo que tiene que ver con la casuística, y por lo tanto técnicamente autosuficiente. Al respecto expresa Santofimio Gamboa (2010; pág. 15):

“Desde esta época, el *Common law* se ha basado en la autoridad vinculante del precedente judicial que le otorga certeza jurídica al sistema y en cuyos valores éticos-jurídicos pretende crear un orden jurídico auténtico. De esta manera se aparta radicalmente del derecho continental, que dentro de su concepción legalista encuentra la certeza del Derecho únicamente en el texto escrito de la ley”.

Para comprender cómo los jueces fueron creando ese derecho único y común, es necesario recordar una institución fundamental en el derecho inglés medieval, el “*King’s Writs*”, destinado a construir el origen de las acciones procesales. El término “*writs*” según

Díez Sastre (2008: pág. 106) es muy vago, pero con él se aludía a un breve escrito oficial que ordenaba, prohibía o notificaba algo; pero que en castellano tiene diversas acepciones: mandamiento, provisión, orden o decreto, originalmente dictados por el Rey y que con el tiempo dejaron de ser órdenes del monarca para convertirse en autos o mandamientos de los jueces.

Siguiendo a Díez Sastre (et al. 2008), los “*writs*” eran determinadas formas de acción que permitían el acceso directo a un cuerpo único de justicia real, a los tribunales reales, también denominados tribunales del *Common Law*; los que solo podían actuar en los casos previstos en los “*writs*”. El resto de situaciones quedaban en manos de los tribunales locales, que eran los tribunales ordinarios en todo el reino. Se apreciaba así la distribución de competencias entre los distintos tribunales, similar a la dispersión que existía en el continente hasta que se llevó a cabo la codificación.

Cada *writs*, que recibían una denominación determinada en función de su contenido -por ejemplo, *writs of habeas corpus*- se creó sobre la base de algún principio jurídico para atender una pretensión concreta. De esta manera, la existencia de una acción hacía necesaria la creación de un derecho sustantivo. Inicialmente, el canciller examinaba el caso sometido a su jurisdicción para saber si procedía o no la concesión del Writs. Las formas de acción o Writs se fueron creando gradualmente y posteriormente se coleccionaron en un registro (*Register of Writs*) que tenía carácter limitado y desde entonces ese registro era uno de los recursos jurídicos más valorados por los juristas, en términos de Van Caenegem & Moreno; Torres Sánchez (1998; revista No. 4). Fue así como los *writs* se convirtieron en el centro o eje del *Common Law*. Ante la generalización de acudir a la jurisdicción del Rey, los nobles, ante el temor de que ello fuese en detrimento de su poder y de la función de administrar justicia que hasta entonces habían ostentado, emitieron en 1258 un documento conocido como *Estatuto de Westminster*, en el que se dispuso que ningún *Writ* sería creado sin la autorización del Parlamento.

Según Díez Sastre (et al. 2008), el ejercicio de la casuística mediante los writs proyectó un sistema de derechos como resultado de las lógicas expectativas de cada uno, en el sentido de que determinada situación recibiera un tratamiento igual al que había tenido en otro caso similar, y que hubiera sido resuelto anteriormente en sentido favorable. Así durante la Edad Media, los juristas ya hacían uso de los precedentes, pero de manera distinta a la actual, en cuanto, en ese momento, los casos se citaban simplemente para ilustrar o aplicar el derecho, tal como se empleaban con frecuencia también en el sistema continental.

No obstante, Falcón & Tella (2005; revista No. 1) citando a Marín Castan (et al. 1985), expresa que la evolución del *Common Law* no fue tan lineal como se acaba de describir. Según ella, los Tribunales Reales del *Common Law* habían consolidado un cuerpo de reglas demasiado rígidas y ante la imposibilidad de crear nuevos *Writs*, como mecanismo

de expansión y de creación jurídica, la cancillería, en el siglo XIV, tuvo que desarrollar una nueva vía: la jurisdicción de la “*Equity*” o jurisdicción de “*conciencia*”, dirigida por el Canciller, como primer ministro del rey y miembro cualificado, quien a su vez era guardián de la ciencia del Rey y le acompañaba en todos sus desplazamientos –al contrario de los Tribunales del *Common Law* que permanecían con sede fija en Westminster-. A partir de ese mecanismo, él comenzó a desarrollar su poder jurisdiccional, cada vez más solicitado por los particulares, que eran conscientes de los obstáculos procesales que dominaba el sistema del *Common Law*. El acceso directo a la jurisdicción de la “*Equity*” se hacía a través de peticiones que tenían el nombre de “*bills*”. Y en esto se diferenciaba de la justicia del *Common Law*, cuyo acceso era a través de los *Writ* o acciones.

El Canciller fundaba sus decisiones en principios procedentes del derecho canónico y del derecho natural, basado en consideraciones morales y de conciencia, y con lo que la idea de atemperación de la ley se acercaba a la noción cristiano-medieval de la *aquitas* canónica, aunque no con ese nombre, pero sí con expresiones como “buena conciencia”, “buena fe” o “buena razón”, que se hacía con el propósito de mitigar el rigor de la aplicación del derecho estricto del *Common Law*. Esta era una especie de segundo *Common Law*, una segunda serie de precedentes vinculados a las grandes medidas del Derecho Común.

Surge entonces una rivalidad y un conflicto entre la jurisdicción especial de la *equity* y los Tribunales del *Common Law*; división que se mantuvo hasta la reorganización de los tribunales ingleses con los *Judicature acts* de 1873 y 1875, a partir de los cuales se integran las reglas de uno y de otro sistema y se racionaliza el sistema procesal en su conjunto –las dos formas: los *writs* (acción) y los *bills* (petición)- para acabar con el excesivo formalismo imperante y aparece en la práctica el principio del “*stare decisis*”, sobre el cual, aproximadamente en el año 1200, se fijaron las características principales de este modelo jurídico que sobrevivió al paso de los años, pero que, en la práctica judicial, fue consagrado formalmente tan solo hasta finales del siglo XIX. Según Díez Sastre (2008; pág. 105), su nombre proviene de dos aforismos latinos: *stare rationibus decidendis* (estese a las *ratio decidendis* anteriores), o *stare decisis et quia non moveré* (atenerse a lo ya decidido y no modificar lo que existe), que describen el respeto por las decisiones del pasado y su influencia a casos futuros.

Ahora bien, en términos de Díez Sastre (2008; pág. 107), la regla del *stare decisis*, tal y como se conoce en la actualidad, se introduce en los Estados Unidos en el siglo XIX, y aunque se trató de instaurar un sistema jurídico compuesto por normas producidas y modificadas por una continua actividad legislativa (*statutory enactments*) al estilo continental, los elementos fundamentales del *Common Law* perduraron y las doctrinas posteriores del uso de los precedentes fueron incluso más allá de las doctrinas medievales. Fue hacia 1850 que allí se estableció esa doctrina, tal y como se conoce hoy. Antes de esa fecha no fue posible desarrollar la teoría de manera semejante al derecho inglés porque no

habían publicaciones confiables de las decisiones judiciales, que son presupuesto técnico imprescindible para poner en práctica cualquier teoría basada en la influencia de las decisiones pasadas sobre las futuras; y porque no se había diseñado una planta judicial necesaria para establecer un sistema de vinculación de los precedentes basados en una escala jerárquica. Además, predominaba la teoría declarativa, que entendía el derecho como algo trascendental que no era creado por los jueces sino encontrado y declarado por ellos.

Según Cross & Harris (2012, pág. 24) el derecho anglosajón es eminentemente jurisprudencial por basarse en el derecho de casos *-case law-*; el que, como el Derecho Romano, estaba constituido por las reglas y principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones, con una base esencialmente costumbrista, dada la prevalencia de un derecho no escrito, lo cual implicaba una distinta valoración en las fuentes del derecho, cuya primacía la tenían las decisiones judiciales que se constituían en precedente para casos futuros. No obstante, como lo expresa Falcón & Tella (2010; págs. 37 y 38), resulta conveniente recordar que en Inglaterra no existe una constitución formal, escrita; se trata de una constitución de las llamadas flexibles, fruto de catorce siglos de continuidad. Igualmente, no existe formalmente una división de poderes, aunque el poder político este muy repartido y equilibrado y los tribunales controlen al órgano legislativo y el ejecutivo, como a los particulares.

Falcón y Tella (2010; págs. 40 a 42) afirma que desde principios del siglo XIX el sistema de fuentes ha cambiado, la preeminencia del *case law* se ha visto seriamente alterada por el progresivo avance del derecho legislado y muchas reglas generales fueron incorporadas, especialmente en las denominadas “*Consolidation Acts*”. Dentro de ese entorno, el derecho legislado en Inglaterra se encuentra integrado por una serie de textos de distintas épocas, entre los que se destacan: la *Carta Magna*, de junio de 1215; la *petition of Rights*, de 7 de junio de 1628; la *habeas corpus Amendment Act*, de 26 de mayo de 1679 y el *Bill of Rights*, de 12 de febrero de 1689, por citar algunos. Y para sustentar esa aseveración, explica cómo funcionaba el sistema de fuentes en el Derecho Inglés y cómo opera actualmente.

En primer lugar, se encontraba el *derecho creado por los jueces*, que podía adoptar las siguientes formas: i) *El derecho consuetudinario*, que comprendía los usos tradicionales declarados por los tribunales populares; ii) *El derecho de casos* en sentido estricto, formado por las sentencias judiciales, creadas por los jueces; y iii) La *equity*, derivado de la discrecionalidad de los jueces y árbitros a la hora de aplicar consideraciones generales de justicia a las controversias jurídicas.

En segundo lugar, aparecía el *derecho legislado*, conocido como “*statute law*” que ha sido considerado durante siglos en Inglaterra como excepción al “*case law*”. A su vez, la legislación se puede clasificar así: (i) *Legislación principal*, que son las aprobadas por el

Parlamento, la cual puede asumir dos formas: leyes públicas y leyes privadas, según afecten a todos los ciudadanos o tengan como destinatario a un grupo determinado de ellos; (ii) *Legislación Delegada*, también conocida como secundaria, subsidiaria o subordinada y es la promulgada por otras instituciones que forman parte de la rama ejecutiva (la Corona, los Ministerios, los Departamentos de Estado, las Corporaciones Públicas y las autoridades locales). Esta legislación entra en el rótulo de “Derecho Administrativo”; (iii) La *legislación comunitaria*, de origen legislativo, integrado por: a) La legislación primaria, esto es los tratados fundacionales de la Comunidad Europea –el de París de 1951, los de Roma de 1957 con sus sucesivas modificaciones, la última de las cuales, es el tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1993-; b) La legislación secundaria o derivada, formada por los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y opiniones.

El gran conjunto de la legislación se refiere al Derecho Público, por cuanto en el campo privado todavía los tribunales tienen la preminencia. Por esa prevalencia, las disposiciones promulgadas por el legislador solo llegan a asimilarse de una manera plena por el sistema jurídico inglés cuando se había producido su interpretación y reelaboración por los Tribunales de Justicia y en el evento de conflicto entre tales disposiciones legislativas y los principios jurídicos del *common law*, se aplicaría la máxima según la cual “Las leyes que derogan el *common law* se deben interpretar restrictivamente”. No obstante, la ley inglesa no tenía la característica de generalidad que se le da en los países de Derecho Continental y se considera una norma jurídica dirigida de manera inmediata a la resolución de un litigio y cuyo alcance viene determinado, en consecuencia, por todos y cada uno de los elementos del caso para el cual se ha formulado específicamente.

Termina diciendo Falcón y Tella (2010; pág. 42), que hoy en día en Inglaterra es mayor la producción legislativa, especialmente la delegada y por aplicación del principio de legalidad; por tal razón, el precedente judicial, como fuente del derecho, queda subordinado a la legislación. Es más, ningún juez ni tribunal se pueden rehusar aplicar una ley del Parlamento; superioridad que se traduce en que el precedente puede ser modificado por la ley, mientras que una ley nunca puede ser sustituida por un precedente. Además, los tribunales no tienen libertad para crear nuevo derecho, función que si tiene el Parlamento y libremente sobre cualquier materia que desee; mientras que los tribunales están constreñidos por los hechos del caso que tienen entre ellos. Mírese el paradigma nuevo: “Si la ley deroga una regla del “*Common Law*”, esta regla no puede alegarse en juicio posterior”.

1.2.2 Características del Sistema Anglosajón.

1. El Sistema Anglosajón surgió con una base esencialmente costumbrista a través de la cual se decidían los diferentes conflictos que se presentaban en la comunidad.

2. Con el transcurrir del tiempo y por la necesidad de crear un derecho diferente al que ofrecían los feudales, a quienes la Corona les había delegado la función de administrar justicia, se creó el *Common Law* o derecho común, con tribunales y jueces en cuya cabeza estaba la Corona.

3. El Derecho Anglosajón se interesó más por la acción que por la norma; por eso no se presenta como un sistema normativo del que se derivan determinados derechos subjetivos sino como un sistema de acciones que pueden hacerse valer jurisdiccionalmente.

4. Al Derecho Inglés le interesa el caso en concreto, lo que implica que no responde a un esquema preestablecido, sino que los casos se resuelvan a medida que se van planteando los problemas sociales, de una manera práctica y concreta; circunstancia que le da la característica de ser esencialmente casuístico y por ello la calificación eminentemente jurisprudencial, cuyos promotores han sido los tribunales, magistrados y jueces.

5. El *Common law* se presenta como una técnica de resolución de conflictos consistente en aplicar los principios extraídos de la experiencia judicial, solidificada en la costumbre anglosajona de tratar casos y resolver problemas conforme se van presentando; a través de la cual se creó el principio de *Stare decisis*, para materializar el principio de igualdad ante la ley y resolver de manera idéntica casos iguales. La prueba es la exaltación a los precedentes jurisprudenciales, valorizando constantemente la antigua jurisprudencia.

6. El Sistema Anglosajón es más proclive de la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, lo que le permite al juez que se enfrente al nuevo caso proponer nuevas soluciones sin apegarse rígidamente a la ley, aunque respetando, eso sí, los precedentes.

7. El método utilizado para la aplicación del derecho es el inductivo que va del caso particular al principio, por eso en el sistema anglosajón es eminentemente práctico, con la consiguiente dificultad para su sistematización.

8. Los conceptos abstractos son menos numerosos en el Sistema Anglosajón que en el Continental, de ahí que la doctrina anglosajona sea inorgánica, que no haya códigos que expongan sistemáticamente las fuentes del derecho, incluso los tratados y manuales obedecen muchas veces a una ausencia de plan, no obstante, aunque no haya códigos, existen compilaciones cronológicas en el Reino Unido y en Gran Bretaña; mientras que en EEUU si hay una legislación uniforme.

9. Por la tendencia puramente práctica y la ausencia normativa, ejercitan el empirismo y el realismo, a través del cual sobreponen el casuismo a la generalización, la teoría frente al espíritu de la práctica.

10. La libertad social, especialmente en los EEUU, tiene gran importancia en el sistema, dándose muchas formas extraoficiales de resolución de conflictos; la iniciativa individual es enorme.

11. El derecho inglés no distingue el derecho de los comerciantes de los que no lo son. No existe una distinción clara entre el derecho sustantivo y el adjetivo; ni entre público y el privado.

1.3 Conceptualización y características de los modelos de referencia en la teoría del derecho.

La comparación de la evolución histórica de estos dos modelos de referencia permite distinguir algunas características que los identifican, aunque ambos hayan tenido, de alguna manera, influencia del Derecho Romano. No obstante, la diferencia se comienza a marcar cuando el Derecho Continental abandona la tendencia costumbrista de su genitor, para incorporarse en el campo del derecho legislado, cuyo reflejo fue la codificación; mientras que, el Derecho Anglosajón, reticente a esta última figura, sobre la base de la costumbre, comienza por construir el derecho común que, junto con la *Equity*, constituyen la base del principio del *stare decisis* que permanece, casi que intangible, en los momentos actuales.

Esa diferencia emergió de la concepción que cada sistema tenía para determinar cuáles eran las fuentes de derecho y quién las podía determinar, consecuentemente con ello, la facultad para crear derecho. La definición que cada sistema le dio a ese debate, perfiló la manera cómo se debían tener en cuenta al momento de administrar justicia y el método para hacerlo –inductivo en continental y deductivo el anglosajón–, los cuales se reflejaban al momento de aplicar el derecho, pues mientras en aquel operaba la subsunción del caso a la regla general prevista en la ley, la prioridad del segundo era a la inversa, es decir, esencialmente casuístico, como técnica de resolución de conflictos, de donde surgió su calificación de ser eminentemente jurisprudencial, cuyos promotores lo fueron los jueces. Esa concepción le dio la contextura que tiene cada sistema: racionalista, normativista y formalista, el primero y empirista y realista el segundo.

Los escasos perfiles expuestos brevemente de cada uno de los modelos de referencia, merecen ser considerados desde el ámbito de la teoría del derecho, y como quiera que la distancia entre ellos descansa en el sistema de fuentes, como se acaba de esbozar, esta parte del trabajo se dedicará para consignar las líneas de pensamiento que se han estructurado en pro y en contra de los dos modelos de referencia, pero especialmente en sus productos: la jurisprudencia y el precedente, de manera que podamos distinguirlos por sus características, lo que nos permitirá valorar si su incorporación al sistema jurídico administrativo nuestro ha sido el correcto, o por el contrario, adolece de vicios que requiera de la correspondiente

corrección para hacerlos más eficaces, en procura de lograr el objetivo propuesto por el legislador de mejorar la administración de justicia. Con esa idea se analizarán ambas instituciones y se traerá como paradigma un país en la que se aplicación de ellas.

Desde luego que no existe la pretensión de desentrañar las distintas escuelas y tendencias filosóficas, ni tomar partido de los múltiples debates que se han suscitado frente al tema sobre la pregunta ¿qué es derecho?, y ¿qué quiere decir: crear derecho?, por la limitación espacial que se impone, como esquema metodológico para este tipo de trabajos; pero tampoco significa soslayarlos, dada la importancia que representa para entender la visión de la jurisprudencia en el Derecho Continental y el precedente en el Derecho Anglosajón, que reitero, se hace en miras a valorar su adopción en nuestro sistema jurídico.

1.3.1 La jurisprudencia en el Derecho Continental.

El concepto de jurisprudencia, si se enfoca dentro del ámbito del debate de la teoría jurídica, ha tenido distintas valoraciones, dependiendo si se le considera o no fuente de derecho, cuya concepción se hacía depender de si se le otorga o no al juez la facultad de crear derecho en la resolución de casos. Ese debate, también nos remonta a la existencia de la teoría declarativa, que la niega, en razón a considerar a la ley como la fuente principal; o en la teoría creativa, que surge de la decadencia de ella por ser considerada incompleta, con lo cual le da soporte como fuente de derecho, que serán las posiciones que ocuparán la atención en los párrafos siguientes.

Desde luego, la perspectiva de jurisprudencia que se aborda, se hace teniendo como base la concepción romanística de la jurisprudencia que surge de los dictámenes, conceptos, opiniones e interpretaciones que emitieron los iuris prudentes a quienes se les había concedió la facultad del *ius publicae respondi*, que por su aplicación sabia y razonada llegó a convertirse en obligatoria y, por ende, en la herramienta necesaria para la resolución de casos. Esa actividad de los iuris prudentes dio lugar a lo que, conforme a las raíces latinas, hoy se conoce como jurisprudencia; que en términos de Petit (1977; pág. 19), “es la ciencia y la práctica del derecho, definida como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto”; o como lo sostiene Grageda Jiménez (2013; pág. 2), “sabiduría del derecho, es el conocimiento pleno, utilizado para resolver en forma eficaz una cuestión o un problema determinado”; cualidades que dieron soporte para considerar a la jurisprudencia como la ciencia del derecho.

No obstante, pero partiendo de esa visión, el estudio que se hará de dicha institución se circunscribirá a aquella que surgió a partir de la Revolución Francesa, por los debates teórico jurídico y filosófico que se presentaron al interior de los ordenamientos jurídicos frente al reconocimiento o no de la jurisprudencia como fuente de derecho, los cuales, por la marcada influencia que han ejercido, se constituyen en parámetros para comprender mejor el

estado actual de la misma y su asunción en los ordenamientos jurídicos. Con fundamento en ellos y especialmente en el valor que se le da a la misma, el análisis somero que se propone se hace desde dos ángulos: (i) la jurisprudencia como fuente de derecho; (ii) la jurisprudencia como Reflejo de la aplicación de la ley.

1.3.1.1 *El desconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho.*

Es una postura originaria del Sistema Continental, también conocido como *Civil Law*. Según Falcón & Tella (2010; pág. 60 a 67), la ley es considerada como la principal y casi exclusiva fuente de derecho en la jerarquía normativa de este sistema jurídico, en cuanto ella es norma general emanada del poder estatal. Fue adoptada a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, posterior a recepción del Derecho Romano y a la *codificación*, como factor decisivo para la unificación de los respectivos Derechos Nacionales. Dicho sistema se inspiró en ideas procedentes del Iusnaturalismo racionalista y del Enciclopedismo francés – a favor del dogma de la omnipotencia de la ley- y en la Doctrina de las Nacionalidades. Con la técnica codificadora se procedió a ordenar y sistematizar las normas jurídicas de las distintas ramas del Derecho privado en los Códigos, dotándolo de estabilidad, unidad y coherencia, esto es, ausencia de antinomias y plenitud, entendida como carencia de lagunas.

La concepción de esta tendencia ubicó al Derecho Continental dentro del “Positivismo Jurídico”, del cual podría decirse tuvo su génesis en la emisión de las Doce Tablas, y se sostiene en varias razones etiológicas de tipo político y jurídico: la primera, se fundamenta en el dogma de la soberanía del pueblo, en donde la ley, como emanación de la voluntad general formulada por sus representantes ungidos por elección democrática, era la expresión del interés general de todos; la segunda, en el principio de la separación de poderes; la tercera, en la ilegitimidad del juez para crear derecho; y la cuarta, en la falta de seguridad jurídica por su eventual condición cambiante y contradictoria.

Dicha vinculación implicó, según Bobio (1960-1961; pág. 79 y ss.), dos situaciones: (i) que el derecho, como conjunto de normas generales emitidas por el órgano competente, tenía racionalidad absoluta, completa y en la que cabía la solución para todos los problemas que fueran sometidos al juez, de ahí que se concibiera como fórmulas abstractas, universales, en la cual se pudiera subsumir cada uno de ellos; al punto que la ausencia de norma impedía al juez resolver el problema planteado; (ii) una incondicional legitimidad del legislador, al obligar al juez a estar sometido a lo que dice la ley; y un ejemplo de ello fue la Codificación Napoleónica con la cual se quiso exigir al juez que se limitara a la mera aplicación de la norma, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales; tal como lo sostiene Aparisi Miralles (1992; pág. 249 a 265).

Significa que la filosofía así concebida, como lo sostiene Orozco Muñoz (2011; pág. 70), iba direccionada al desconocimiento absoluto de la facultad del juez para crear derecho;

concepción que se fundamentó en el principio de separación de los tres poderes, los cuales tenían funciones específicas y cada uno servía de contrapeso al otro; otorgarle al juez la función de crear derecho, que le correspondía al legislador, era convertirlo en legislador, con detrimento de dicho principio que era una de las bases de la organización de los Estados. Además, le niegan esa facultad porque consideran que el derecho, por ser un sistema completo y coherente, le permite al juez hallar la norma aplicable a cualquier supuesto planteado dentro del propio sistema de fuentes, la que a su vez lo limita solo a descubrir y aplicar un derecho, siendo las resoluciones judiciales una mera constatación o evidencia de lo que el derecho es.

La posición de negarle al juez la facultad de crear derecho fue la base del surgimiento de la teoría “*declarativa*”, patrocinada, incluso en el derecho anglosajón por: Hale, Coke y Blackstone; y en nuestros días por Dworkin, por imputación que a él le hace Hart (2001; pág. 138) citado por Orozco Muñoz (2011; pág. 72) de quien afirma que él parte de la tesis de que para todo caso concebible habría una determinada y única solución que es la ley antes de que el juez decida el caso, y si considerara que el ordenamiento es incompleto, inconsistente e indeterminado –como suele ocurrir- tal apreciación sería solo un error del juez a consecuencia del limitado poder de discernimiento humano, no del ordenamiento; por lo que, al haber una única solución legal, no habría espacio para un poder de creación judicial mediante la elección entre distintas alternativas. No obstante, para construir esa teoría, Dworkin parte de reconocer que, junto con las normas, existen los principios que deben ser observados por motivos de equidad o alguna consideración de moralidad; principios, de los cuales, algunos, son vinculantes para los jueces; además de derivarse de ellos derechos y obligaciones. De esta manera, al resolver un caso, más allá de buscar la respuesta en las tradicionales normas jurídicas, se debe acudir a las otras fuentes –los principios- por lo que el papel del juez es constatar su existencia y a la hora de resolver el caso, en la sentencia, declarar un derecho o una obligación a alguna de las partes.

1.3.1.2 *La jurisprudencia como fuente principal de derecho.*

La concepción de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho, parte por aceptar que ella es creadora de normas, reglas y principios. Esta línea de pensamiento está íntimamente relacionada con la teoría *creativa*, que fue construida en oposición a la declarativa que, como lo expone Orozco Muñoz (2011; pág. 70), reflejaba la realidad práctica del derecho, aun contradiciendo dogmas como la separación de poderes, pero ofreciendo un método pragmático que evita que el derecho se convierta en un simple ejercicio mecánico. De este modo, la jurisprudencia puede ser entendida como “conjuntos de precedentes”, en términos de Arellano (2005; pág. 956); o como el conjunto de decisiones de altos tribunales según Grade Jiménez, citado Schiele Manzo (2008; pág. 183); o como la interacción entre la doctrina, la academia y la jurisdicción, en términos de Pierre Yves (octubre de 2003) y aún en la importancia de la cual describe el Juez n CardozoNatha (1964; pág. 10 y 11), para

quien la jurisprudencia constituía una visión descriptiva de la realidad y de ahí que tal posicionamiento haya sido atribuido al realismo jurídico, y en especial al norteamericano.

Para comprender la concepción de la jurisprudencia como fuente de derecho, el estudio se aborda desde tres ópticas: (i) por las premisas jurídicas expuestas en cada decisión o precedente; ii) por la funcionalidad en los sistemas jurídicos y iii) por el rol de las autoridades jurisdiccionales.

1.3.1.2.1 *Por las premisas jurídicas expuestas en cada decisión.*

Con esa perspectiva, la jurisprudencia se define como un conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones judiciales, como lo señala García Máñez (2002, citado por Carbonell (1987; pág. 779); y dentro de ese entorno, a la jurisprudencia se le atribuyen las siguientes características: continuidad, uniformidad y constancia en el conjunto de decisiones emitidas por los tribunales; las cuales corresponden a la existencia de una identidad sustancial en los fallos, vale decir, que guarda igualdad y uniformidad de criterio al resolver la cuestión. Pero, además, también ha sido reconocida por una característica cuantitativa, que se refiere al número de premisas preceptivas de carácter uniforme emanadas de la actividad jurisdiccional, es decir, que deben ser reiteradas de manera uniforme en cierto número de veces, convirtiéndose en obligatorias para decidir casos concretos regidos por las disposiciones interpretadas, tal como lo expresa Téllez (1987; pág. 7).

En el mismo sentido de coherencia se encuentra Taruffo (2012; pág. 137), para quien la jurisprudencia es el grupo de precedentes que enuncian la misma solución a la misma cuestión, como una serie o concatenación de precedentes conformes. O como lo expresa Monroy Cabra (1973; pág. 182), quien define la jurisprudencia como el conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes, e 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 en casos similares. Incluso Colín y Capitán (1952; pág. 63) en Schiele Manzo (2008; pág. 183) la define como aquella aplicación del derecho repetida, constante, uniforme y coherente de modo tal que revele un criterio y pauta general, un hábito y modo constante de interpretar y aplicar las normas jurídicas. Ahora bien, Mitch (1982; pág. 621) citado por Carbonell (; et al. 1987), la define como el conjunto de sentencias dictadas de contenido concordante a cerca de una determinada materia. Y agrega, la coincidencia del contenido de las decisiones jurisprudenciales permite hablar de jurisprudencia uniforme; y cuando la legislación obliga a respetar la jurisprudencia uniforme, hablamos de jurisprudencia obligatoria, que es lo que le otorga la autoridad jerárquica instituida por los órganos superiores.

No obstante, existen criterios que exponen que la jurisprudencia puede ser contradictoria, tal como lo sugiere Alva Matteucci, (2010; pág. 130 a 159) al decir que la

jurisprudencia es aquella emitida por los tribunales, sean administrativos o jurisdiccionales, pero con una diferencia, que las resoluciones o sentencias son dictadas en distintos tiempos pero de un manera diferente que las anteriores emitidas. Concepción que adopta Taruffo (2012; pág. 137), cuando expresa que la jurisprudencia puede ser de dos formas, o bien tratarse de decisiones singulares o de dos líneas de precedentes, la una en contraste con la otra; o puede configurarse el hecho que ni siquiera sea individualizable una contradicción entre dos sentencias o dos tendencias jurisprudenciales, y sobre la misma cuestión existen decisiones o direcciones diferentes e incoherentes.

1.3.1.2.2 Por la funcionalidad en los sistemas jurídicos.

La concepción de jurisprudencia desde la funcionabilidad en los sistemas jurídicos tiene dos rasgos; como fuente directa o como fuente indirecta.

En el primero, la jurisprudencia se pone al mismo nivel de la ley en sentido material, para lo cual se le reconocen algunas características de esta a aquella. En efecto, aunque formalmente no es norma jurídica si lo es materialmente por cuanto posee los atributos esenciales de la ley como la generalidad, abstracción e imperatividad, los cuales la hace vinculante en la actividad judicial, tal como lo expresa Téllez (1987; página 8) y que Carbonell (et al. 1987) comparte al sostener que se puede decir que la jurisprudencia en el sistema jurídico mejicano es la norma general y abstracta, emitida en principio por los órganos del Poder Judicial Federal competentes; con lo cual, le atribuye un factor de autoridad y le da el carácter de fuente de derecho, es decir, son los órganos que le dan la visión intelectual de la realidad misma, que solucionan e intervienen en el caso concreto señalando el criterio al que deben someterse los tribunales inferiores.

Además, Pieri (2000) en Pérez Vásquez (2007; págs 9-14) dice que la jurisprudencia que además de su carácter creador del derecho, también como fuente le es otorgado un carácter independiente, considerándola fuente de derecho que no depende ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica. Rodríguez Lobato (2001; pág. 27) en Grageda Jiménez (et al. 2013) sostiene que la jurisprudencia es fuente de derecho por sí misma, en el sentido de que los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas y a la definición de los conceptos jurídicos. Y Santamaría Pastor (1988; 405), afirma que en el Derecho Español que la jurisprudencia ha desempeñado históricamente, respecto del derecho administrativo, un papel auténticamente constructivo y creador, y que hoy en día sigue siendo uno de los principales motores de su evolución. Incluso Montero Ballesteros (1984; pág. 72 a 73) en Carbonell (et al.1987), además de reconocerle una función interpretadora, le da un carácter de auténtica fuente de derecho, porque además de interpretar y adaptar las leyes a las cambiantes necesidades sociales, integra y desenvuelve el ordenamiento jurídico en un complejo proceso al que no es ajeno una auténtica función creadora del derecho.

Y, en segundo lugar, resulta ser fuente indirecta del derecho, cuando se acepta que hay cierto margen de discrecionalidad por parte del juez, tesis que se construye a partir de la noción Kelseniana que precisa que el derecho es un marco al interior del cual existen muchas posibilidades de aplicaciones y de creación (Kelsen, 1999; pág. 337ss.). De esta manera se reconoce en algunos sistemas jurídicos que la jurisprudencia puede ser creadora de derecho, aceptando que los jueces pueden crearlo de manera indirecta y moderada, de manera implícita mediante la interpretación del derecho positivo, cuando se llenan lagunas jurídicas, las que pueden resultar de un olvido del legislador o una torpeza de una reforma legislativa; también cuando se descubren principios generales y reglas de derecho, pues como lo sostiene Moderne (1999, pág. 772) en Nguyen Thin Hom, citado por Bernal Cano, 2013; pág. 84), se reconoce que los principios y reglas determinadas por el juez conforman la jurisprudencia. También se crea de manera indirecta cuando se considera que la jurisprudencia es suplemento del derecho.

1.3.1.2.3. *Por el rol de las autoridades jurisdiccionales*

Tiene dos visiones: una interpretativa y otra unificadora. La primera, ubica la jurisprudencia desde el rol hermenéutico que desempeña el juez respecto de la ley, en cuanto instrumentaliza el derecho positivo al considerarla una fuente evidentemente incompleta, en donde la jurisprudencia se convierte en el mecanismo que renueva diariamente el ordenamiento jurídico. Dentro de esa concepción, Guerrero Lara (1989; pág. 1892), citado por Carbonell (et al.1987), indica que la jurisprudencia es la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos en conflicto que se someten a su conocimiento.

Por su parte, Burgoa (1992, citado por Carbonell, (et al. 1987), expresa que la jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen de un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, y en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley. Incluso Carbonell (et al.1987), refiriéndose de la Corte en México, expresa que la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente.

Y resulta la jurisprudencia ser unificadora, sin importar si ella es creadora directa o indirecta de derecho, cuando la interpretación o la creación sea unificada, integrada por la autoridad jurisdiccional. Característica que, según Prieto Calamandrei (1976; págs. 34, 92 y

105) y Taruffo (2007 pág. 98), la jurisprudencia constituye una función nomofiláctica de los tribunales, consistente básicamente en que las Cortes se conviertan en “Cortes del precedente” fijando puntos de referencia sobre las decisiones de los otros jueces.

De este modo la jurisprudencia, según Díaz y Calvo Vidal (1997; pág. 235) en Schiele Manzor (2008, pág. 235) es reconocida como el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las resoluciones de Tribunal Supremo, que es máximo órgano jurisdiccional de todos los órdenes y en consecuencia aquel al que corresponde la labor de controlar la aplicación del derecho hecha por los tribunales de justicia, mediante la unificación de los criterios de interpretación de las normas utilizadas por los mismos.

O como lo expone Carbonell (et al. 1991; pág 296), en el sistema jurídico mexicano reconoce que la jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los Tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudian aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación. Por eso tal como Castro Juventino (1986; pág. 565) afirma, la jurisprudencial en general tiene la misión de observar la estricta vigilancia de la ley y unificar la interpretación de ella.

1.3.1.3 Referente en el derecho comparado sobre la jurisprudencia.

Se ha tomado como modelo el sistema jurídico francés por la influencia que él ha tenido en el Derecho Continental. Pero antes de exponer las visiones que existen en dicho ordenamiento jurídico, es oportuno y necesario efectuar una breve relación del funcionamiento del sistema jurisdiccional de Francia, explicando la estructura de las jurisdicciones de las altas Cortes, que tiene similitud con la nuestra.

Como lo permite entender Bernal Cano (2013; págs. 69 a 90), en Francia existe una dualidad de órdenes jurídicos; por un lado, la jurisdicción civil y por la otra la jurisdicción administrativa. La primera, encabezada por la Corte Suprema como órgano de Casación y la misión supervisar el conjunto de tribunales y cortes de grado inferior, propendiendo por la coherencia y unidad jurisprudencial. La segunda, que tiene en su cúspide al Consejo de Estado, como máxima autoridad jurisdiccional en el orden jurídico administrativo, asume la misión de asegurar la unidad de la interpretación del derecho administrativo. A la par con ellas, fue creado el Tribunal de Conflictos, con el fin de resolver los problemas que se presentaran entre de las dos jurisdicciones.

Sin embargo, en la cima del ordenamiento jurídico francés está el Consejo Constitucional, a quien, con fundamento en el último inciso del artículo 61 de la Constitución de 1958, se le confiere la facultad de su guarda y la verificación de la conformidad de las leyes a la Constitución, exigiendo el respeto de sus decisiones a todos los poderes públicos y administrativos; aspecto que emerge del último inciso del artículo 62 de la misma, al especificar que las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de ningún recurso, y se imponen sobre todos los poderes público y autoridades administrativas y jurisdiccionales.

En primer lugar, hay que recordar que el Derecho en Francia proviene de raíces romano-germánicas, y que por esa misma circunstancia rechaza el seguimiento del derecho pretoriano y tiene como fuente primaria a la ley, emanada del legislador con sus características de ser general e impersonal con el fin de organizar la vida en sociedad, dejando que la jurisprudencia solamente cumpla el rol de interpretar la regla de derecho.

Sin embargo dentro de la misma doctrina Francesa hay dos posiciones contrapuestas respecto de la autoridad de la jurisprudencia como fuente de derecho, pues aunque la voluntad del legislador propende porque la ley sea la guía por excelencia y la fuente dominante de la actividad jurisdiccional -Al respecto arts. 5 y 1351 del Código Civil (Francia, 2010) hay posturas doctrinarias que aceptan que la jurisprudencia en Francia es fuente de derecho. Por tal motivo se abordarán las razones por la cuales; (i) la jurisprudencia es considerada fuente indirecta del derecho en el ordenamiento jurídico francés y (ii) la jurisprudencia no es fuente derecho en el ordenamiento jurídico francés.

1.3.1.3.1 *La jurisprudencia fuente indirecta de derecho en el ordenamiento jurídico francés.*

Si se parte de la referencia del derecho emanado de la jurisprudencia al estilo del derecho pretoriano y que se refiere a la reglas decisionales, llamadas reglas jurisprudenciales que no aparecen en el derecho objetivo que emana de la ley, sino en las decisiones judiciales de las altas o últimas instancias que van a suplir las deficiencias legislativas o van a apartarse de la ley, ese derecho, en el sistema francés, carece de poder normativo, pero se le reconoce un carácter de fuente indirecta de derecho gracias a las técnicas de interpretación, al llenar las lagunas jurídicas, más allá de un silogismo, de un ejercicio de subsunción; y al considerar el ejercicio hermenéutico de la ley como una misión necesariamente creadora; como lo sostiene Nguyen (et al. citado por Bernal, 2013 et al.).

En efecto, según Nguyen (et al. 2013), esa tendencia fue consecuencia de los vestigios heredados de la revolución francesa que propugnaba por un “legicentrismo”, que era el fiel reflejo del art 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano proclamados en 1789, y que poseen valor constitucional en el ordenamiento jurídico francés,

gracias a los referéndums del 13 de octubre de 1946 y de 1958; dado que, en palabras del Consejo Constitucional: “El pueblo francés aprobó los textos que confieren valor constitucional a los principios y derecho proclamados en 1789”. De este modo, aunque la regla general es la negación de la jurisprudencia como fuente de derecho; mediante la interpretación, la jurisprudencia se consolida como fuente indirecta del derecho en el ordenamiento francés, pues al llenarse vacíos jurídicos, ya sea de olvidos, de disposiciones oscuras o de ineficiencias del legislador o del constituyente, se crean principios y reglas no escritas de derecho que complementa el marco jurídico de la ley en el cual debe evolucionar la nación.

1.3.1.3.2 La jurisprudencia no es fuente creadora de derecho en el ordenamiento jurídico francés

Algunos de los argumentos que respaldan esta tesis son: la separación de poderes, la legitimidad de las democracias electivas, y la interdicción de proferir sentencias de reglamento. Respecto a la primera es oportuno precisar que esta idea proviene de una noción anacrónica basada en dos razones, por un lado, la seguridad y protección que ofrece dicha separación a los ciudadanos respecto de la arbitrariedad del poder, consolidándose como una garantía de los derechos y libertades, y por otro lado, la vinculatoriedad de la declaración de los derechos del hombre de 1789 y el preámbulo de la constitución de 1958. En este sentido se rechaza que la jurisprudencia sea fuente de derecho, pues la trilogía de poderes propende porque cada autoridad grave funcionalmente en el marco de sus facultades legales y constitucionales; con fundamento en ello se considera que, en algunos casos al Consejo de Estado, por crear derecho mediante los principios generales del derecho, se convierte en rival del legislador Moderne et al. (1999), citado por Bernal Cano et al. 2013).

La legitimidad del parlamento, como único detentador de la facultad de crear derecho a través de la ley, fue radicada en la teoría de la representación, en voces de Gerard referido por Bernal Cano (et al. 2013). De hecho, se dice que ni el juez constitucional tiene la última palabra, que el obstáculo de la inconstitucionalidad puede someterse al sufragio a través del voto de una ley constitucional y que el legislador está técnicamente mejor preparado que la magistratura para efectuar las grandes reformas.

Respecto a la prohibición de expedir decisiones de reglamento, el mismo derecho legislado propugna por que los jueces no crean disposiciones generales o reglamentarias en los casos que le son sometidos (art 5 del Código Civil) y que la cosa juzgada relativa de cada decisión judicial queda estrictamente circunscrita al caso concreto (art 1351 Código Civil). Teniéndose como fuentes según la doctrina dominante solo dos tipos: las leyes que la sociedad se da y las costumbres que la sociedad sigue.

Tal como se expuso en precedencia, en Francia como en la mayoría de los Estados que hacen parte del Derecho continental, desarrollan un sistema dualista, en el sentido que coexisten varias jurisdicciones, en especial la ordinaria y la administrativa, en concurrencia con la constitucional; las cuales poseen una estructura piramidal, con órganos que juzgan en primera instancia, con uno superior que resuelve los recursos de apelación y un tribunal de cierre. Sus relaciones entre ellos, se desarrollan jerárquicamente, en el sentido que el superior tiene la facultad de ejercer el control de legalidad de los actos del inferior, siempre teniendo presente el seguimiento o acatamiento de la línea jurisprudencial emanada por el órgano superior de la jurisdicción, evento en el cual, el caso en que ella se desarrolló, se constituye en precedente para la resolución de casos posteriores. En lo que hace referencia al derecho administrativo, como en el nuestro, aparecen los jueces administrativos, más arriba los tribunales administrativos y en la cúspide el Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Visión panorámica que nos permite entender la coincidencia estructural y el por qué la concurrencia en la aplicación del derecho.

1.3.2 El precedente en el derecho anglosajón.

Como contraprestación al formalismo legal que fue el resultado de poner a la ley como la fuente principal de derecho y la imposibilidad del juez de crear derecho, surge una corriente anti-formalista, que se basaba en la configuración del derecho como un fenómeno social concreto, que podía presentar lagunas que requerían mecanismos integradores, debido al anquilosamiento y desfase de los códigos frente a la realidad social cambiante. Es decir, pasaron de concebir la actividad del juez como una aplicación silogística y mecánica de la ley a destacar la libertad interpretativa del juzgador, que podía adentrarse incluso en la creación nuevo derecho, equiparándose en cierto modo al legislador. Con lo cual, como lo afirma Falcón & Tella (2010; pág. 151), la reacción contra el formalismo jurisprudencial se produce en el cambio operado en el casuismo jurisprudencial, que pasa, de ser objeto de estudio teórico y analítico, a constituir un método de estudio: el método de los casos.

Falcón & Tella (et al. 2010) sostiene que dicha doctrina se manifiesta históricamente así: 1) En Francia el antiformalismo legal se materializa en la llamada Escuela Científica francesa de François Gény y en la Escuela Sociológica de León Duguit. 2) En Alemania el antiformalismo conceptual se expresa en la denominada Jurisprudencia de Intereses del segundo Ihering o, paralelamente en Francia y Alemania, en la Escuela de la Libre Jurisprudencia, representada por Hermann Kantorowicz o Eugen Ehrlich. 3) Finalmente en el contexto anglosajón se opone al formalismo de la Jurisprudencia Analítica la llamada Jurisprudencia Sociológica, que en sentido estricto hace referencia al pensamiento que en EEUU se desarrolló en torno de Roscoe Pound, Benjamín N Cardozo y Oliver Wendell Holmes.

Ahora bien, en el ámbito anglosajón, frente al formalismo que se reflejaba en la teoría declarativa de Blacstone -que en términos de Orozco Muñoz (2011; pág. 70), rechazaba que los jueces tuvieran la facultad de crear derecho, pues solo tenían la competencia para declarar el que estaba incorporado en el *Common Law*-, surgió la teoría creativa que sostenía que el juez realizaba una labor encaminada a crear la norma que debía aplicarse para resolver el caso ante él planteado; creación esta que no se limitaba, como en Kelsen, a la norma particular inherente al fallo de la sentencia, sino a la propia norma general aplicada para resolver el caso, y que estaría expresada y contenida no en el fallo sino en la fundamentación jurídica de la sentencia como lo expresaba Bulygin, también citado por Orozco Muñoz (2011; pág. 75). En otras palabras, frente a la tesis positivista, el antiformalismo buscó abrir el ámbito o espectro más allá de las fuentes tradicionales de derecho constitutivas de normas jurídicas en sentido estricto a otras fuentes vinculantes y preexistentes para resolver un determinado caso a efectos de reconocer, en la sentencia, el derecho u obligación a alguna de las partes.

Esa línea de pensamiento fue fundamental para la formulación del realismo jurídico que funda sus raíces en la llamada jurisprudencia sociológica de Pound (1912; pág. 489 a 516), que en su manifestación norteamericana pretendió superar la realidad entre el ser y el deber ser del derecho, afirmando que el derecho tiene un ser, una realidad; que no es la doctrina ni las normas, sino la gestión de los funcionarios o agentes del derecho -los jueces y tribunales-; y que, en la expresión escandinava, propuso superar el dualismo entre validez y realidad, destacando que estos no eran puntos de vista opuestos o irreconciliables, sino que simbolizaban elementos diferentes y reales del fenómeno jurídico, valorando la realidad, pero también considerando el papel definitivo de la norma.

El realismo jurídico o iusrealismo, es denominado como un tipo de positivismo, que se basa en el derecho que es; lo cual le da un rasgo propio y destacado respecto a la importancia que le debe otorgar el juez en la sentencia. Y si bien parte de las bases del iuspositivismo, no centra su atención en la validez de la norma, sino en la eficacia de esta, marcando el legado del utilitarismo, al no importarle la verdad sino simplemente la utilidad, con la que se puede actuar en la realidad, como lo afirma Hessen (1993; pág. 46-4). El realismo se configuró mediante la existencia tres corrientes diferentes -Realismo Norteamericano, escandinavo y socialista-, siendo desarrollado por varios teóricos -Entre otros: Kar Llewellyn, Frank Jerome Alf Ros, C. Clark, William O. Douglas, León Green, Samuel Klaus, Underhill Moore y Hessel Yntema-. En efecto son los anteriores postulados del iusrealismo, cimientos importantes para la consolidación de la jurisprudencia o el precedente, entre otras, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque al centrarse la importancia del derecho dentro de la eficacia de la normatividad, y al valorarse el derecho como hecho, se aprecia la creación judicial mediante los fallos judiciales, en la medida que se agregan como suplemento de las leyes que aplican para orientar la solución de casos futuros o en las “zonas de penumbra” del

ordenamiento creando verdaderas normas que tienden a trascender los casos particulares mediante un tradicional respeto a los precedentes Plazas Vega (2014; pág. 152). En segundo lugar, según él, porque las “interpretaciones autorizadas” de los tribunales como aplicaciones del derecho vigente, conlleva al resultado de que el derecho en forma misteriosa hable por la boca del juez, haciendo que la creación del derecho sea ininterrumpida y no se limite a la promulgación de las leyes.

En tercer lugar, refiriéndose al criterio de seguridad jurídica, Plazas Vega (2014; pág. 153) considera que “El derecho jurisprudencial se desarrolla siempre paralelamente al derecho promulgado, alterándolo y suprimiéndolo”; tesis que sin necesidad de profundas disquisiciones es compatible con la doctrina del precedente y de la jurisprudencia. Y, en cuarto lugar, siguiendo a Alf Ross (2011) manifiesta que existen apreciaciones compartidas entre el realismo escandinavo y el norteamericano, sobre como concebir el derecho como conjunto de hechos sociales, así como el estudio del derecho como ramificación de la psicología social, que otorgan legitimidad a la aplicación tanto de las reglas jurisprudenciales como a la doctrina del *stare decisis*.

Así mismo, la idea de la división entre el ser y el deber ser del derecho y su marcado pragmatismo utilitarista de la eficacia, se consolida como coherente con los postulados de la jurisprudencia y la doctrina, pues permite que a través de los fallos judiciales o de los tribunales el derecho no sea una cuestión de validez y justicia, sino una lealtad a la realidad de los fenómenos sociales.

Por último, al concebirse el derecho como un medio, no como un fin, donde sus normas se consideran valiosas, en tanto ostenten eficacia dentro de la realidad social, y promuevan los fines e ideales socialmente asumidos como deseables, se puede terminar de asumir el derecho como "una serie de experimentos, de aventuras en el ajuste de las relaciones humanas y el compromiso en los conflictos humanos Solar Cayon (2012; pág. 176), tesis que es totalmente compatible con las practicas judiciales que propugnan la consolidación de la doctrina del precedente y también el derecho jurisprudencial.

1.3.2.1 Conceptualización del Precedente.

Una concepción primigenia de lo que se entiende por precedente, implica necesariamente, como lo expone Taruffo (2007; pág. 98), la necesidad de remisión a la argumentación jurídica, pues el precedente se ha convertido en el topo recurrente de la argumentación, siendo un criterio aceptado tanto en sistemas del *Common Law* como del *Civil Law*. De este modo define al precedente como el *topoi** que orienta la interpretación de

* Topoi, es un concepto que desde la concepción aristotélica hace referencia específica al topos como lugar de donde se extraen los argumentos, y antes de Aristóteles, topos “tenía ya un significado técnico como denominación de puntos de vista

la norma en la compleja fase dialéctica de la *rechtsfindung* (que traduce como el encuentro de lo jurídicamente válido para el caso), y que sustenta la interpretación adoptada como válida en el ámbito de la argumentación justificativa, por ejemplo en la motivación de la sentencia.

Según Duxbury (2008), citado por Orozco Muñoz (2011; pàg.185), el precedente es todo evento o decisión previa que se toma como referente para una decisión actual. Y este afirma que aquel tiene una concepción amplia y restringida del mismo, así: de manera amplia, lo considera como cualquier resolución o actuación judicial ubicada cronológicamente en un punto anterior, en el tiempo, aquel que se toma como referente, Y de manera restringida, lo entiende, no la resolución judicial antecedente, *in toto*, sino solo la parte de dicha resolución que contiene el fundamento normativo del fallo o decisión; fundamento normativo este al que siguiendo la tradición se llama *ratio decidendi* y al que se concibe como la norma jurídica en la sentencia o resolución.

Ahora bien: doctrinariamente, el precedente tiene diversas conceptualizaciones, y puede adquirir variadas virtualidades, dependiendo de distintos factores, entre ellos de la vinculatoriedad, y la aplicación de cada uno sus componentes. Así, por ejemplo, en Canadá, como lo explica Mayrand (1994; 781 a 793), el precedente es una decisión judicial, pronunciada sobre un punto de derecho y que hará autoridad cuando la Corte que la expidió u otra corte de grado inferior sea llamada a pronunciarse sobre el mismo punto de derecho.

En Estados Unidos, tal como lo indica Calabresi (2009; pág. 4 a 13), refiriéndose a James D' Richardson, se acepta la doctrina del precedente, con la aplicación del principio del *stare decisis*, a través del cual las Cortes contemplan primero decisiones similares para dirigir sus decisiones; la decisión pasada es precedente. El precedente es un principio legal o regla que es creada por una decisión de una Corte. Esta decisión se hace un ejemplo o autoridad para jueces que deciden casos similares posteriormente. Estos dos principios permiten a la ley americana construir caso por caso y hacer de nuestro sistema legal un derecho consuetudinario.

En Inglaterra, en voces de Lagarre (2005; pág. 1 a 10), se comprende el precedente desde la doctrina del precedente individual obligatorio, donde una sola decisión tiene fuerza vinculante en casos sucesivos. Pero en términos generales, la concepción de que el precedente se refiere a decisiones del pasado para proyectarlas al futuro, aunque similar, no es única ni unívoca. Su ontología necesariamente está ligada al contexto en el que se desarrolla, y la eficacia que adquiere depende del respectivo ordenamiento jurídico. Por eso resulta importante definirlo: (a) por su criterio dimensional y (b) y por la clasificación del mismo.

relativos, por medio de los cuales el orador estaba en condiciones de realizar en cada ocasión las aseveraciones adecuadas a sus fines.

1.3.2.1.1 El precedente según el criterio dimensional.

Siguiendo a Taruffo (2012 págs. 263 a 273), el precedente en su dimensión institucional se concibe según la organización judicial de las cortes y las relaciones de autoridad que existe entre las mismas, en consecuencia, el precedente puede ser el reflejo de la organización jerárquica en los diferentes ordenamientos, reflejo que se puede configurar con una dirección horizontal o vertical.

En cuanto a la eficacia, es decir, a la capacidad de la decisión de influenciar al caso sucesivo, el precedente, en los sistemas que pertenecen al *Common Law*, está dotado de eficacia jurídica, a través de la cual se obliga a los jueces a resolver el caso sucesivo aplicándole la *ratio retidendi* del pasado. Y si se define por la dimensión estructural, se entiende por tal el punto de referencia para una decisión sucesiva, que bien puede hacer alusión a un solo precedente, a dos o más precedentes formando una jurisprudencia conforme, o constante; o también a dos o más decisiones en disenso como conflicto simétrico de precedentes.

1.3.2.1.2 Por la clasificación del precedente.

Según Falcón & Tella (2010; pág. 50), el precedente se puede clasificar en: declarativos y creativos; obligatorios y persuasivos; completamente obligatorios; condicionalmente obligatorios; originarios; vinculantes, semivinculantes y meramente referenciales.

Se consideran precedentes declarativos aquellos que son la mera aplicación de una norma jurídica preexistente, mientras que los creativos, son los que crean o aplican una nueva regla. En el primer caso, la norma es aplicada porque ya es derecho y, al igual que la ley, son fuente de derecho. En los segundos, la norma es derecho y aunque es aplicada al caso, su influencia se palpa en el futuro. En los sistemas jurídicos desarrollados los precedentes declarativos son más numerosos que los creativos pero, aunque son menos cantidad, son de gran importancia.

Los precedentes obligatorios y persuasivos se diferencian entre sí por el tipo de influencia que ejercen en el caso futuro de la administración de justicia. El obligatorio, es aquel que el juez debe seguir, lo apruebe o no; mientras que el persuasivo, es el que el juez no tiene la obligación de seguir, pero debe tomarlo en consideración. El juez que sigue un precedente persuasivo tiene que estar convencido de su corrección, a diferencia del obligatorio que puede ser seguido con independencia de que sean o no convincentes.

Pueden ser absolutamente obligatorios y condicionalmente obligatorios. Los del primer tipo, son aquellos cuya decisión es completamente vinculante y deben ser seguidos, aunque se considere erróneo o irracional. Por el contrario, son condicionalmente obligatorios, los que se puedan prescindir cuando se estimen tan claramente incorrectos que así lo aconseje una justa administración de justicia. Para que un tribunal pueda prescindir de un precedente condicionalmente obligatorio la decisión judicial tiene que ser incorrecta, y una decisión es de ese tipo en dos casos: cuando es contraria a derecho y cuando es contraria a la razón, tal como lo expresa Iturralde Sesma (1995; pág. 194 a 201).

Según Orozco Muñoz (2001; págs. 188 y 189), los precedentes también pueden ser derivados u originarios. Para entenderlos es pertinente reconocer que la *ratio decidendi* o fundamento normativo de una sentencia constituye la norma jurídica que el juez aplica para resolver el caso planteado. Dicha norma puede ser creada por el juez a través de dos mecanismos distintos: como derivación de las fuentes normativas aplicables al caso, o como creación normativa originaria, cuando no exista una previa fuente normativa de la que deba derivar la norma aplicable al caso.

En los primeros, *la ratio* no constituye fuente de derecho, sino una norma derivada del ordenamiento o sistema de fuentes para la resolución del caso, lo que significa que la fuente de derecho derivada del fundamento normativo de la sentencia es algo extrínseco a la propia sentencia; de ahí la obligación del juez de resolver el proceso atendiendo al sistema de fuentes establecido, cuya labor se circunscribe a la selección o interpretación de una determinada fuente de derecho. Pero si el juez, que está llamado a decidir, no encuentra una fuente de derecho preexistente para resolver el caso, *la ratio* que surge o que construye en esa sentencia se constituirá en una norma originaria, en un derecho nuevo de origen exclusivamente judicial, con ocasión de la resolución del caso, que es estrictamente lo que se denomina *case law* o derecho casuístico; que es como ha operado en los países de la órbita anglosajona en algunas ramas en las que no existe derecho escrito o legislado. Estos son los eventos en los cuales el juez se convierte en creador de una fuente material de derecho.

Además sostiene que, en el derecho anglosajón, en todos los casos la *ratio decidendi* de una sentencia no constituye norma originaria; y, por el contrario, en muchos casos, *la ratio* establecida por el juez para resolver un caso actual, como opera en el derecho continental, resulta ser derivada de aquellas normas o materias, incluido el propio *Common Law*, lo que indica que preexiste una fuente de derecho aplicable al caso a resolver, ya sea ella una disposición legislativa, la costumbre o un precedente vinculante. En tales supuestos, nos encontramos con un precedente derivado.

Ahora bien, según Orozco Muñoz (2001; pág. 191), los precedentes, por su grado de vinculación, pueden ser vinculantes, semivinculantes y meramente referenciales. Los primeros, son los que deben ser seguidos por el órgano judicial en todo caso. Por ejemplo,

las sentencias emitidas por las altas cortes, como tribunales de cierre de las propias jurisdicciones, que resultan vinculantes para los órganos inferiores del mismo orden jurisdiccional. Los semivinculantes, resultan ser aquellos que deben ser seguidos, a menos que se motive fundadamente el apartamiento del mismo. Y son meramente referenciales, también llamados persuasivos, cuando pueden ser tenidos en cuenta por el órgano judicial al resolver el caso actual, pero no está obligado a seguirlo ni a motivar el apartamiento o separación del criterio en él contenido; que en la práctica es a la que se apela en las salas de un tribunal, al citar las decisiones de las otras.

1.3.2.2 Características del precedente.

El Derecho Inglés se basa principalmente en el *case law* o derecho de origen jurisprudencial que, como el Derecho Romano, estaba constituido por las reglas y principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones, cuya primacía se constituían en precedente para casos futuros, por encima del escaso derecho escrito que existía, como lo expresa Cross & Harris (2012; pág. 24). Es en este punto, según Díez Sastre (2008, pág. 105), en donde se nota la recepción del Derecho Romano Clásico al Derecho Inglés y, también, la forma cómo se blindaron de la influencia de la codificación de Justiniano irradiada en todo el continente europeo. Sin olvidar que la costumbre jugó un papel trascendental en la cultura jurídica inglesa, a través de la cual los tribunales locales resolvieron las controversias, sistema que se fue diluyendo con la creación del *Common Law* y luego con la creación del *stare decisis*. Pero el principio básico de la administración de justicia es que los casos similares deben ser decididos de manera igual; vale decir, que básicamente la decisión dictada por el juez en un caso particular constituye un precedente para un caso posterior.

Díez Sastre (2008, pág. 108) dice que el moderno principio del *stare decisis*, conocido también como la doctrina del precedente, se refiere a la vinculación del juez a sus decisiones anteriores, en tanto le da libertad al juez para resolver los casos concretos atendiendo a como resolvieron en el pasado casos iguales o similares; vale decir, los tribunales de justicia debían dictar sentencias atendiendo a como habían resuelto en el pasado casos iguales. Tendencia que refleja un principio universal de administración de justicia, que entiende como injusto decidir de una manera distinta casos prácticamente iguales. En ese sentido, la doctrina del *stare decisis* tiene cabida en la mayoría de los sistemas jurídicos y la técnica del precedente se aplica de manera espontánea, con más o menos rigor, en todos ellos, en concreto, como expresión de determinados principios de derecho.

No obstante, según Cross & Harris (et al. 2012), la concreción de dicho principio puede ocurrir como inclinación a repetir lo que otros han hecho, o como resultado de una obligación positiva en donde el juez puede estar compelido simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión en el caso presente; o por el contrario, tener el deber de resolverlo de la misma manera en que se decidió

el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo, que es lo que se conoce como precedente vinculante u obligatorio, o que tiene efecto vinculante, por oposición al efecto simplemente persuasivo que un caso puede tener en otra situación.

Para Díez Sastre (2008; pág. 23), el precedente puede definirse de la siguiente manera: “como un acto anterior con relevancia jurídica que puede proyectar efectos jurídicos hacia el futuro, condicionando el comportamiento de distintos sujetos –ciudadanos, los tribunales o la administración- en casos similares”. Y en sentido estricto, como “la regla jurídica que resuelve un caso”; cuya función es garantizar la coherencia del derecho, la seguridad jurídica, la justicia formal –mediante el trato igual de lo que es sustancialmente igual- y proteger la confianza de los ciudadanos en que los poderes públicos actuarán de forma racional.

Con base en lo expresado, la doctrina del precedente significa decidir casos presentes sobre la base de resuelto en los casos pasados. Según Cros & Harris (2012; pág. 26), como ha sido la tradición inglesa, la doctrina del precedente continúa en un proceso permanente de transformación, pero aún mantiene tres características importantes: i) Todos los tribunales están obligados a respetar –esto es, seguir y acatar- las decisiones emanadas de los tribunales; ii) las decisiones dictadas por los tribunales constituyen un precedente persuasivo para los tribunales que tienen una mayor jerarquía respecto de aquellos y iii) una decisión constituye siempre un precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó. En otras palabras, cuando una decisión ha recibido el beneplácito de los tribunales superiores, la misma se convierte en vinculante para todos los tribunales de menor jerarquía.

De acuerdo con lo anterior, siguiendo a Cros & Harris (2012; pág. 24 y 62), la doctrina inglesa del precedente, tiene una característica especial, ser vinculante; es decir, que todos los tribunales están obligados a seguir y aplicar los precedentes emanados de cualquiera de los tribunales que le sean superiores y todos aquellos tribunales competentes para resolver recursos de apelación (además de la Cámara de los Lores) están vinculados por sus propios precedentes. Pero además aclara, que la única parte de la decisión que se considera vinculante es la *ratio decidendi* o razón para decidir, que son aquellas proposiciones de derecho que el juez considera necesarias para su decisión, o mejor, que tienen relación directa con lo decidido. Pero advierte que no todas las sentencias, ni lo manifestado por los jueces en ellas constituye precedente. Ese estatus está reservado solamente para los pronunciamientos de derecho. Y entre las proposiciones de derecho enunciadas por el juez, únicamente se considera parte de la *ratio decidendi* aquellas proposiciones que parezcan haber sido consideradas por él como necesarias para la decisión, lo demás será *obiter dicta*, que hace alusión a una afirmación hecha de paso.

Y asegura, que lo único que no puede hacer el juez es evitar que su decisión sobre una cuestión de derecho se convierta en precedente. Por manera que la labor interpretativa

que corresponde a los jueces futuros en relación con las decisiones pasadas se considera incluso más importante que la labor desarrollada por el juez del caso anterior. Así existen ciertas reglas establecidas en la práctica judicial para llevar a cabo dicha labor interpretativa, tales como que deben tenerse en cuenta los hechos del caso anterior, y que es necesario examinar cuidadosamente el lenguaje utilizado en el precedente y en los casos subsiguientes, en cuanto son reglas que restringen fuertemente la influencia que un determinado juez puede ejercer en la evolución jurídica cuando expone las razones de su decisión.

Desde luego que existen varios problemas para establecer la *ratio decidendi*, que bien pueden surgir de la existencia de una decisión con muy corta motivación o, lo contrario, con una excesiva motivación que incluye varias *rationes decidendi* que tienden a confundirse con el *obiter dictum*. Por tal razón, no es el juez encargado de resolver un caso posterior el único que debe ocuparse de determinar qué parte de la decisión anterior debe ser considerada como *ratio decidendi*, sino que dicha tarea también corresponde al doctrinante que se ocupa de exponer el derecho vigente, y al abogado que va a apoderar al cliente, a quien le obliga presentarle al juez los casos anteriores con situación fáctica similar, para obtener una decisión igual. De hecho, en Estados Unidos existe el *restatement* Cros & Harris (et al. 2012 Pág. 41), que son publicaciones de diferentes materias que traen relaciones de esa naturaleza.

Otra característica del precedente, es la importancia que el juez le dé a los hechos que sirvieron de fundamento a la construcción de la *ratio decidendi* que estructura el precedente. Para atenuar la rigidez de dicha obligación, se utiliza la técnica del *distinguish*, que no es más que la distinción entre los hechos del caso anterior con el futuro a resolver. Ella le permite al juez apreciar elementos particulares que no existían exactamente en el caso anterior, o que se habían pasado por alto en situaciones análogas resueltas con anterioridad, introduciendo soluciones nuevas, con lo cual se elude el inmovilismo, el estancamiento y la fuerza expansiva del derecho.

Ahora bien, si la doctrina del *stare decisis* indica: que todos los tribunales están obligados a seguir y aplicar los precedentes emanados de los tribunales superiores y que, todos aquellos tribunales que tengan competencia para resolver recursos de apelación están vinculados a sus propias decisiones previas (salvo la Cámara de los Lores), Cros & Harris (2012; págs. 153 y ss.) asevera, que no es menos cierto que dicha doctrina, con el correr del tiempo, ha construido unas excepciones a efecto de flexibilizar la rigidez como fue construida; las cuales tienen el siguiente contenido: (i) las decisiones de los jueces no crean derecho, sino solamente ponen de manifiesto lo que es el derecho (cuando predominaba la teoría declarativa); (ii) en la época del precedente del siglo XVIII, era plenamente admisible que un juez, al enfrentar un precedente con el cual no estaba de acuerdo, se limitase a manifestar que el mismo había sido mal publicado; (iii) que muchas decisiones dictadas por los tribunales con competencia concurrente estaban en conflicto entre sí; y (iv) un precedente contrario a las reglas y principios generales no es vinculante.

La ocurrencia de las dos últimas excepciones les permite a los jueces, dentro del límite bastante amplio, elegir y rechazar los precedentes antiguos como forma de lograr que el derecho se adecúe a las modernas circunstancias. Y una práctica que ha generado cambios en el ámbito judicial en los últimos años es el *overruling*, que significa dejar sin valor un caso previo, posibilidad que principalmente se le concede al tribunal jerárquicamente superior a aquel que decidió el caso que resulta invalidado. Cuando ello ocurre, es decir, cuando se invalida o deroga un precedente lo que se está haciendo es adoptar una regla contraria a la que estaba contenida en la *ratio decidendi* que se está privando de autoridad.

Por último, la obligatoriedad del precedente aplicaba incluso para los tribunales de cierre, pero esa tradición se rompió desde 1966 con la Declaración Práctica emitida por la Cámara de los Lores, a través de la cual indicó que ella no estaba obligada a seguir sus propios precedentes. Con fundamento en ella, conforme lo expone Cross & Harris (2012; pág. 27), no es frecuente que el juez indique cuál es la proposición que expresa la *ratio decidendi* de su fallo.

1.3.2.3 Referente vigente del precedente en el Derecho Comparado.

Se toma como parámetro el sistema jurídico norteamericano por haber sido el abanderado de esta doctrina. El derecho norteamericano tiene sus raíces en la familia del *Common Law*, por tanto, partidario del principio de *stare decisis* como reflejo de la doctrina del precedente. Su concepción indica que las cortes deben seguir los principios y reglas establecidas en casos previos; con cuya aplicación se busca equidad, previsibilidad, integralidad y la eficiencia del sistema judicial y se limita actividad jurisprudencial, reduciendo la discrecionalidad. Sin embargo, la vinculatoriedad del precedente, depende de la organización del sistema jurisdiccional, razón por la cual se expondrá, de manera sucinta, la organización del sistema judicial norteamericano, y se procederá a especificar el manejo de dicha vinculatoriedad dentro de ese orden.

Siguiendo a Fine (traducido por Bernal Cano (2013; págs. 112 a 137) se describe el sistema de justicia en los EEUU que rige en el sistema Federal, cuya característica es que cada uno de los 50 Estados que conforman el Estado Federal tienen su propias Ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial. Esta última, a su vez, posee cortes estatales que fungen como tribunales finales, siempre y cuando no tengan incompatibilidad con las que funcionan a nivel federal, a cuya cabeza y última instancia se encuentra la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En efecto, el sistema judicial federal de los EEUU, está organizado por un criterio geográfico y jerárquico, con estructura piramidal y se refleja en el siguiente gráfico:

Compuesta por nueve jueces. Se pronuncian en audiencia. La revisión de los casos se determina por la petición de *writ of certiorari*, según la regla de cuatro, que significa que, si ese número de miembros de la Corte no justifican la negación de la revisión, simplemente se niega la petición.

Figura 1. Sistema Judicial Federal de EE.UU.

Fuente: Procter & Gamble (s.f.). Cómo se gobierna Estados Unidos.

Geográficamente la Nación está dividida en 94 distritos judiciales con una corte federal en cada distrito. Los distritos están comprendidos en los límites estatales y cada uno tiene uno, dos, tres o cuatro cortes de distrito federales según el número de asuntos judiciales que manejen. Cada corte de distrito tiene jurisdicción general en diversos casos, en diversas materias, incluyendo civiles, penales y son de jurisdicción limitada en lo referido a los principios del federalismo. La nación está dividida en 12 circuitos geográficos y cada uno tiene una Corte Federal de apelaciones para primer, segundo o tercer circuito. Las cortes de distrito están comprendidas en un circuito. Y por último está la Suprema Corte de los Estados Unidos, con Jurisdicción Nacional.

El concepto de circuito tiene gran importancia con respecto a la aplicación del *stare decisis*. Las decisiones finales de las cortes de distrito pueden ser apeladas como derecho para poder acceder a las cortes de apelaciones de los circuitos y el árbitro final de la ley federal lo es la Suprema Corte de los Estados Unidos. Como se entiende que dicho principio presupone que casos similares deben ser decididos de la misma manera, se debe considerar si una solución similar o la misma se presentó previamente en el caso actualmente analizado por la corte de apelaciones y si la cuestión en controversia no es la misma o similar, el principio se convierte en irrelevante.

Como el referente puesto en escena es un molde que se quiere transpolar a nuestro sistema, resulta pertinente consignar, aunque brevemente, la manera cómo opera el sistema del *stare decisis*, pero, ante todo, el precedente vinculante, en razón que el mismo constituye más que una ciencia, un arte. Y en el sentido de indagar cuáles son las decisiones previas que requiere la corte para tomar sus decisiones, en principio, se consignan algunos criterios que determinan si el precedente es obligatorio: (i) la similitud de la resolución judicial presentada; (ii) la relación entre la corte que decidió el caso previo y la corte que se ve ahora confrontada a una solución similar y (iii) el alcance de la *ratio decidendi* decisorio que realizó el juez en la sentencia, el cual incluye en los casos decididos previamente una investigación sobre estos aspectos: a) la semejanza de los hechos presentados y b) observación del principio legal a través del cual los casos anteriores fueron citados como precedentes, con el fin de determinar

si este principio fue “*obiter dicta*” opuesto a una parte del fallo de la corte o a la resolución de la cuestión jurídica planteada en los casos anteriores.

Respecto al primero, es importante tener claro que debe haber similitud en los casos y en las soluciones del caso previo y el actual. En lo atinente a la relación entre las Cortes, el precedente será obligatorio solo si sus decisiones son imperativas y fundadas en consideraciones de jerarquía y jurisdicción; así pues, las decisiones de la Suprema Corte son vinculantes para todas las otras Cortes y gozan de inviolabilidad, siendo ella la competente única para anular o cambiar su propio precedente.

Un precedente puede ser obligatorio en otra corte o simplemente no vinculante. La característica del primero es que una corte lo debe seguir. Los precedentes no obligatorios o las resoluciones de las cortes inferiores no son vinculantes, pero una corte lo puede considerar en ausencia de precedentes obligatorios. La corte es discrecional para seguir o rechazar esa autoridad del precedente si es o no vinculante, todo depende de la relación que existe entre la corte que profiera el precedente relevante y la corte que está examinando el caso similar.

Para efectos de que se entienda la vinculatoriedad, se explica cómo son las relaciones entre las cortes. Las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos son vinculantes o tienen efectos obligatorios para todas las cortes federales, es la última autoridad en materia de derecho federal. No obstante, cuando una corte de primera instancia (distrital) considere que el precedente de la suprema Corte ha sido efectivamente modificado a través de decisiones posteriores, esta debe seguir aquel que es directamente aplicable y dejar que la Suprema Corte anule directamente su propio precedente. Y si un precedente de la Suprema Corte tiene aplicación directa al caso, pero parece fundarse en argumentos que fueron rechazados en alguna otra línea de decisiones, la corte de apelaciones debe seguir el caso que controla directamente, dejando a la Suprema Corte la prerrogativa de hacer caso omiso o de cambiar sus propias decisiones, sin embargo, este principio no siempre ha sido seguido por las cortes inferiores.

Las decisiones de las Cortes de apelaciones son vinculantes para las cortes de distrito que hacen parte del respectivo circuito; lo que significa que son obligatorias para casos posteriores resueltos por estas mismas y por todas las cortes distritales localizadas en ese circuito; pero no son vinculantes para otras Cortes de otros circuitos, lo que da a entender que la ley nacional puede ser interpretada y aplicada de diferente forma en diversas partes del país, pero esa es una de las razones para que dicha discrepancia pueda ser resuelta por la Suprema Corte. Mientras que las sentencias de las Cortes distritales son obligatorias únicamente para las partes intervinientes. Sus sentencias no son vinculantes para ninguna otra corte, pero son auto precedente solamente a falta de precedente de la Suprema Corte o de las Cortes de apelaciones en sus circuitos, pero profiriendo una decisión que es diferente respecto a la misma cuestión.

En lo referente al alcance de la *ratio decidendi*, es necesario tener en cuenta que no se puede prescindir del análisis factual con el fin de garantizar el mismo tratamiento a los casos cuando los hechos del caso previo y el examinado son similares; tampoco se puede pretermitir la diferenciación entre la *ratio decidendi* y la *obiter dictum*, y menos soslayar la existencia de los “súper precedentes” -Término atribuido a William M. Landes y Richard A. Posner, legal *precedent: A theoretical and empirical Analysis*- los cuales pueden ser entendidos como decisiones o consideraciones judiciales en las que gozan de exactitud indiscutible en las altas Cortes, existiendo como una necesidad pragmática para gobiernos estables como lo indica Bernal Cano (et al. 2013).

Un precedente adquiere facilidad de identificación en el Derecho Norteamericano gracias a la constatación de que él perdura en el tiempo, lo cual depende que la decisión ha sido apoyada, aprobada o justificada por las instituciones políticas; si el precedente ha transformado la doctrina, al menos en el área del derecho constitucional; si la decisión ha gozado de cierta aprobación generalizada, y la decisión es reconocida por las Cortes sin agotar recurso judicial alguno.

De igual forma se destaca que esta noción de la doctrina del precedente no es concebida de manera absoluta y acepta que el precedente sea revocado en términos de la Suprema Corte. La doctrina del *stare decisis* es de fundamental importancia para la norma jurídica, pero los precedentes no son inviolables, tienen decisiones previamente revocadas en donde la necesidad de ello ha sido establecida” Fine (traducido por Bernal Cano et al. 2013).

Sin embargo, ha reconocido dentro de esa potestad de revocación que el precedente es para ser respetado, a menos que las más convincente de las razones demuestre que la adherencia a él conduzca a un error seguro. Más allá de la viabilidad, los factores relevantes para decidir si hay que adherirse al principio de *stare decisis*, comprenden la antigüedad del precedente, la independencia de los intereses en juego y si la decisión fue bien razonada (“Montejo v. Lusiana 556 U.S. 1986” citado por Bernal, et al. 2013).

En efecto, la misma Suprema Corte tiene como criterio de revocación del precedente en los siguientes eventos: (i) si se demuestra que la norma es irrealizable en la práctica; (ii) si la norma garantiza tanta confianza a tal punto que produciría dificultades particulares e inequidad si ella fuera revocada; (iii) si se trata de principios jurídicos tan desarrollados hasta ahora, como para dejar la antigua regla, un remanente o una doctrina en desuso y (iv) si los hechos han cambiado tanto o se han visto de manera tan diferente como para despojar la antigua regla de significativa aplicación o justificación.

No obstante, el referente mencionado, este tiene una estructura parecida al sistema inglés, en donde el tribunal máximo es la Casa de los Lores (*House of Lords*), cuyas

decisiones son obligatorias para los demás tribunales, pero a partir de 1966 ella no está vinculada a sus propias decisiones. En segundo lugar, están las cortes de apelaciones (*Court of Appeal*). En tercer lugar, las altas cortes de justicia (*High Court of Justice*); luego vienen los *Crown Court* que tienen jurisdicción en primera instancia y jurisdicción de apelación, más abajo están los *Contry Court*, que son los tribunales locales que resuelven disputas de menor cuantía y por último los *Magistrates' courts*; y por último se encuentra los Tribunales de Jurisdicción Especial, que son los siguientes: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (que a partir de la adhesión de la Comunidad Europea, del primero de enero de 1973, se puso jerárquicamente por encima de la Casa de los Lores, como última instancia jurisdiccional, aunque únicamente respecto de los conflictos en los que dicho tribunal era competente), tal como lo describe Falcón y Tella 2010; págs. 51 y 52), ello con el fin de entender cómo opera el precedente entre ellos, y el grado de vinculatoriedad por razón de la autoridad que uno ejerce sobre el otro.

Así pues, a modo de conclusión, se puede citar al Presidente Roberts de la Suprema Corte, quien manifestó que:

Debemos tener en cuenta que el *stare decisis* no es un fin en sí mismo, es más bien el medio por el cual no sólo nos aseguramos que la ley no vaya a cambiar de forma irregular, sino que se desarrollará de manera razonada e inteligible (Vásquez v. Hillery 1986 citado por Bernal, et al. 2013).

1.4. La Jurisprudencia y el Precedente en los Modelos de Referencia

1.4.1 Definición propuesta de jurisprudencia y sus características.

Con base en lo consignado en el acápite especial de la jurisprudencia en el Derecho continental y en virtud de los fines propuestos en este trabajo de investigación, se concluye de manera general que la jurisprudencia puede ser entendida como la herramienta jurídica que dependiendo del contexto político y jurídico puede ser creadora de derecho o simple instrumento de aplicación de derecho.

Sin embargo, siendo consciente del carácter dinámico de la realidad de la sociedad, y de sus fenómenos, se debe flexibilizar el derecho y aceptarse que la jurisprudencia es fuente de derecho, que permite mediante la aplicación y la interpretación de la ley, la creación y el desarrollo dinámico y progresista de reglas, valores, principios y normas jurídicas, propendiendo por una justicia no solo eficiente sino pertinente y eficaz, al emerger del análisis constante de una realidad volátil, que a veces escapa a la voluntad del legislador. Empero este término debe entenderse sólo en virtud de la autoridad de los altos tribunales, quienes al establecerla instituyen precedentes jurisprudenciales.

Con fundamento en las definiciones que se usaron para elaborar la exposición de la conceptualización que la doctrina ofrece del término jurisprudencia, se puede decir que las características de ella son las siguientes:

1. Su génesis es el Derecho Romano en donde surgió como solución a casos judiciales, generando un derecho casuístico, convirtiéndose en fuente creadora de derecho.

2. Dependiendo del sistema jurídico que se invoque, puede tener potencialidad de ser fuente de derecho; ser fuente, o simplemente adolecer de tal carácter; como también, considerada como fuente directa o indirecta de derecho.

3. Quienes le dan el carácter de ser fuente de derecho, la consideran creadora de normas, reglas o principios y además le atribuyen la característica de ser uniforme, integradora y unificadora o de contradicción.

4. Para unos es considerada como un elemento complementario del ordenamiento jurídico legislado y como una herramienta de interpretación del derecho positivo y para otros, potencialmente como simple reflejo de aplicación de la ley.

5. Está conformada por un conjunto de precedentes de altos tribunales. Concepto que lo aproxima al concepto de jurisprudencia del Derecho anglosajón, en la medida que ella anuncia la misma solución a la misma cuestión, como una serie de concatenación de precedentes conformes.

1.4.2 Definición propuesta del precedente y sus características

El precedente es un referente jurídico que se halla insertado en decisiones judiciales anteriores y que orienta y direcciona la labor del juez posterior en la resolución de casos. No es abstracto, sino que se halla necesariamente atado a una similitud fáctica entre el caso anterior y el sucesivo. Su vinculatoriedad está atada al valor que le da el ordenamiento de cada sistema jurídico y puede ser considerado como tal de forma plural o singular, es decir, puede estar conformado por una sola decisión o por varias reiteradas.

Con base en la anterior exposición conceptual, resulta pertinente afirmar que el precedente se caracteriza por:

1. Desde su concepción en el *Common Law*, está dotado de eficacia jurídicamente vinculante y, en consecuencia, el juez está obligado a resolver el caso futuro conforme a la decisión anterior, cuando los hechos relevantes son idénticos.

2. El precedente lo constituye la *ratio decidendi* consignada por el juez en una sentencia anterior.

3. Su ontología, materialización y vinculatoriedad dependen del sistema jurídico al que pertenece.

4. Su aplicación puede fundarse en la identidad o la analogía entre dos casos y especies de hechos relevantes, buscando aplicar el mismo criterio a dos casos semejantes.

5. La proyección de su vinculatoriedad deriva básicamente de dos análisis concretos, de la calificación fáctica y de calificación de la *ratio decidendi*

6. Una decisión judicial puede tener varias *ratios decidendis* como fundamento, de las cuales se elegirá una, gracias a la calificación de los hechos.

7. Su vinculatoriedad puede tener proyección horizontal o vertical y depende de factores cuantitativos (precedente único o reiterado), y cualitativos (idoneidad por la autoridad que lo emite).

1.4.3 Diferencias entre jurisprudencia y precedente.

A pesar que la actividad judicial es el fin perseguido por ambas instituciones, ellas tienen diferencias: cuantitativas; cualitativas; por origen; por la vinculatoriedad; por de fundamentos filosóficos y de aplicabilidad y utilidad.

En la jurisprudencia, por prevenir de los altos tribunales de cierre, generalmente está constituida por un número determinado de decisiones uniformes respecto de los mismos hechos y de la interpretación de la norma aplicada a ellos. El precedente, en cambio, emerge de una sola decisión tomada en casos específicos, en donde los jueces crean una *ratio decidendi* que luego es aplicada por uno posterior en casos sucesivos, cuando hay identidad fáctica y jurídica.

La diferencia cualitativa se radica, en que en la jurisprudencia no existe un análisis comparativo de los hechos relevantes, es decir, le presta poca importancia, por cuanto lo que ella busca es crear una regla *iuris* abstracta y no para casos individuales; vale decir, establecer máximas normativas con los que concreta las reglas jurídicas deducidas de un determinado precepto jurídico. Mientras que el precedente, en el contexto de la *ratio decidendi* de una sentencia, el juez provee una regla para ser aplicada a ese caso y susceptible de ser universalizable para casos sucesivos por criterio de identidad y analogía fáctica, siendo el juez posterior el que descubre el precedente del caso anterior.

Por su origen, la jurisprudencia tiene su génesis y desarrollo en el Derecho Continental. Inicialmente derivado del *civil law*, luego como complemento de un texto legal, cuya interpretación reiterada se convirtió en fuente de derecho, cuya vinculatoriedad dependía del número de veces que se replicaba. En tanto que el precedente, proviene del *Common Law* o *case law* y deriva su génesis de la *ratio decidendi* construida en un caso en concreto que el juez posterior puede distinguir, anular o aceptar dependiendo de la identidad fáctica y jurídica del caso anterior.

Por el grado de vinculación también existe diferencia. La jurisprudencia, para que adquiera vinculatoriedad, requiere de la concurrencia de características inmanentes como: uniformidad, coherencia, constancia, integrativa e interpretativa del ordenamiento jurídico, cuya homogeneidad y reiteración en varias decisiones respecto de una disposición jurídica genera la creación de una regla, norma o principio con eficacia jurídica. Para que exista precedente solo se requiere la existencia de una decisión judicial que lo crea, es decir, que surja una *ratio decidendi* nueva como fuente de derecho.

En cuanto a los fundamentos filosóficos, la diferencia impera en que el precedente, como nace de la casuística, es resultado del empirismo y realismo, cuyo sustento fueron las costumbres locales; mientras que la jurisprudencia, por tener como fundamento el derecho legislado, sus raíces se encuentran en el racionalismo, normativismo, positivismo y formalismo.

Por último, hay diferencias en la aplicabilidad y en la utilidad. Mientras la jurisprudencia continúa siendo considerada como un mecanismo de control de la uniformidad en la aplicación del derecho, los precedentes son empleados más bien como técnicas de argumentación.

1.4.4. Rasgos comunes de las dos instituciones jurídicas.

No obstante, las diferencias consignadas, por estudios elaborados en los dos sistemas, hay coincidencia en afirmar que paulatinamente ha existido un acercamiento entre los dos sistemas. Taruffo (2007; pág. 98), por ejemplo, expresa que dada la importancia de la utilización del precedente y la jurisprudencia en la vida del derecho de todos los ordenamientos modernos, desde hace varios años, las características peculiares de cada uno vienen desapareciendo, en la medida que los sistemas del *common law*, que tienen de referencia al precedente, por el incremento inusitado de la legislación escrita, en donde el derecho comercial y el procesal están codificados, están haciendo uso constante de la jurisprudencia; mientras que en el *civil law* o continental están recurriendo decididamente al precedente en la actividad judicial.

En igual sentido lo expresa Falcón & Tella (2010; pág. 67), quien afirma que paulatinamente ha habido aproximaciones entre los dos sistemas, pues mientras que el continental abandona cada vez más claramente el enfoque conceptual para pasar a la casuística angloamericana, éste hace uso creciente de los conceptos jurídicos para la construcción del precedente. No obstante, para ella, persisten muchas diferencias tanto en la teoría de fuentes como en la misma cultura jurídica; por ello se considera un error metodológico para el derecho continental, adoptar la doctrina de los precedentes dentro de un sistema extraño, solo para explicar un fenómeno de este sistema como la referencia a decisiones anteriores; pues una teoría que trate de justificar y explicar el uso y el valor de los precedentes continentales no debería ser una copia, ni siquiera una adaptación de la teoría anglosajona.

Una perspectiva de esta naturaleza, como lo expresa Diez Sastre (2008; pág. 111), se viene observando con ocasión de la justicia derivada del Derecho Convencional. En efecto, el Derecho de la Unión Europea, que es directamente aplicable desde 1973, constituye una fuente más para el derecho inglés, pues a través del mismo se introduce en él un gran número de normas escritas que han tenido que ser atendidas por los jueces nacional, cuyo resultado es la vinculación de la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, por la interpretación que hace de las cláusulas convencionales; o del *Human Rights act de 1998* que establece la obligación de respetar las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos, obligatoria desde octubre del 2000; como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo.

Esa tendencia no es exótica en nuestro ordenamiento, en la medida que hemos adherido a diferentes pactos y tratados internacionales que al ser incorporados a la legislación interna, especialmente aquellos que tienden al reconocimiento de los derechos humanos y de los niños, adquieren un tratamiento especial. Por manera que las interpretaciones de las normas convencionales elaborada por los Tribunales de Justicia sobre preceptos contenidos en dicho derecho se constituyen en fuente primaria en la adopción de decisiones en el régimen interno, cuando en ellas se construya una subregla que estructure un precedentes originario para la resolución de casos; como en efecto ha ocurrido en varias decisiones que la Corte Interamericana por violación a los derechos humanos, las cuales han sido ejemplo para modificar el sentido decisonal en el orden interno. Incluso por inobservancia de una consulta previa obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como el recientemente ocurrió en el caso entre Comcel y la Empresa de Teléfonos de Bogotá, que generó la anulación de los procesos arbitrales por violación al debido proceso.

Pero no quiere significar ello, como se pretende, que *per se* haya que privilegiarse el sistema anglosajón por la premisa de que se deben seguir los precedentes trazados por las decisiones emitidas en esa jurisdicción, so pretexto de la posición singular que se le da al Derecho Convencional en el contenido del artículo 93 superior. Desde luego que sus

decisiones no pueden ser eludidas, pero si ellas no constituyen precedente originario ya por existencia de lagunas, antinomias u omisiones legislativas; o si se quiere, por limitaciones al acceso de justicia en el régimen interno, la decisión simplemente constituye un precedente derivado, por cuanto la fuente aplicable es la norma y no el razonamiento judicial, el cual adquiere la connotación de ser persuasivo en la resolución de un caso futuro similar; lo cual inhibe el ejercicio del derecho externo, si ha habido aplicación debida de los preceptos previstos en el ordenamiento interno.

Esa concepción implica una reflexión de la dificultad que presenta el manejo del precedente en un sistema legislado. Si lo que se pretende es hacer coincidir ambas instituciones para buscar con ello una unidad decisional, crear predecibilidad de las decisiones y seguridad jurídica a fin de superar la crisis de la administración de justicia, el camino no es copiar el sistema adoptado para esa institución. Lo correcto es entender el significado y las características de ambos sistemas y de sus instituciones representativas, lo cual, con una preparación adecuada del operador jurídico, podrá no solo comprender cuando ha ocurrido la creación, modificación o anulación de una subregla jurisprudencial, y cuando el razonamiento de su aplicación se constituye en el precedente aplicable a casos futuros con identidad fáctica y jurídica. Operación que implica un ejercicio de transparencia para ubicar la fuente de derecho existente para resolver el caso y una argumentación adecuada y suficiente por parte del órgano de cierre de la jurisdicción, no solo para derrotar la anterior, sino para convencer de que la nueva es más justa y comprensiva de los fines, principios y valores constitucionales, cimiento para que sea efectivo el *stare decisis* que se quiere imponer.

Lo anterior permite afirmar que la adaptación de uno u otro sistema, e incluso la confusión de los mismos sin un razonamiento claro, expreso, adiestrado y publicitado, no puede ser el resultado de improvisaciones, por muy loables los fines que persiguen. Por más acercamiento que está ocurriendo entre los dos sistemas, no podemos negar o eludir aquellas características propias que le son inmanentes y que los hace irreconciliables; razón por más, para rechazar su utilización indistintamente, por el solo prurito de estar en la moda o en el contexto de la tendencia de otros tribunales.

Esa proclividad de dar una mayor preponderancia al precedente -por su origen judicial- frente a la jurisprudencia -por su papel auxiliar de la ley- desconoce una realidad viviente en ambos sistemas: la prevalencia del derecho legislado frente al razonamiento judicial. Por manera que, si nos atenemos a ese contexto, la función judicial, en su deber de aplicar justicia, no tiene otro camino que aplicar la consecuencia jurídica establecida en un precepto normativo, luego de encontrar demostrados los supuestos de hecho establecidos por el órgano legislativo competente, si el asunto a resolver no requiere de la adopción de una mayor reflexión, a la que se acude por la existencia de lagunas, antinomias u omisiones legislativas.

Ello implica, aún en ambos sistemas -interpretación de la norma escrita para la creación de subreglas jurisprudenciales (sistema continental)-, ora en la aplicación práctica de las mismas -cuyo razonamiento constituye precedente (sistema anglosajón)-, que la función de administrar justicia debe partir, por lo menos, de una norma nacida del principio democrático, como fuente de derecho aplicable al caso a resolver y solo en ausencia de la misma, por la necesidad de resolver, construir la norma judicial cuyo razonamiento en derecho ha de convertirse en la base de la decisión de eventos futuros similares, para efectos de estructurar una línea decisional uniforme; la que, para que adquiera eficacia jurídica, debería ser ratificada por una decisión del tribunal de cierre.

Ese y no otro es el horizonte que deja como epítome el capítulo pergeñado, si nos atenemos a las características que diferencian los sistemas estudiados, pero especialmente las dos instituciones que representan a los mismos. Pero como el ordenamiento jurídico interno, desde la Constitución de 1886, adoptó el Derecho Continental, resulta pertinente estudiar esa afiliación, incluida su vigencia en la Constitución de 1991; pero especialmente el papel observado por la Corte Constitucional, en el ejercicio de su competencia funcional, al realizar la transpolarización de las instituciones desde los modelos de referencia a nuestro ordenamiento jurídico; camino necesario para valorar los aciertos y errores y su transmisión al derecho administrativo, para otear la necesidad o no de incorporar correctivos que permitan que esa herramienta pueda superar la crisis que afecta al sistema judicial. Ese será el propósito del siguiente capítulo.

CAPITULO SEGUNDO

ADAPTACIÓN DE LOS MODELOS DE REFERENCIA

Como se afirmó, en la actividad judicial y en la cultura jurídica nacional el tema de moda es el concepto de precedente, para señalar que hay un antecedente que sirve de parámetro para decidir de fondo una determinada actuación administrativa o judicial futura. Para entender esa tendencia, resulta conveniente examinar primero cuál de los dos sistemas fue el acogido por nuestro ordenamiento jurídico; cómo fue el desarrollo del concepto de jurisprudencia desde la Constitución de 1886, a través de las figuras de *Doctrina Constitucional*, *doctrina legal* y *doctrina probable* y su inclusión en la Constitución de 1991; cómo a través del activismo judicial la Corte Constitucional logra introducir la figura del precedente judicial para imponer la doctrina constitucional (jurisprudencia), cuyo acatamiento se logra mediante un sistema fuerte de precedentes y la implementación de herramientas coercitivas con los cuales obliga al seguimiento irrestricto por parte de todos los operadores jurídicos. A partir de allí, se estudiarán los esfuerzos utilizados por parte del legislativo para incorporar el precedente en las decisiones administrativas y judiciales a través de la figura de la doctrina probable y, cómo definitivamente asciende, a través del derecho legislado, a la jurisprudencia y el precedente judicial, como mecanismos para preservar el derecho a la igualdad y crear seguridad jurídica.

1. La Jurisprudencia en la Constitución de 1886

El análisis de los modelos de referencia no incluye el período comprendido entre 1819 a 1886, por dos razones fundamentalmente: la inestabilidad normativa que existió en esa época, reflejadas en la emisión de las constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858 y 1863, todas ellas producto de factores como: el debate ideológico que se vivía entre federalismo y centralismo, las nuevas realidades que planteaba el capitalismo reinante y las democracias establecidas en Estados Unidos, Inglaterra y Francia, que propugnaban por la imposición de un paradigma político-jurídico específico en la construcción de nuestra propia estructura de Estado y las debilidades institucionales de un sistema judicial que, de la misma manera, se hallaba en su etapa de formación. Esas circunstancias repercutieron en la organización del poder judicial con el que se quería remplazar la Real Audiencia y los jueces civiles y criminales que habían sido establecidos con la dominación española. Pese a que en cada una de las constituciones citadas se mantuvo la estructura del poder judicial: Corte Suprema de Justicia, cabeza del mismo, Tribunales Superiores y juzgados, con la función de administrar justicia, la producción judicial es poco conocida y de contera, de difícil análisis para el tema que aquí ocupa.

Con ese argumento como exordio, el estudio se centra histórica y jurídicamente desde la constitución de 1886, a través de la cual se pasa de ser un Régimen Federal a una República

Unitaria. La estabilidad de este régimen y los avances que se han logrado con la emisión de la Constitución Política de 1991, permitió auscultar la función de administrar justicia, cuyo análisis se ha dividido en el tiempo de estas dos constituciones, para verificar la implementación de los modelos de referencia.

Así pues, promulgada la Constitución de 1886, surgió la necesidad, en términos de López Medina (2006; pág. 5), de tomar algunas medidas que permitieran reorganizar el país desde el punto de vista jurídico, lo cual requería crear todo un derecho nacional para el funcionamiento adecuado del Estado. Una de ellas, fue darle organización y atribuciones al Poder Judicial y al Ministerio Público, lo que se hizo a través de la ley 61 de 1886. También se requirió nacionalizar algunos códigos regionales (entre ellos el Código Civil que había sido expedido en 1873), acto que se concretó con la expedición de la ley 57 de 1887; normas estas que fueron adicionadas y reformadas por la ley 153 de 1887.

En la Constitución de 1886, la Rama Judicial conservó la misma estructura que tenía en la Constitución anterior, solo que con ésta el país se dividió en distritos, los cuales a su vez estaban conformados por juzgados. A la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del Poder Judicial, le asignó, entre otras, las siguientes funciones: juzgar a los altos funcionarios del Estado que hubieren sido acusados ante el Senado de responsabilidad por la infracción de la Constitución y las leyes y por el mal desempeño de sus funciones, incluidos los Agentes Diplomáticos y consulares; conocer los recursos de casación; decidir definitivamente sobre la exequibilidad de Actos Legislativos que hubieren sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales; decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el gobierno, o denunciadas ante los Tribunales como lesivas de derechos civiles; dirimir las competencias que se suscitaren entre dos o más Tribunales de Distrito y conocer de los negocios en que fuera parte la Nación o que constituyeran litigio entre dos o más departamentos.

Dentro de ese panorama, resulta pertinente, por la incidencia que ha de tener en la investigación, reseñar brevemente la existencia del Consejo de Estado como órgano administrador de justicia. Este aparece en las constituciones de 1821, 1830, 1832 como entidad asesora del Gobierno Nacional, y desaparece en la constitución de 1843 al ser remplazado por un Consejo de Gobierno. Surge de nuevo en la Constitución de 1886, en su doble función de preparar proyectos de ley y de códigos y como máximo juez de la administración, en el momento en que la ley estableciera esa jurisdicción. No obstante, fue suprimido en acto reformativo No. 10 de 1905. Nuevamente aparece con el Acto Legislativo No. 3 de 1910 y es reafirmada su existencia con el Acto Legislativo de 10 de septiembre de 1914, con el cual el Consejo de Estado adquiere las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y le da piso jurídico a las normas que en ese sentido se habían incorporado en el primer Código de lo Contencioso Administrativo, emitido a través de la

ley 130 de 1913 y que le habían dado la dimensión de ser el regulador del control de la actividad de la administración pública.

Ahora bien, creada la estructura orgánica de la Rama, en cuya cabeza quedó la Corte Suprema de Justicia, para el ejercicio de las facultades de administrar justicia y una mejor comprensión del tema de análisis, resulta importante el papel que jugaba la jurisprudencia en el sistema de fuentes de la época. En primer lugar, como única con capacidad para crear derecho, se hallaba la ley que, en seguimiento de la doctrina francesa, estaba por encima la jurisprudencia y la costumbre, a las que no se les reconocía la facultad de creación del derecho, como lo sostiene López Medina (2006; pág. 8). Es decir, en sus comienzos y con ocasión de la emisión de la ley 153 de 1887, la labor del juez se reducía a la aplicación mecánica de la misma, siéndole vedado hacer precisiones generales distintas a las reflexiones necesarias para la solución del caso que involucraba solamente a las partes, como se desprende del texto de los artículos 17 y 26 del Código Civil Colombiano, máxime si, para la época, al legislador se le había facultado, con autoridad, para ser el único intérprete de la ley oscura, en términos del artículo 25 *ibídem*.

Esa primacía se desprende de su propio texto. En efecto, el artículo 8º la sitúa como fuente principal y a la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho, les otorga la categoría de fuentes auxiliares. Entonces, el Código Civil, que era considerado como la obra magna de los franceses, vino a cumplir en nuestro medio el rol principal, el referente de interpretación y unificación del ordenamiento jurídico. Preeminencia que se afianza cuando la misma Constitución de 1886, en su artículo 52, dispone que los derechos civiles y garantías sociales descritos en el título III de la misma fueran incorporados en dicho Código como título preliminar, solo alterables por un acto reformativo de la misma.

No obstante, pese a ese rigorismo legal, también llegó a Colombia el criterio, ya aceptado en Europa, de la necesidad de rehabilitar el valor de la jurisprudencia, entendida como la interpretación reiterada que la Corte de Casación hacía sobre un mismo punto de derecho y que resultaba persuasiva en la actividad judicial, la cual, en la práctica, había demostrado que podía suplir de criterios para resolver casos que no estaban explícitamente regulados por la ley. Esa concepción fue asumida e incorporada en la ley 153 de 1887, en donde aparecen, como sinónimo de jurisprudencia, conceptos como *Doctrina Constitucional*, *doctrina legal* y *doctrina probable*.

La *Doctrina Constitucional*, prevista en el artículo 8º, se concebía como una regla de jurisprudencia para ilustrar e interpretar la Constitución; para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar las disposiciones legales oscuras e incongruentes o para suplir los vacíos legales frente a un caso controvertido. Ella, según la sentencia C-083 de 1995 de la Corte Constitucional, tenía el valor normativo que tienen las disposiciones

constitucionales, aplicables a situaciones específicas subsumibles en ella, aunque no estuvieran explícitamente contempladas en la ley.

La “*Doctrina Legal*”, se entendía como la interpretación que la Corte Suprema de Justicia hacía de un mismo precepto legal en tres decisiones o declaraciones uniformes para llenar vacíos, a efectos de que una cuestión específica no quedara sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso (Art. 39 de la Ley 61 de 1886). Es más, su desconocimiento o la interpretación errónea en una sentencia constituía causal de casación, según el artículo 38 de la misma ley.

Luego se cambia el nombre por el de “*doctrina legal más probable*”, tal como fue consignado en el Artículo 10 de la ley 153 de 1887, que también se estructuraba con tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación. Ley que también estableció su desconocimiento como causal de casación (Art. artículo 239 *ibídem*), pero ya no por la violación de la doctrina legal de la Corte, que era la instauración del precedente vertical; sino por la violación del auto-precedente o precedente horizontal, al ser la decisión contraria en un punto de derecho de otra decisión dictada por el mismo Tribunal o por dos Tribunales diferentes.

Posteriormente, como lo expone López Medina (2006; págs. 20 y 23), con la misma concepción, la misma característica de ser causal de casación por su desconocimiento, pero limitada a dos decisiones o declaraciones uniformes de la Corte Suprema, se vuelve al nombre anterior “*doctrina legal*” -artículo 371 de la ley 105 de 1890-. Pero incluye en ese texto legal -artículo 383- la obligación de anunciar en cada sentencia, a manera de regla de derecho explícita, la doctrina legal allí definida en “*términos claros, precisos y generales*”, lo que llevó a la Corte a pensar que la doctrina legal una vez pronunciada sería inmodificable en sede judicial y lo cual restringía prematuramente la jurisprudencia, circunstancia que ameritaba una reforma legal,

En otras palabras, la Corte criticó la redacción de ese precepto, porque los convertía en eventuales legisladores, pues una vez construida la doctrina probable, esta se constituía en fuente obligatoria para todos los jueces e incluso para ella misma –auto-precedente-, que además petrificaba la jurisprudencia. Por tal razón, dicha norma fue derogada por el artículo 87 de la ley 100 de 1892, pero como no había derogado la causal de casación por el desconocimiento de la doctrina legal, hubo que emitirse la ley 169 de 1896 en cuyo artículo 2º la redefine, indicando que una sentencia podía ser objeto de dicho recurso siempre y cuando con ella se trasgrediera la ley sustantiva, por violación directa, por efecto de una interpretación errónea de la misma o por aplicación indebida de ésta al caso del pleito, vale decir, se eliminó el desconocimiento de la doctrina legal, como motivo de casación

Superado ese obstáculo, el artículo 10 de la ley 153 de 1887 fue subrogado por el artículo 4° de la ley 169 de 1896 -hoy vigente-, con el siguiente texto:

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 nueva redacción trajo dos consecuencias: Por un lado, modificó el nombre y el número de providencias que la Corte debía emitir sobre un mismo punto de derecho para que fuera constitutiva de doctrina probable, aplicable por los jueces en casos análogos (precedente vertical); y por el otro, permitió la posibilidad de que dicha doctrina fuera cambiada por la misma Corte (auto-precedente) cuando la anterior fuere considerada errónea, salvando así la rigidez que tenía la norma anterior y de paso permitiendo que los jueces la pudieran usar como fuente formal judicial, tal como lo indicó Corte Constitucional en sentencia C-836 del 2001.

No obstante, persistió la discusión al interior de la Corte Suprema de Justicia sobre si ella quedaba sometida a sus tres decisiones. Si así ocurría, sostenía, se le estaba invistiendo al órgano de medidas legislativas, lo que impedía el progreso de la jurisprudencia pues bastaban tres decisiones para crear una nueva norma, contrariando el principio de separación de poderes, cuando en la práctica se sabía que la Corte con el tiempo variaba su jurisprudencia por el cambio de ideas y de hombres. Si no quedaba sometida a su propia jurisprudencia, de todos modos, al existir tres decisiones sobre un mismo punto de derecho, hacía que ellas se convirtieran en doctrina probable y al no ser acogida por los jueces inferiores sus decisiones quedaban sometidas a ser casadas en la Corte por violación de la ley por interpretación errónea de su sentencia.

Así las cosas, el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Antonio José Uribe, en 1903, hizo una interpretación del contenido del artículo 4° de la ley 169 de 1899 para señalar que lo que se había implementado con esa norma era un *sistema de libre jurisprudencia* en el que los jueces podían o no usar la jurisprudencia y la Corte podía variarla. En otras palabras, que la jurisprudencia era *meramente indicativa y no vinculante*, con lo cual mantuvo a la cultura jurídica colombiana más cercana a las técnicas e ideas del derecho francés que estaba imperando y que servía de orientación al nuestro, según lo expresado por López Medina (2006; pág. 24).

Históricamente así evolucionó la normatividad relacionada con la función de la jurisprudencia en la administración de justicia con la emisión de la Constitución de 1886, y si bien ella estaba supeditada a la primacía legal, con apego al enfoque positivista francés, no puede desconocerse que, en la actividad judicial, comenzó a adquirir la importancia que se

merece, en razón a la función unificadora de la interpretación normativa que le atribuyó el artículo 1º de la ley 169 de 1896, y a la posibilidad de casar una sentencia en la que se hiciera una interpretación errónea o una aplicación indebida de la norma que regulara un caso, valoración que tenía sustento en la necesidad de solidificar las normas que estructuraban el nuevo Estado y el cambio del régimen con una nueva Constitución.

Desafortunadamente esa visión valorativa de una jurisprudencia unificada, que buscaba la solidez de la estructura normativa del Estado con base en una nueva Constitución, perdió su eficacia, toda vez que el pronunciamiento reiterado sobre un mismo punto de derecho, que constituía jurisprudencia en concepción de ser “doctrina probable”, se convirtió, en la práctica judicial, en un eventual precedente con criterio simplemente indicativo, ilustrativo para casos dudosos y análogos, actitud que ubica el régimen nuestro en el sistema continental que reconoce a la ley en sentido material como la principal fuente de derecho, y a la jurisprudencia, los principios de derecho y la doctrina constitucional como criterios auxiliares, cuya dogmática fue recogida en el artículo 230 superior.

Y aunque se ubica a Colombia dentro de los ordenamientos filiales al sistema francés, no puede desconocerse la afirmación de Santofimio Gamboa (1996; págs 324 y 325) quien considera que España ejerció gran influencia en el derecho colombiano, a través de las Reales Audiencias a las que considera el verdadero antecedente de la justicia administrativa en América Latina, en la medida que ellas ejercieron el control de la actividad de la administración a través de la jurisdicción ordinaria, la cual, a su vez, seguía el desarrollo del sistema continental francés postrevolucionario que consideraba que la jurisprudencia servía de orientación, ayudaba y apoyaba a la decisión del juez, sin que se convirtiera en el fundamento principal o exclusivo para justificar su decisión, por cuanto tenía la obligación de basarse esencialmente en la ley; pero con la diferencia que acá se concibió como un órgano independiente de la jurisdicción ordinaria y de la misma administración.

Conocida la evolución de la jurisprudencia en el contexto de la Constitución de 1886, aunque de manera sucinta, se procede ahora al análisis de la misma a la luz de la Constitución de 1991.

2. La Jurisprudencia en la Constitución de 1991

Como preámbulo de este acápite, resulta pertinente aclarar que la Constitución de 1886 no incorporó en su texto el instituto de la jurisprudencia, sino que él fue introducido en el ordenamiento jurídico a través de la ley 153 de 1887 bajo los conceptos de *Doctrina Constitucional*, *doctrina legal* y *doctrina probable*, como quedó consignado en el punto anterior. En tanto que, en el artículo 230 la Constitución de 1991, esa figura fue considerada como meramente auxiliar en la actividad judicial. No obstante, el concepto de *doctrina probable*, que era la regla hermenéutica fijada por el ordenamiento jurídico anterior, no

desapareció, en la medida que el artículo 4º de la ley 169 de 1896 sigue vigente por virtud de haber sido encontrado ajustado a la nueva Constitución, en términos de la sentencia C-836 del 2001 de la Corte Constitucional.

Al asignársele a la jurisprudencia un papel secundario en la clasificación de las fuentes de derecho en la Constitución de 1991, en términos de López Medina (2006; pág. 29), esa ubicación hacía pensar que la jurisprudencia conservaba la misma dimensión que se le había dado a la *doctrina probable*, vale decir, que seguía siendo meramente indicativa y persuasiva para la actividad judicial, por el papel secundario que le fue otorgado en el artículo 230 superior y la obligación de los jueces de solo estar sometidos al imperio de la ley, como fuente principal. No obstante, luego de constantes luchas internas entre reformistas y tradicionalistas que existían al interior de la Corte Constitucional, ese criterio fue modificado con el propósito de unificar la interpretación de la nueva Constitución y para lograr ese objetivo comenzaron por construir su propia *doctrina constitucional*, entendida ésta como el conjunto de decisiones producto del ejercicio de la función de control abstracto frente a las disposiciones constitucionales y, por qué no decirlo, del control concreto cuando a través de él, se definía el contenido y alcance de los derechos humanos, cuyo lineamiento se convertía en pauta que unificaba y orientaba la interpretación de la Constitución.

Acordada la necesidad de unificar la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional, su posterior tarea fue vincularla al ámbito judicial, administrativo y particular, especialmente en el campo de la protección de los derechos fundamentales. El camino asumido para imponer su *doctrina constitucional* fue continua y persistente, tal como se refleja en sentencias como la T-006 de 1992, que indica la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre derechos fundamentales; la T-018 de 1993, que señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, y generar un mínimo de certeza jurídica; las T-292, T-289, T-306, todas de 1993, en donde ratifica esa posición y se refiere a *doctrina constitucional* como el argumento que debe ser seguido por funcionarios y particulares; o en la T-406 de 1993, en donde resalta el innegable valor pedagógico, inclusive “normativo-general” de la jurisprudencia en el panorama jurídico nacional.

Una de las decisiones relevantes en esa dirección fue Sentencia C-104 de 1993, en la que la Corte Constitucional ejerció el control abstracto del artículo 21 del Decreto 2304 de 1989 a través del cual el gobierno nacional había regulado el trámite del recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resultaba procedente cuando los autos interlocutorios o las sentencias proferidos por las secciones, sin la aprobación de la Sala Plena, acogieran una doctrina contraria a la asumida por ella. La demanda se sustentó en que dicho precepto iba en contravía del artículo 230 superior que calificaba a la jurisprudencia como criterio auxiliar, razón por la cual, la emitida por la Sala Plena del

Consejo de Estado no podía considerarse como obligatoria para las secciones y, el recurso de súplica como su herramienta coercitiva, porque el mandato superior indicaba que el juez solo estaba sometido al imperio de la ley en la actividad judicial. Aceptar esa argumentación implicaba hacer dejación del propósito de imponer su doctrina constitucional, en la medida que ese tipo de recursos estaba instituido precisamente para unificar la jurisprudencia. Con ese propósito, no solamente desechó las pretensiones de la demanda, sino que ratificó la necesidad de la existencia de una jurisprudencia unificada y coherente en cabeza suya, con el siguiente razonamiento:

(i) Que se debía establecer un ordenamiento jurídico único y jerárquico, en cuya cúspide se hallaba la Constitución, como norma de normas (art. 4º superior). Si una norma inferior desconocía su supremacía debía desaparecer del mundo jurídico mediante el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, nulidad o su inaplicación. Pero si realizado el control de legalidad se concluía que había sido expedida de manera regular y materialmente conforme a los contenidos axiológicos de la Constitución, dicha norma vincula al juez de manera definitiva, sin que se pudiera esgrimir argumento alguno para su no aplicación.

(ii) Que resultaba necesario unificar la jurisprudencia como mecanismo para lograr la unidad del ordenamiento jurídico, en la medida en que los conjuntos de providencias judiciales contribuían a que casos iguales se resolvieran de manera uniforme. Al no unificarla, podría ocurrir que cada juez, en sus sentencias, al momento de interpretar la ley, le dé un sentido diferente a una misma norma, con lo cual se podría generar caos, inestabilidad e inseguridad jurídica, al punto que las personas, en un momento dado, no podrían saber cuál es el derecho que rige en el país.

Y en cuanto a la unificación de la jurisprudencia constitucional precisa que una vez ella haya sido emitida por la Corte Constitucional, en virtud del principio de cosa juzgada, y mientras no fuera modificada por el mismo órgano, ella se convertía en “*criterio auxiliar obligatorio*” para las autoridades; porque, además, cuando ella fijaba y determinaba el alcance de los preceptos de la Carta, su interpretación hacía parte de la misma Constitución y estructura el concepto de “imperio de la ley”, al que están sujetos los jueces, según lo dispuesto por el artículo 230 superior.

(iii) Que el fin de la unificación de la jurisprudencia era garantizar los siguientes objetivos: (1) asegurar la efectividad de los derechos y colaborar con la realización de la justicia material; (2) procurar exactitud; (3) conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de buena fe de los jueces; (4) unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad; (5) permitir la estabilidad; (6) otorgar seguridad jurídica materialmente justa y (7) llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

Posteriormente en la Sentencia C-113 de 1993, en la que se discutió el contenido del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, con el cual el ejecutivo quiso limitar los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, ella ratificó la supremacía de su jurisprudencia sobre la de los demás jueces; preeminencia que surgía de la facultad prevista en el artículo 241 superior, que la constituyó como guardián de la Constitución, lo que le otorgaba las características de ser “*inmutable, vinculante y definitiva*”, incluso para ella misma, en la medida que no podía volver a decidir sobre lo resuelto, y porque al emanar del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, las sentencias hacían tránsito a cosa juzgada constitucional, con efecto *erga omnes* y, por ende, de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares, por mandato del artículo 243 superior; por lo que solo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, podía, en la propia sentencia, señalar los efectos de esta. Concepción que repitió en la Sentencia C-131 de 1993, en la que, además, conminó al legislador a no reproducir el contenido material de una norma declarada inexequible.

En la última sentencia citada, la Corte Constitucional para sustentar la doctrina de la cosa juzgada, partió por precisar qué parte de la providencia adquiría esa categoría, para lo cual distinguió entre cosa juzgada *explícita e implícita*. De la primera dijo: goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución; y tiene connotación de cosa juzgada implícita aquellos conceptos incluidos en la parte motiva que guardan una unidad de sentido con la dispositiva de la sentencia, de tal forma que no se puede entender ésta sin la alusión a aquellos; conceptos que, en principio, tienen el valor que la constitución les asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar –no obligatorio–, pero si ellos tienen un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y en esas condiciones deben ser observados por las autoridades.

Luego, con motivo de una demanda contra el artículo 8º de la ley 153 de 1887, en relación con la aplicación supletoria de la analogía y la doctrina constitucional en ausencia de ley aplicable al caso controvertido, la Corte Constitucional, en sentencia C-083 de 1995, al reflexionar sobre la obligación que tiene el juez de administrar justicia (Art.48 *ibídem*), advirtió que en el evento de no existir ley exactamente aplicable al caso y no encontrar otra que regule casos o materias semejantes, el juez, para fundamentar sus fallos, debía acudir a la doctrina constitucional, entendida ella como la interpretación de las normas legales con respeto a las disposiciones constitucionales; tanto más, si el sentido, alcance y pertinencia de las mismas ya ha sido fijado por el intérprete autorizado de la Constitución. La razón de esa posición radicó en que como la Constitución es derecho legislado, quien aplica la Constitución aplica la ley en su expresión más primigenia y genuina, luego la exigencia de aplicar la doctrina constitucional al caso controvertido resulta razonable en guarda de la seguridad jurídica

En esa misma sentencia, la Corte distinguió la doctrina constitucional de la jurisprudencia. En cuanto a la primera –prevista en el artículo 8° de la ley 153 de 1887- dijo que ella hacía referencia a las normas constitucionales, como modalidad de derecho legislado, que servía como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no estaba previsto en la ley, pero que podía ser aplicada a situaciones específicas subsumibles en ella y que no estaban explícitamente contempladas en la ley. A ésta doctrina la denominó integradora y, por ende, vinculante para el operador jurídico, y frente a la jurisprudencia, que denominó doctrina constitucional interpretativa, prevista en los artículos 4° y 5° de la misma ley, manifestó que ella servía para interpretar las leyes, fijar el pensamiento del legislador, aclarar o armonizar las disposiciones oscuras o incongruentes, lo cual implicaba que era simplemente persuasiva u optativa para ilustrar el criterio de los jueces en casos dudosos; razón por la cual ella no era vinculante, y a la luz del artículo 230, resulta ser solo criterio auxiliar de la actividad judicial.

Esa distinción, no tuvo plena acogida y por cuanto ella fue posteriormente modificada, resulta importante destacar el salvamento de voto consignado por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz quien expresó que no podía limitarse la fuerza obligatoria de la doctrina constitucional solo a aquellos casos en que no existiera derecho aplicable, porque la jurisprudencia, por su integración con la norma superior, resultaba ser fuente de derecho, de donde surgía la connotación de ser norma constitucional, con carácter normativo de conformidad con el artículo 4° superior y por cuanto las sentencias en las que ella se consignaba hacían tránsito a cosa juzgada que vinculaba a todas las autoridades. En ese orden de ideas, el aplicador del derecho estaría obligado a acudir a las normas constitucionales y a su elaboración doctrinaria para resolver el caso controvertido. Dentro de ese entorno, dicha doctrina resulta obligatoria aun cuando existiera ley aplicable al caso, evento en el cual debía interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización concreta. Razón por la cual, la diferencia entre doctrina constitucional integradora e interpretativa resultaba artificiosa, en virtud a que las decisiones de la Corte Constitucional, como intérprete de la Constitución, poseía máxima fuerza normativa.

Ese salvamento se convirtió en subregla jurisprudencial en la sentencia T-123 de 1995 con ponencia del Dr. Cifuentes Muñoz, en la cual la Corte introdujo importantes transformaciones al contenido de la sentencia C-083 de 1995, entre las cuales, la de sostener categóricamente que solo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, sin introducir las cualificaciones y distinciones que de ella se predicaba en ésta providencia, en razón a que las sentencias de la Corte son parte de la Constitución sin matización alguna.

Ese criterio vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional es ratificado en la sentencia C-037 de 1996 al examinar el artículo 48 del proyecto de ley estatutaria de la Administración de Justicia (hoy ley 270 de 1996), en la que se contemplaba la siguiente frase

“...Solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general...”. En dicha providencia el citado órgano jurisdiccional reitera que en virtud de la misión de la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución (art.241) es a ella a quien le competía interpretar con autoridad y definir los alcances de los preceptos contenidos en la ley fundamental, y no al congreso de la República, como lo pretendía el proyecto citado, razón por la cual se declaró la exequibilidad, salvo las excepciones de las expresiones “solo” y “el Congreso de la República”. En consecuencia, y con base en el contenido de esa jurisprudencia, las decisiones de la Corte Constitucional, en ejercicio de la función de control constitucional, adquirieron las siguientes características: tienen efecto erga omnes y no interpartes; resultan obligatorias para todos los casos futuros y no solo para el caso concreto; y hacen tránsito a cosa juzgada material, razón por la cual, todos los operadores jurídicos quedan obligados a sus efectos.

Se podría concluir que, hasta este momento, no existía controversia sobre la existencia de una “*doctrina constitucional*” emanada de la Corte Constitucional construida a través de sus decisiones y, más concretamente, de las surgidas del control abstracto de constitucional, que tenía un carácter de obligatoria para todos los operadores jurídicos, en cuanto su jurisprudencia hacía parte del texto constitucional, una vez interpretado por ella. Es posición vinculante era el reflejo de lo expresado en la sentencia C-113 de 1993, al señalar como síntesis: “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”, como lo recuerda López Medina (2006; pág. 36). No obstante, surgió la controversia en el sentido de si existía o no igual fuerza vinculante con respecto a los fallos emitidos por la misma corporación en ejercicio del control concreto (acción de tutela), de los derechos fundamentales catalogados en la constitución de 1991 como eje vertebral y núcleo esencial de la Constitución.

En este punto, surgieron discrepancias entre la corriente tradicionalista de la Corte que le daba a los fallos de tutela solo efectos inter partes; mientras que los reformistas querían que se extendiera el carácter obligatorio a todas las autoridades, es decir, que hicieran parte de lo que querían fuera un sistema fuerte de precedentes. El valor de las sentencias de tutela, según López Medina (2006; pág. 59), fue el tema central de discusión de los poderes públicos. En efecto, la intervención del legislativo y ejecutivo se hizo a través leyes y decretos, cuyo control por parte de la Corte arreció el debate y determinó que se unificaran los criterios en su interior, en defensa de su función interpretadora de la Constitución.

Independientemente que se aceptaba que la decisión de las sentencias de tutela resultaba vinculante para las partes involucradas, la discusión se centró en los efectos que podría tener la *ratio iuris* de las mismas, a las que solo se les reconocía un criterio auxiliar. Frente al tema, en la sentencia C-123 de 1995, la Corte Constitucional había expresado que las sentencias judiciales en las que se decidían acciones de tutela solo tenían efectos interpartes; sin embargo precisó, que la doctrina constitucional establecida por la Corte, con

ocasión de la revisión de los fallos de tutela en la que definía el contenido y alcance de los derechos constitucionales, trascendía las situaciones concretas que le servían de base y se convertían en pauta que unificaba y orientaba la interpretación de la Constitución.

Y en otro aparte de la misma sentencia agregó que la doctrina constitucional utilizada para llegar a ese resultado tenía una fuerza gravitacional que atraía a todos los demás casos que se plantearan ante los jueces y que fueran similares al ya decidido por la Corte. Eventos en los que el juez tenía la obligación de seguir ese “precedente”, pero que si quería desconocerlo, debía justificar suficiente y adecuadamente el tratamiento diferencial o distintivo que pretendía hacer. Si no lo hacía, es decir, si no anunciaba las razones de su inaplicación, el juez estaba violando con ello el artículo 13 de la Constitución que garantiza “*trato igual a situaciones iguales*”.

El compendio de decisiones referidas da cuenta cómo de manera coherente, constante y persistente la Corte Constitucional creaba una línea de pensamiento –jurisprudencia- con la cual iba construyendo unas reglas de interpretación de la Constitución. El problema era cómo imprimirle a las mismas un carácter vinculante para que fueran observadas con carácter obligatorio por todos los operadores jurídicos, única manera para unificar el sistema; si su propósito no encajaba con el criterio netamente auxiliar que le daba a la jurisprudencia el artículo 230 superior.

El primer paso para superar ese obstáculo, fue el de elevar la valoración de jurisprudencia al integrarla al texto escrito, con lo cual se materializa la expresión “imperio de la ley” prevista en la norma superior y le servía de contexto dentro del modelo continental al que se había adscrito. Pero ese mecanismo no era suficiente para obligar a los operadores jurídicos a obedecer sus reglas jurisprudenciales. Para hacerlo, tuvo que importar del modelo anglosajón la figura del precedente, en el entendido que la regla decisional –jurisprudencia- implementada para resolver un evento debía ser seguida y aplicada de la misma manera en casos con similitud fáctica y jurídica, para hacer efectivo el principio de igualdad.

La cuestión que surge es saber cómo hizo la Corte Constitucional para implementar en un derecho de estirpe continental, con privilegio de la ley, el precedente del modelo anglosajón, de características consuetudinarias y con preponderancia de la decisión judicial y cuál el camino para imponerlo en el ordenamiento jurídico colombiano.

3. Implementación del Precedente en el Derecho Colombiano.

En el camino de construir su doctrina constitucional a través de reglas jurisprudenciales constantes y uniformes que fueran garantía para todos, generara previsibilidad en las decisiones y certeza en que los operadores jurídicos llegaran a interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de la misma manera, la Corte Constitucional encontró

varios obstáculos que se compendian así: (i) la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado eran tribunales de cierre de la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo y, por ende, en principio sus decisiones inmutables; (ii) en cumplimiento de la actividad judicial, al tenor del artículo 228 superior, sus providencias eran independientes, circunstancia en la que se concretaba el principio de autonomía judicial y (iii) al tenor del artículo 230 superior, ellos solo estaban sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia solo era criterio auxiliar para la actividad judicial.

Con ese panorama, ¿qué hizo la Corte Constitucional para buscar la unificación de la jurisprudencia? O mejor, para superar los obstáculos que se circunscribían a la autonomía judicial y al solo reconocimiento de la ley como fuente principal de derecho, relegando a la jurisprudencia al papel secundaria de la actividad judicial. Lo primero que realizó, fue armonizar varios principios: el acceso a la administración de justicia, la igualdad, la independencia judicial, la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima, todos ellos vinculados a la labor de interpretación del texto normativo inmanente a la actividad judicial.

Para lograr ese objetivo, le dio preponderancia a la función interpretativa, sobre la que consideró que debía ser razonable, admisible y mostrar cierto grado de corrección, verificable con los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Es decir, que la interpretación debía conducir a que la decisión no resultara ser caprichosa, que se infería cuando se observaba que la conclusión a la que llegaba el juez no era lógicamente compatible con el contenido de la norma aplicada; o arbitraria, cuya cualificación surgía del desconocimiento por parte del juez de las normas que rigen el conflicto, lo que conducía al desborde de la actividad interpretativa (C-836 del 2001).

La armonización de esos principios fue razonada así: el principio de acceso a la administración de justicia (Art. 229 de la Constitución) se materializaba cuando el usuario tenía todas las oportunidades para ingresar a los estrados judiciales. El principio de igualdad (Artículo 13 ibídem) abarcaba dos hipótesis: *igualdad en la ley*, que está dirigida a impedir que el Legislador o el Ejecutivo, en ejercicio de su poder reglamentario, concediera un tratamiento jurídico distinto a situaciones de hecho iguales sin que existiera para ello una justificación objetiva y razonable (T-256 de 1993), e *igualdad en la aplicación de la ley* por parte de las autoridades, incluidas las judiciales, que comprendía igualdad en protección y trato, actividad que implicaba aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encontraran en la misma situación; es decir, el deber de no otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hecho iguales, sin que existiera una justificación razonable para el cambio de criterio, porque de no justificarse, la modificación sería arbitraria (T-123 de 1995).

En la misma providencia la Corte Constitucional sostiene que estas dos hipótesis operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan

la ley y como consecuencia inseparable de ella, atribuyen efectos jurídicos a las personas involucradas en el litigio. Es decir, en la actividad judicial coexiste la actividad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas e igualdad de interpretación en la aplicación de la ley. En ese orden de ideas, los jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas; así como la de respetar sus propios actos. Vale decir, adquieren el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera y casos diferentes de modo distinto. Lo que constituye la incorporación del precedente en la actividad judicial.

Nótese cómo la Corte Constitucional, empieza a fusionar los conceptos de jurisprudencia y precedente, con el propósito de crear disciplina en la actividad judicial. Proceso que, reitero, comenzó con la sentencia C-104 de 1993, en la que, por primera vez, habló de jurisprudencia para sustentar la obligatoriedad de la misma para todos los operadores jurídicos, y en donde categóricamente sostuvo la validez y la obligatoriedad del *precedente*, en el sentido que las decisiones que ella tomaba resultaban vinculantes, por cuanto tenían efectos *erga omnes* y por ende vinculantes, dependiendo la modulación que en ella misma se expresare; y por cuanto hacían tránsito a cosa juzgada con el propósito de respetar la seguridad jurídica, lo que las hacía imperativas para todos los operadores jurídicos.

Luego, en la sentencia T- 123 de 1995, para implementar la figura del precedente judicial, la Corte Constitucional, comienza por señalar que el principio de igualdad se vulnera si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable, y para explicar su aserto, en la misma sentencia se pregunta si un juez viola el principio de igualdad si se aparta de la jurisprudencia vigente establecida por los órganos jurisdiccionales de superior rango (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura) y la respuesta que da es que en materia judicial el principio de igualdad no es absoluto, lo que no quiere decir que pierda vigencia, en cuanto que la Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley.

Esta perspectiva de vinculación del precedente a las decisiones judiciales posteriores parecía que chocaba con el principio de autonomía judicial que se le había concedido a la Rama Judicial (art. 228 C.P.). No obstante, en la misma sentencia, fue despejada esa duda cuando indicó que, en un caso concreto, el juez está normativamente vinculado a dos principios: igualdad e independencia judicial, que concilió así: el juez, vinculado tan solo al imperio de la ley, es enteramente libre e independiente de obrar conforme a su criterio. Esa autonomía se finca en dos razones: (i) ser parte de la estructura del Estado, con funciones separadas, pero con colaboración armónica para la realización de sus fines (Art.113 C.P.); (ii) tener la función de administrar justicia, cuyo servicio es una función pública. Dentro de esta labor, de manera autónoma, ella tiene la potestad de interpretar y aplicar la ley, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas,

especialmente aquellas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. Esa obligación es ejecutada con observancia del concepto de imperio de la ley, que debe entenderse como derecho, en la medida que él está integrado por el texto mismo y su correspondiente interpretación para su aplicación a un caso concreto, a la que se le denomina jurisprudencia.

Esa línea argumentativa fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia C-447 de 1997, en la que indicó que incluso la Corte tenía el deber de ser consistente en sus propias decisiones previas, por elementales consideraciones de seguridad jurídica, en la medida que las decisiones de los jueces, además de ser razonablemente previsibles, debían también propender por el principio de igualdad, puesto que no era justo que casos iguales fueran resueltos de manera distinta por un mismo juez. No obstante, la disyuntiva surgía cuando el juez se encontraba frente a una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función era unificar en su campo, la jurisprudencia nacional. En ese caso, sostuvo la Corte que, en armonía con la autonomía judicial, el juez que considerara que autónomamente debía apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, podía hacerlo, pero siempre y cuando justificara de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad. No obstante, advierte que para que ese cambio se dé no basta indicar que la interpretación actual sea un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. La previsibilidad de las decisiones, esto es, el respeto del precedente hace que los operadores jurídicos confíen en que el juez responderá de la misma manera y que sus conductas se pueden ajustar a tal proceder.

Para cimentar la armonía de esos dos principios, la Corte, en sentencia C-037 de 1996, expresó que el principio de igualdad también se concreta con la argumentación de las decisiones judiciales; es decir, con la *ratio decidendi* en donde se radica el carácter vinculante general de las mismas. Por esa razón, ella no puede ser el producto de criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino de principios generales, o reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Por lo cual, el juez debe hacer justicia en el caso concreto, pero de conformidad con el derecho vigente, para lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

Ahora bien, en lo que respecta a la seguridad jurídica, relacionada con el principio de la buena fe (Art. 83 C.P.), a partir de la confianza legítima, que igualmente constituye una garantía constitucional para el usuario de justicia, la Corte Constitucional expresa (C-836 del 2001) que dichos principios parten del respeto que debe tenerse al acto propio (auto precedente), que implica que casos iguales van a ser decididos por los jueces de la misma forma. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material

de los derechos y obligaciones de las personas y la única forma en que ella se adquiere es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado el ordenamiento de manera estable y consistente. Evidencia que hace posible actuar a las personas conforme a la práctica judicial, porque infieren que su proceder es un comportamiento protegido por la ley. En tanto que la falta de seguridad de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Por esa misma razón, al juez no le es posible interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ya que ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al ejercerlas se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

Como corolario de lo hasta acá expuesto, puede afirmarse que la Corte Constitucional, en su misión de imponer su doctrina constitucional, integró las dos figuras que, repito, son diferentes en su concepción filosófica, pero similares en la finalidad de administrar justicia, y lo hace bajo la figura del “*precedente jurisprudencial*”, que explico así: por un lado, creó una línea de razonamiento normativo que, en términos del derecho continental, no es más que su línea jurisprudencial derivada de la interpretación de la norma legal a la luz de la visión del constituyente plasmada en la Constitución de 1991, la cual ha sido uniforme y constante; por el otro, incorpora la figura del precedente anglosajón, al que consideró esencial en un Estado Social de Derecho (SU-995 de 1995), con el propósito de obligar a los operadores jurídicos a decidir de manera igual frente a situaciones similares

En otras palabras, dicha expresión no indica que los términos de jurisprudencia y precedente en ese contexto se asimilen, no, así tengan un objetivo común: la resolución de casos en la actividad judicial, no por ello pierden las características que son inmanentes a cada uno y que resultan, como se explicó en el capítulo primero, diferentes incluso en la misma aplicación. De ahí que la misma Corte haya hecho la diferencia teórica de las dos figuras en los términos expuestos en el párrafo anterior, que desafortunadamente no ha trascendido en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en donde se acaban de implementar, y en cuyo ejercicio los jueces deben diferenciar que una cosa es la jurisprudencia que emite el tribunal de cierre y otra cosa es que el proceso en el que ella se implementó se constituya en el precedente a seguir para la resolución de casos con identidad fáctica y jurídica.

3.1 Mecanismos utilizados por la Corte Constitucional para imponer el precedente judicial.

Para solidificar el concepto del precedente judicial, La Corte Constitucional no solo le puso límite a la autonomía judicial a través de dos fronteras definidas: (i) el respeto al precedente jurisprudencial y (ii) la observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la decisión judicial (T-1130 de 2003); sino que estructuró ciertos

mecanismos para hacerla efectiva, para obligar a los operadores jurídicos a seguirla estrictamente, como se explica enseguida.

3.1.1 *Revisión de los fallos de tutela.*

Ese derecho lo sustentó en la facultad prevista en el artículo 86 de la Constitución que le permite a la Corte Constitucional ejercer la revisión de los fallos de tutela de manera eventual, luego de haberse surtido el trámite en primera y segunda instancia de la mencionada acción. Un ejemplo de ello fue la sentencia T-175 de 1997, a través de la cual se revisaron y decidieron 253 tutelas acumuladas, en las que funcionarios del sector justicia se quejaron de ser sujetos de un trato discriminatorio en materia laboral. La Corte encontró que la tutela controlante, es decir, aquella en la que había fijado la regla para solucionar casos análogos, era la sentencia de tutela T-418 de 1996, la cual no había sido seguida por los jueces en la resolución de los casos acumulados, teniendo el deber de hacerlo. Con fundamento en la doctrina constitucional, que se viene analizando, al no haber existido una justificación suficiente y adecuada de las razones del diferente trato, decidió revocar 244 de ellas, por ser violatorias del precedente.

3.1.2 *Delito de prevaricato.*

La Corte Constitucional, en sentencia C-335 de 2008, calificó el desconocimiento del precedente como prevaricato, en tanto el operador jurídico no justificara de manera razonada y adecuada el cambio del mismo, al decir, que todos los servidores públicos, incluidos los jueces y los particulares que ejercieran funciones públicas, podían incurrir en prevaricato por acción al emitir providencia, resolución, dictamen, o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general, por cuanto la interpretación (doctrina constitucional) está incluida en el concepto general de imperio de la ley y, por ende, constituía fuente de derecho, el cual debía ser tenido en cuenta al resolver un caso concreto. Con base en esa concepción, ya la Corte Suprema de Justicia ha condenado a jueces por ese delito, como se puede observar en la sentencia del 10 de abril de 2013.

3.1.3 *Tutela contra decisiones judiciales.*

Aunque inicialmente la Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1992, había indicado que no procedía la tutela contra decisiones judiciales, porque ello quebrantaría la autonomía funcional de los jueces, rompería la estructura descentralizada de las distintas jurisdicciones y lesionaría en forma grave el principio de cosa juzgada; posteriormente en otras sentencias, entre ellas en la C-590 del 2005, cambió su razonamiento al expresar que en supuestos excepcionales la acción de tutela procedería contra aquellas decisiones que vulneraren o amenazaren derechos fundamentales. Y para materializar esa vía, estableció ciertos requisitos generales de procedencia que se sintetizan así: (i) Que la cuestión que se discuta resulte de

evidente relevancia constitucional; (ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable; (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, frente a la que debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

Pero además, en abundantes fallos señaló que no basta con el cumplimiento de dichos requisitos para que proceda la tutela contra sentencias judiciales, sino que se debe cumplir con la demostración de otros, que antes llamó vía de hecho y que hoy se conocen como “*causales genéricas de procedibilidad de la acción*” (sentencia C-590 del 2005), que ha denominado como: a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; e) Error inducido; f) Decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente y h) Violación directa de la constitución. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

Estas decisiones las ha tomado la Corte Constitucional teniendo como base no solo el artículo 86 de la Carta, sino también los artículos 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporados a la Constitución por vía del artículo 93 de la Carta. Dichas normas establecen la obligación de los Estados partes de implementar un recurso sencillo, efectivo y breve de protección efectiva de los derechos fundamentales contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas que pudiera vulnerarlos.

Con esa línea de pensamiento se llega a la sentencia C-836 del 2001 que le da un giro trascendental al concepto de jurisprudencia y al establecimiento definitivo del precedente judicial en la actividad judicial. En efecto, como lo afirma López Medina (2006; pàg.73) es de suma importancia por tres razones: (i) porque le permitió a la Corte posicionarse frente a la doctrina del precedente; (ii) porque le permitió pronunciarse sobre la antigua norma que tradicionalmente había controlado el sistema de jurisprudencia imperante en el país y (iii) porque reabrió el tema de la vinculatoriedad, ya no del precedente de la jurisdicción constitucional, sino del precedente de la jurisdicción común. El razonamiento surgió de una demanda instaurada contra del artículo 4° de la ley 169 de 1896; cuyos cargos se suscribieron a que, el citado precepto, contenía dos normas: la potestad para que los distintos jueces se pudieran apartar de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la facultad para que éste órgano variara la jurisprudencia cuando la considerara errónea.

Como el contenido de los cargos tenía relación con la posición que venía adoptando la Corte Constitucional frente a la unificación de la jurisprudencia y el respeto por sus propios precedentes, ello hacía prever que dicha disposición iba a ser declarada inconstitucional al confrontarla con el contenido del artículo 230 de la Constitución de 1991 que solo le daba a la jurisprudencia el valor de criterio auxiliar. Pero ello no ocurrió así, paradójicamente en dicha providencia la Corte reconoció que la *doctrina probable* -establecida por el artículo 10 de la ley 153 de 1887 y modificada por leyes posteriores e instituida definitivamente con el artículo demandado-, había sido consagrada como fuente de derecho, con el fin de unificar la jurisprudencia como se había consignado en el artículo 1º de la misma ley, y para flexibilizar la obligación de los jueces de seguirla el legislador había modificado el contenido de la causal de casación (art. 2º), en el sentido que no era invocable por el desconocimiento de la doctrina probable. Con fundamento en ello y la reiteración de los principios analizados antes y con los cuales se afianzó la institucionalización del precedente, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la citada disposición, bajo el entendido 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, estaban obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justificaran su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de dicha sentencia.

En esta sentencia, repito, la Corte Constitucional generó cambios trascendentales en el sistema de fuentes en el derecho colombiano. Por un lado, reafirmó el valor normativo de la jurisprudencia como fuente principal de derecho, con vinculación para todos los operadores jurídicos. Esa actitud era entendible, en la medida que de manera persistente, sobre el nuevo concepto de "imperio del derecho" y no del texto legal, venía construyendo su propia jurisprudencia, entendida como las reglas de interpretación normativa a la luz de la Constitución de 1991, con la cual buscaba que el ordenamiento jurídico fuera uniforme, coherente y útil, para que a través de esa unificación los encargados de tomar decisiones con efectos jurídicos materializaran el principio de igualdad de trato y se construyera seguridad jurídica y confianza legítima. Y por el otro, estableció la obligación de seguir el precedente judicial para hacer efectiva la jurisprudencia, especialmente la surgida de su seno. Y la indicación de que los emanados de las otras altas cortes tuvieran una vinculación relativa pero sin poder ser desconocidos, pudiéndose separarse de los mismos siempre y cuando se cumpliera con estas dos condiciones: una carga de *transparencia*, que consiste en indicar de manera clara de qué precedente se estaba separando y qué elementos de éste estaba cambiando; y uno de *argumentación*, que implicaba la consignación de los fundamentos jurídicos que motivaban su posición, vale decir, demostrar razonablemente que su decisión cumplía con las condiciones de los numerales 14 a 24 establecidos en la sentencia, lo que significaba que no cualquier razón resultaba suficiente para justificar la separación del precedente.

Por otro lado, le da entrada formal al precedente judicial con carácter vinculante, al decir, un precedente es formalmente obligatorio cuando él surge de las altas cortes, por varias razones: por el carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola con la realidad social que pretende regular; por el plus que él adquiere al surgir del órgano que constitucionalmente ha sido encargado para establecerlo a fin de unificar la jurisprudencia; por el deber que tienen los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades; y por el deber de atender el principio de la buena fe, entendida como confianza legítima, conducta que también incluye a las autoridades. No obstante, advierte que esa obligatoriedad resulta ser relativa, en la medida que, por la autonomía judicial, pueden separarse de él cuando justifique su apartamiento de manera adecuada y justificada, lo que implica una carga argumentativa mayor que de no ocurrir, la decisión podrá ser revocada por el superior, lo que indica que no puede ser desconocido arbitrariamente.

No obstante la transpolarización de la figura del precedente del derecho Inglés a un derecho con raigambre continental como el nuestro, para afianzarlo, la sentencia que se comenta (C-836 del 2001), plantea las fórmulas que allí se aplican: la inaplicación del precedente anterior a través de la figura del *distinguish*, cuando los dos casos carecen de identidad fáctica o jurídica; o el cambio del mismo (*overruling*), que ocurre cuando se considera que la *ratio decidendi* no resulta adecuada o no justificable por los cambios que han ocurrido en el entorno jurídico. Incluso expresa que los jueces pueden sugerir *cambios prospectivos*, esto es, advertir en sentencias cuidadosamente argumentadas las variaciones fundamentales de las situaciones sociales, políticas y económicas, para que sean tomados por la Corte, y si ocurre en ella, para que, en lo sucesivo, se de aplicación a la nueva jurisprudencia. En ese orden de ideas, la sentencia plantea las situaciones que pueden determinar un cambio del precedente, que circunscribe a las siguientes circunstancias: (i) cambios legislativos; (ii) cambios sociales, económicos y políticos que generan obsolescencia o injusticia en la aplicación de la doctrina vigente y (iii) que las altas cortes puedan considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

Es más, la aludida sentencia, permite que el precedente sea modificado por el mismo órgano cuando lo considere erróneo por las anteriores circunstancias o bien por que amerite una interpretación normativa más adecuada al derecho vigente a fin de superar las eventuales injusticias en que se pudiera haber incurrido en la anterior interpretación normativa, de donde se desprende que las altas cortes no están atadas de manera absoluta a sus propios precedentes. Esta flexibilidad frente al auto precedente no es singular del sistema colombiano, la regla del derecho anglosajón que establecía que todos los jueces, incluida la Cámara de los Lores, estaban obligados a seguir el precedente horizontal y específicamente el auto precedente, fue modificado con la “*Declaración Práctica*” emitida por dicho órgano en 1966, de cuyo contenido se resalta lo siguiente: “*aunque por lo general las decisiones*

anteriores de la Cámara se consideran vinculantes, la misma se separará de una decisión anterior cuando parezca correcto hacerlo". Justificaron su decisión en que al *"adherirse de manera demasiado rígida al precedente también puede llevar a injusticias en un caso particular y restringir indebidamente la evolución del derecho"*. Cros y Harris (2012; pág. 131).

Ahora bien, desde esa perspectiva, se reitera, que la Corte Constitucional al avalar constitucionalmente el concepto de doctrina probable lo que hizo fue integrar los dos conceptos que se vienen analizando: la jurisprudencia y el precedente. La primera, por cuanto la hermenéutica establecida en ella tenía su razón de ser en la reiteración uniforme de las tres decisiones que la Corte Suprema de Justicia hacía sobre un mismo punto de derecho que, en el sistema continental, se interpreta como jurisprudencia, en la medida que ella se edificaba sobre la regla de derecho extraída de la norma que se interpretaba para solucionar el caso en concreto. Y el segundo, en cuanto que, una vez establecida la doctrina probable, vale decir, se había emitido el conjunto de las tres decisiones por dicho órgano, esa interpretación unificada se convertía en el precedente que los jueces podían aplicar en casos análogos.

No obstante y pese el esfuerzo realizado por la Corte Constitucional para avalar la jurisprudencia como fuente principal de derecho y el valor del precedente con una fuerza vinculante relativa en la actividad judicial, como lo hizo en la sentencia comentada y que revitalizó la figura de la doctrina probable, lo cierto es que este instituto perdió su eficacia desde el mismo momento que dejó de ser jurisprudencia vinculante para convertirse en simplemente persuasivo en la actividad judicial, tal como fue interpretada por el Magistrado Uribe. Más aún hoy, con la expedición de las leyes 1437 de 2011 y 1564 del 2012 que elevaron a la jurisprudencia como fuente principal de derecho y al precedente como fuente vinculante en las jurisdicciones contenciosa y ordinaria, en donde se prevé, que una sentencia en donde se desarrolla una regla jurisprudencial debe ser acatada y aplicada para resolver casos futuros, lo que implica que solo basta una para lograr ese objetivo y no tres como lo dice la mencionada doctrina.

En ese orden de ideas y a título de colofón, se puede decir que el sistema fuerte de precedentes que creó la Corte Constitucional, tiene dos momentos: el primero, que parte desde la génesis del mismo con la sentencia C-104 de 1993 hasta la fecha, dentro del cual caben todos aquellos que surgieron con la aplicación de la jurisprudencia emitida por ella, aún aquellas decisiones que emitió en ejercicio de los mecanismos que creó para ejercer control de su propia doctrina constitucional; el segundo, que surge a partir de la sentencia C-836 del 2001, en el que deben incluirse todos los surgidos por las altas cortes, tribunales y jueces, en razón a que dicha decisión señaló su vinculatoriedad en la actividad judicial, para cristalizar el principio de igualdad y generar seguridad jurídica.

4. Incorporación del precedente en la actividad administrativa: la ascensión de la jurisprudencia como fuente principal y el precedente vinculante en el Derecho Administrativo

4.1 Incorporación del precedente en la actividad administrativa.

Una manera para comprender cómo fue incluido en el derecho contencioso administrativo la figura del precedente, resulta indispensable traer a referencia la historia de la génesis y funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo, los esfuerzos realizados por el legislador para unificar la jurisprudencia surgida de la interpretación de las normas a aplicar en la resolución de cada caso de su competencia con la instauración del recurso de súplica; la pretensión del mismo para hacer que la administración actuara de consuno con ella en ejercicio de la actividad de la administración a través de la figura de la doctrina probable, y, por su ineficacia, la ascensión de la jurisprudencia a fuente principal de derecho y al precedente judicial formalmente vinculante en el derecho administrativo nacional, como se abordará a continuación.

El Consejo de Estado entró en funcionamiento en 1914 como Tribunal Supremo de la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, pero no controlaba la totalidad de la actividad de la administración, le correspondía el control de los actos administrativos y el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de expropiaciones de guerra y a partir de la ley 38 de 1918 las reclamaciones que se intentaran contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena fundadas en órdenes administrativas. Significa que quedaban por fuera el control relativo a los contratos de la administración que le fue asignada por la ley 167 de 1941 y aquellos negocios contenciosos en que fuera parte la Nación o que el litigio fuera entre dos o más departamentos, lo que implicaba que, en estricto sentido, no conocía las controversias por responsabilidad extracontractual del Estado; función que le fue adjudicada con el Decreto 528 de 1964, cuando adquiere plena competencia para el control de la actividad de la administración. Es de destacar que en éste decreto se reorganizan las salas así: una Sala de Consulta y Servicio Civil y la Sala de lo Contencioso Administrativo y se crearon cuatro Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo que funcionarían separadamente y tendrían el conocimiento de los negocios de acuerdo a la especialidad asignada. En la actualidad funciona con cinco secciones, dos de ellas a través de subsecciones.

Como lo afirman Motta, Suelst & Corrales (2012; págs. 44 a 48), para ejercer la función de ser el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, acogió los preceptos legales previstos en los artículos 4º, 5º, 8º y 10º de la ley 153 de 1887, como del artículo 4 de la ley 169 de 1896 que habían establecido la *doctrina probable*, con el fin específico de unificación de la jurisprudencia. Es más, ese propósito, una vez adquirida la plena competencia para conocer de toda la actividad de la administración, fue incorporado en el

artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964 en el que se dijo que las cuatro Salas o Secciones funcionarían separadamente en el conocimiento de sus respectivos negocios, *salvo cuando fueran a modificar la jurisprudencia*, caso en el cual actuarían conjuntamente.

Un tema en el que se hizo palpable la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho para la resolución de conflictos fue el de la Responsabilidad extracontractual. En ejercicio de la competencia parcial en ese tema y luego cuando adquirió plenamente la facultad de controlar la totalidad de la actividad de la administración en 1964, el Consejo de Estado comenzó a elaborar una jurisprudencia ya no basada en las normas del Código Civil como había sido la tendencia de la Corte Suprema de Justicia, sino en normas de derecho administrativo como derecho autónomo, fincado en la interpretación de los artículos 2º y 16 de la Constitución de 1886, en concordancia con las competencias asignadas a la jurisdicción en los artículos 20, 28, 30 y 32 por el Decreto 528 de 1964.

En otras palabras, siguiendo el modelo continental, la jurisprudencia surgió de la interpretación constante del ordenamiento jurídico y aunque en materia de responsabilidad no había, como hoy, una cláusula general, el régimen subjetivo y objetivo fueron contruidos a partir de normas de derecho público, que regularon el tema por varios años. Como igualmente se hizo con temas contractuales como la buena fe, la igualdad y el equilibrio contractual; camino seguido para consolidar sus propias líneas jurisprudenciales. No obstante, no dejaba de aparecer decisiones dispares que contradecían dicha unidad y como la jurisprudencia era considerada simplemente indicativa por la interpretación que se le había dado a la doctrina probable, la no vinculatoriedad de la jurisprudencia en la actividad judicial era patente.

A partir de dicha conducta surgió la necesidad de crear un mecanismo que obligara a los jueces a tenerla en cuenta. Con base en ese propósito se crea el recurso de súplica (artículo 2º de la ley 11 de 1975), que operaba contra autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones en la que se acogiera doctrina contraria a alguna jurisprudencia emitida por la Sala Plena, sin que tuviera la previa aprobación de ella. Dicho recurso se modificó (Artículo 130 del Decreto ley 2304 de 1989), en el sentido de excluir a los consejeros de la Sala que habían proferido la sentencia recurrida y posteriormente con la ley 446 de 1998, dicho recurso procedía si se sustentaba en la violación directa de las normas sustanciales por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Con base en esa nueva exigencia la Sala Plena se congestionó por el cúmulo de recursos interpuestos y la falta de estructura administrativa para atenderlos, lo que determinó su supresión a través del artículo 2º de la ley 954 del 2005.

La ineficacia de la instauración de dicho recurso y su consecuente desaparición por el mal uso que se le dio, se atribuye a la falta de unidad jurisprudencial por la disparidad de criterios decisionales proferidos sobre un mismo tema, especialmente en las secciones y

subsecciones del Consejo de Estado. Aunado a ello, en la Corte suprema de Justicia, en temas pensionales, factores salariales, derechos a la salud, por citar algunos ejemplos, construyó decisiones contradictorias a las producidas por el Consejo de Estado, lo cual condujo a una diversidad de interpretaciones jurídicas de las que se valió la administración pública para decidir negativamente peticiones al resolver los casos de su competencia, que culminó con la iniciación de numerosas demandas y la consecuente congestión judicial.

Dicho panorama indicaba que no había sido suficiente el debate para tener una jurisprudencia unificada con la obligación de ser atendida por los operadores judiciales, de ahí la necesidad de obligar a la propia administración a interpretar de manera uniforme el ordenamiento jurídico, teniendo como fundamento la interpretación autorizada realizada por las altas cortes. En otras palabras, se requería que la administración pública, con esos parámetros, creara su propio precedente en sede administrativa que le permitiera al usuario conocer previamente la línea de pensamiento que estaba implementando en sus decisiones y que irían a decidir igual en casos similares. Con ese propósito se buscó crear lo que Diez Sastre (2008; pág. 21) llama el *precedente administrativo*, entendido como la actuación de la administración con el objeto de resolver un caso concreto que, sin carecer de fuerza normativa, si produce efectos jurídicos y cuya virtualidad es la de materializar derechos fundamentales como la igualdad, la buena fe, la seguridad y confianza legítima.

Para llegar a ese propósito, a través del artículo 24 de la ley 1340 del 2009, se creó en sede administrativa la “*doctrina Probable*”, que era una figura de origen judicial, al establecer que “*Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable*”; precepto que recibió el aval de la Corte Constitucional en sentencia C-537 de 2010, en el entendido que éste sólo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En otras palabras, con esa figura el legislador quiso que las autoridades administrativas, en la resolución de casos de su competencia, fueran constantes en sus decisiones a efectos de generar, en favor del usuario, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida que se sabía cómo iba a resolver la administración.

En el mismo sentido y para efecto de superar las innumerables demandas que tenían congestionada la jurisdicción administrativa, se emitió la ley 1395 de 2010, en cuyo artículo 114 se dispuso que las autoridades públicas, al momento de resolver las peticiones y emitir actos administrativos, tenían la obligación de tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia constitucional, administrativa y ordinaria se hubieran proferido sobre los mismos hechos y pretensiones en cinco o más casos análogos, en materias tales como: pensiones de jubilación; prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados; daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros; temas que la sentencia C-539 del 2011,

en la que declaró la exequibilidad condicionada, aclaró no eran taxativos, sino que podían extenderse a cualquier tipo de petición.

4.2 La ascensión de la Jurisprudencia como fuente principal y el precedente vinculante en el derecho administrativo.

Varios factores determinaron que el legislador considerara a la jurisprudencia como fuente principal de derecho y al precedente como criterio vinculante en la actividad judicial. Uno de ellos fue que la implementación de la doctrina probable en el ámbito administrativo no produjo los resultados esperados, por cuanto la administración siguió desconociendo a la jurisprudencia como parámetro de sus propias decisiones; circunstancia que devenía, como se ha venido exponiendo, de la multiplicidad de interpretaciones que las altas cortes daban a un mismo tema. Otro, se relación con la existencia, en la cultura judicial, de un positivismo reflejado en la interpretación exegéticamente del contenido del artículo 230 superior, en el sentido que la jurisprudencia era solo un criterio auxiliar. Un tercero, se radica en el principio de autonomía judicial que generaba el convencimiento que, en la actividad judicial, los jueces eran independientes y solo debían responder al imperio de la ley, pese a que la Corte Constitucional había reinterpretado dicho concepto por el de “derecho” que comprendía no solo el texto escrito sino su interpretación autorizada. Y, como cuarta causa, está la inclusión de nuevos operadores dentro de la estructura organizacional de la jurisdicción, los jueces administrativos, lo que generó un cambio en la jerarquía funcional y, por ende, en la construcción de parámetros jurisprudenciales

En este último aspecto tiene que ver con las funciones que el Consejo de Estado cumplía como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en el sentido que, además de sus competencias legales que le fueron asignadas desde 1964, esto es, el conocimiento en única instancia de las controversias atribuidas por la ley -que eran pocas-, cumplía la función de ejercer el control de legalidad de las providencias proferidas por los tribunales administrativos en desarrollo de los procesos que ellos adelantaban en primera instancia, ya por apelación o consulta, ora por interposición del recurso extraordinario de revisión, lo cual constituía el mayor número de sus actuaciones. Por manera que, en desarrollo de esa función, no le era difícil imponer una línea jurisprudencial, que de no ser seguida por los tribunales sus decisiones serían revocadas.

No obstante, la creación de los jueces administrativos en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa determinó una redistribución de la jerarquía funcional y, por ende, de la construcción de parámetros jurisprudenciales. La razón de esa afirmación radica en que, por cuantía, muchas de las controversias que conocían los tribunales pasaron al conocimiento de los jueces en primera instancia y en virtud de ello, se convirtieron en segunda instancia con la facultad de ejercer el control de legalidad de las providencias que estos emiten en desarrollo de los procesos que adelantan, bien a través de los recursos de apelación y revisión,

lo que, en la práctica, significó que se convirtieran en los órganos encargados de fijar la línea decisional en los diversos casos que por esa vía llegaran a su conocimiento.

En otras palabras, la jerarquía decisional del Consejo de Estado, la preeminencia como tribunal de cierre de la jurisdicción estaba seriamente amenazada por la que adquieren los tribunales con ocasión, repito, del funcionamiento de los jueces administrativos, en la medida que ellos se convierten en los órganos de cierre de la jurisdicción en muchos casos que por competencia no pueden llegar al conocimiento del Consejo de Estado, esa circunstancia implicaba el riesgo de que se federalizara la jurisprudencia y la inseguridad jurídica fuera mayor. El temor por la ocurrencia de esa contingencia fue lo que obligó al legislador a implementar la ascensión de la jurisprudencia a fuente principal de derecho y a exigir que la aplicación de ella al caso concreto se constituyera en precedente vinculante en la actividad judicial, de paso para materializar lo que la Corte constitucional venía diciendo con respecto al contenido de la palabra “Ley”, que debía interpretarse como “derecho” en la medida que en él se integraba el texto escrito con la interpretación autorizada emitida por los órganos diputados por la Constitución para ello.

El camino emprendido para la consecución del objetivo de buscar la unidad decisional fue la modificación el Código de lo Contencioso Administrativo, que por haber sido elaborado sobre la base de la Constitución de 1886, su contenido era fundamentalmente organicistas, razón por la cual no se avenía a los avances establecidos en la Constitución de 1991 que propendía por el respeto a la dignidad humana, frente a lo cual el constituyente creó una serie de derechos fundamentales y diversas acciones para tutelarlos. A la par, se encontraba el funcionamiento de los jueces administrativos que exigían iguales facultades decisionales, similares a aquellas que tenían cuando fungían como jueces de tutela. El resultado fue la creación de una comisión de expertos que proyectaran su reforma.

La comisión elaboró el estudio encomendado y el Ejecutivo presentó al Congreso el proyecto de ley que, como lo afirmó su exposición de motivos, descansaba en los siguientes pilares: (i) la necesidad de adaptar la función de la jurisdicción y sus procedimientos al fenómeno de la globalización que, con los desarrollos tecnológicos nos conduzcan a una unificación internacional y transforme las relaciones entre la administración y el administrado, entre el juez y las partes; (ii) la constitucionalización del derecho, bajo el entendido que todas las ramas del derecho en sus diferentes manifestaciones deben ceñirse al cumplimiento de los fines fundamentales del Estado de Derecho y al respeto y garantía de los derechos de las personas; (iii) la creación de los juzgados administrativos con la nueva función constitucional de no solo limitarse a verificar la legalidad de la actividad administrativa, sino garantizar los derechos constitucionales de los asociados; papel éste que debe encabezar el Consejo de Estado que como máximo tribunal de lo contencioso administrativo debe unificar la jurisprudencia que dicten los tribunales, a fin de evitar el fenómeno denominado “*federalización de la jurisprudencia*”, y (iv) acabar con el fenómeno

creciente de la congestión judicial, originada por múltiples factores tales como: asignación del conocimiento de nuevas acciones; aumento de litigiosidad contra el Estado; obsolescencia de los procedimientos judiciales frente a las nuevas tecnologías informáticas y las técnicas del proceso oral y la falta de crecimiento de los despachos judiciales frente al creciente ritmo de las demandas que han represado los despachos judiciales, sin que a corto o mediano plazo hayan mecanismos para evacuar el inventario acumulado de años anteriores.

Con esos objetivos se emite la ley 1437 del 2011, a través de la cual el legislador da un giro trascendental al sistema de fuentes al reiterar la valoración de la jurisprudencia como fuente principal de derecho, como constantemente lo venía indicando la Corte Constitucional en numerosos fallos. En otras palabras, la asciende de criterio auxiliar a ser fuente principal de derecho con vinculación para todos los operadores jurídicos, pero aún más, incorpora en la legislación la obligación de respetar el precedente tanto en sede administrativo como en el ámbito judicial, con lo cual busca cambiar la cultura jurídica nuestra que solo acata lo que este consignado en el ordenamiento jurídico y no en su interpretación.

5. Las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Ante la falta de unidad decisional que desde el punto jerárquico existía en las distintas secciones del Consejo de Estado, como lo afirma Arboleda (2012; pág. 24), surgió la necesidad de crear en el nuevo Código un tipo especial de sentencia que tuviera el mérito suficiente para interpretar el derecho preexistente y su razonamiento se convirtiera en obligatorio para la administración pública y para los mismos jueces, con lo cual se iría a superar el conflicto para determinar cuál era la jurisprudencia vigente, que era el que generaba la disparidad decisional, a la cual se le dio el nombre de “*sentencia de unificación*”. Y para fortalecerlas, se creó el recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia y la extensión de los efectos de las sentencias de unificación; a más de inscribir a la misma los existentes recursos de revisión, ordinario y eventual.

Con esas novedades, el legislador emitía dos mensajes a los operadores jurídicos: por un lado, que la jurisprudencia adquiriría la categoría de fuente principal de derecho, con carácter vinculante, especialmente la construida por las Altas Cortes y, por el otro, que el proceso –administrativo o judicial- en el que la sentencia de unificación fuera aplicada se convertía en precedente tanto para la administración como para los jueces, pues a través del mismo se materializaba el principio de igualdad y se creaba seguridad jurídica, en la medida que las personas (naturales o jurídicas) adquirirían la confianza legítima que los asuntos análogos en sus hechos relevantes irían a ser resueltos de manera similar; argumento con el que la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011 declaró exequible el artículo 114 de la ley 1395 del 2010.

La institucionalización del precedente en sede administrativa y judicial, según la misma providencia, fue calificado como un presupuesto esencial del Estado Social de Derecho, con soporte en distintas normas de la Constitución Política, artículos 1º, 2º, 4º, 121 y 123, en cuanto ellos respetan el principio de legalidad; en el artículo 13 que consagra el principio de igualdad, en la medida que determina la aplicación de un precedente uniforme para los mismos casos, hechos o situaciones fácticas; en el artículo 29 que establecido el debido proceso; en el artículo 83, porque con él se reafirma el postulado de la buena fe de las autoridades públicas, y en el artículo 209 que rige la función pública; y por la fuerza vinculante del mismo conforme a lo previsto en los artículos 230 y 241 de la misma Carta.

Ahora bien, la expresión “precedente jurisprudencial” que, repito, acuño la Corte Constitucional para, a través del sistema fuerte de precedentes, solidificar su doctrina constitucional, no puede concebirse en el derecho administrativo como si se hubieran fundido esos dos conceptos; debe entenderse como una integración de los mismos, sin que cada uno pierda sus características, pues como teóricamente se explicó en la sentencia SU-995 de 1995, la jurisprudencia es el producto del razonamiento del órgano de cierre de una norma legal que por su uniformidad y constancia se vuelve universalizable, mientras que el precedente es la aplicación del mismo a la resolución de casos iguales, por ello afirmó que el establecimiento del precedente dentro de un derecho legislado –jurisprudencial- no elimina el carácter vinculante del precedente, sino que lo fortalece en la medida que el papel de él es permitir la aplicación de la regla jurisprudencial en un caso concreto, cuyo resultado debe ser tenido en cuenta en el caso futuro en el que concurra identidad fáctica y jurídica.

Para entender mejor ese planteamiento es preciso distinguir, como se ha venido haciendo a lo largo de este trabajo, que los dos conceptos tienen significados diferentes, que reitero, han sido distinguidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011. En efecto: a la jurisprudencia como fuente principal de derecho, le atribuye la facultad de crear reglas o disposiciones normativas, dotadas de significado concreto previo a un proceso de interpretación de los textos normativos bien sean constitucionales, legales o reglamentarios, que carecen de un sentido único, obvio o evidente, por eso la característica de ser abstracta y universalizable. Mientras que la fuerza obligatoria del precedente se explica en que el derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, y puede ocurrir que semánticamente un término tenga diversos significados de difícil precisión en un caso concreto, y en una disposición pueden ocurrir esas ambigüedades o vaguedades que solo pueden solucionarse en cada escenario mediante una decisión judicial, que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, esas reglas nacidas de la jurisprudencia, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. Esa línea imperceptible de diferenciación es la que ha generado la confusión en su aplicación y que solo puede superarse si se entiende que la base para el precedente será la jurisprudencia, porque su aplicación a un caso concreto es lo que determina que él sea tenido en cuenta para la resolución de aquellos similares que se presenten en el futuro.

Esas mismas razones determinan la implementación de ambos conceptos en la actividad judicial y administrativa como lo prevé el C.P.A.C.A. En la judicial, como atrás se expuso, a la Rama se le reconoce la función creadora de derecho en miras a elaborar reglas jurisprudenciales a través de la labor interpretativa de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico y aplicarlas en los casos concretos; sin que ello implique el desconocimiento de la autonomía e independencia de los jueces; puede limitárseles la discrecionalidad, pero no por ello, se les impide que se separen de los precedentes siempre y cuando, de manera adecuada y suficiente, expliquen las razones de su apartamiento y la demostración que la interpretación que exponen para cambiarla desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales.

Otra razón que tuvo la Corte Constitucional para reafirmar la fuerza vinculante del precedente, la sustenta en que sería inadmisibles, por ser contrarios a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, que se adoptaran posturas que nieguen esa pujanza que tiene el precedente y, al contrario, fundamenten el cambio jurisprudencial en un simple arrepentimiento que el juez o tribunal tienen de las reglas formales de derecho aplicables al caso, porque ello estructuraría el delito de prevaricato, puesto que en esos casos no solo se está ante la ausencia de disciplina jurisprudencial, sino también, ante una decisión que se aparta radicalmente del orden jurídico.

En la sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional extiende los efectos vinculantes del precedente a las autoridades administrativas en dos sentidos: i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales, y frente a la presencia de éste último, recomienda a la administración optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales; razón por la cual deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable y que otorgue mayor protección de aquellos. En ella ratifica la ratio de la sentencia 539 del 2011, en el sentido de considerar que las autoridades administrativas carecen de la autonomía que sí tienen los jueces, razón por la cual el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulta admisible la opción de separarse del mismo.

No obstante, ese rigorismo fue morigerado en la sentencia C-816 de 2011, al prever que la administración, en ejercicio de la autonomía que le reconoce la Constitución, puede apartarse de manera expresa y razonada de los precedentes. Facultad que considero aplicable a la figura de la extensión de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, en la medida que el legislador le permitía a la administración discrepar de ella para buscar que jurisprudencia creada en dichas providencias fuera corregida en el control judicial que se ejercitara frente a la respuesta negativa que ella hubiera dado a una solicitud de esa

naturaleza –que fue el tema debatido en ella-; posición que no puede aplicar cuando se trate de ejercer oposición a aquellas emitidas con ocasión de los recursos de unificación de la jurisprudencia o de revisión ordinaria o eventual, porque allí no lo previó el legislador y ello no correspondería al ejercicio de la autonomía, con el cual se edificó la permisividad indicada en la citada sentencia.

Dentro de esa línea argumentativa se puede decir que, en el campo de la jurisdicción administrativa, la sentencia de unificación se va a convertir en la jurisprudencia que establece las reglas normativas y que solo podrá ser modificada por el Consejo de Estado, en tanto no ocurran cambios legislativos, sociales, económicos y políticos, o que dicho órgano la considere errónea por ser contraria a los valores, fines, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico vigente. En consecuencia, cuando el juez aplica esa regla jurisprudencial a un caso concreto, esa decisión resulta ser el precedente para casos futuros con identidad fáctica y jurídica. Esa actuación judicial es la que permite definir los conceptos de precedente vertical, precedente horizontal, auto precedente y el precedente de aplicación vinculante, éste último como lo definió la Corte Constitucional en la sentencia T-292 de 2006; los cuales se conocen por la relación a la forma como él opera de conformidad a la estructura orgánica de la jurisdicción.

Pero, ¿qué son las sentencias de unificación?: El legislador no las define sino simplemente crea esa categoría y atribuyó su expedición a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las respectivas Secciones cuando ellas surjan como consecuencia de tres situaciones: que profiera o se hayan proferido por importancia jurídica o trascendencia económica o social; por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; y las dictadas al decidir recursos extraordinarios y las emitidas con ocasión del eventual mecanismo de revisión, conforme el contenido del artículo 270 del C.P.A.C.A. Frente al primer grupo de causales (artículo 271 ibídem) se infieren las siguientes situaciones: a) que la Sala Plena del Consejo de Estado puede, por competencia, conocer de un asunto que este pendiente de sentencia y esté siendo conocido por una de sus Secciones, bien por remisión de ellas, o por petición de alguna de las partes o del Ministerio Público; b) que una sección puede asumir la competencia de un asunto que esté siendo conocido por una subsección, cuando frente a una cualquiera de las razones antes expuestas; y c) que el proceso, de única o segunda instancia, este siendo conocido por los tribunales administrativos, evento en el cual, de ocurrir una cualquiera de las causales señaladas por el legislador, debe ser asumido por las secciones especializadas del Consejo de Estado, de acuerdo a la especialidad como allí se haya regulado. No obstante, es bueno precisar que la asunción del conocimiento no puede ser caprichoso sino obedecer a una motivación razonada sobre la ocurrencia de una cualquiera de las causales previstas por el legislador, pudiendo el competente decidir motivadamente si avoca o no el conocimiento, decisión que carecer de recurso.

Ahora bien, al sistematizar las normas que citan las sentencias de unificación del Consejo de Estado se deduce que ellas se convierten en fuente principal de derecho, con vinculación obligatoria para la autoridad administrativa y relativa para los jueces, en tres situaciones específicas: (i) en el nivel administrativo; (ii) en la resolución del recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia y; (iii) en la decisión los recursos de revisión de sentencias, ordinario y eventual, como someramente se explica a continuación.

5.1 Aplicación de las sentencias de unificación a nivel administrativo.

Esta situación comprende, en concreto, dos momentos que deben cumplir las autoridades administrativas. El primero, tiene que ver con la labor de resolver los asuntos de su competencia, en cuya función tienen la obligación de tener en cuenta las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias y las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, así como las que haya emitido la Corte Constitucional, en las que se hayan interpretado y aplicado dichas normas, en voces de la sentencia C- 634 del 2011; y, por su puesto, en la obligación de construcción de precedentes administrativos, cuya existencia permite la aplicación uniforme del derecho a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, que fue la visión que tuvo el legislador expresada en la ley 1340 de 2009.

La razón de la consagración de dichas obligaciones se sustenta en que un Estado Social de Derecho debe caracterizarse por tener consagrado un orden social justo y una estructura formal que lo implemente, lo que implica una uniformidad, que solo se lograría si se unifica la jurisprudencia, a través de la cual se puede tener un sistema jerárquico y singular; propósito este que lo ha enarbolado la Corte Constitucional en numerosos fallos, a través de la exigencia de una interpretación normativa unificada –jurisprudencia- y en el respeto por el precedente judicial, a través de los cuales se pueden materializar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima; respeto que enfatizó en la sentencia C-836 de 2001, especialmente en las decisiones emanadas de las altas cortes.

El segundo, es la concreción de la figura de la extensión de los efectos de las sentencias de unificación a terceros. Esa actuación se materializa a través de un procedimiento administrativo y judicial establecido en el C.P.A.C.A. El primero, que se desarrolla en la sede de la entidad a demandar. Se inicia con la radicación de una solicitud en la que se pide extender en su favor los efectos de una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho, en el evento en que se encuentre en los mismos supuestos fácticos y jurídicos y su pretensión no haya caducado; con la obligación de sustentarla y acompañarla de las pruebas pertinentes y copia de la sentencia o la referencia en donde encontrarla. Dicha solicitud puede ser: aceptada, negada total o parcialmente, o la administración guardar silencio. El acto administrativo motivado y notificado que contenga esas decisiones no será susceptible de recursos administrativos y el

interesado podrá acudir dentro de los treinta días siguientes al Consejo de Estado a un control de legalidad del mismo, tiempo en el que se suspende el término de caducidad.

El procedimiento judicial se adelanta ante las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, de acuerdo con su especialidad, por solicitud razonada del interesado, a la cual deberá adjuntar copia de la actuación administrativa. De la solicitud se dará traslado a la entidad y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y luego de ello se realizará una audiencia en donde se decide si es o no procedente la extensión solicitada. Si resulta procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar, decisión que tendrá los mismos efectos del fallo aplicado. Pero si la extensión implica reconocimiento de un derecho patrimonial en favor del peticionario, este deberá ser liquidado mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario ante la autoridad que habría sido competente para conocer de la acción que dio lugar a la extensión, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la decisión de extensión del Consejo de Estado.

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

La Corte Constitucional en las sentencias citadas señaló que la facultad para que las autoridades administrativas puedan, en sede administrativa, extender a terceros los efectos de las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, se sustenta en las siguientes razones: en que las autoridades administrativas solo pueden ejercer funciones atribuidas por la constitución y la ley; que la función administrativa tiene por objeto el servicio de los intereses generales y se adelanta con fundamento en reglas de igualdad, en la que está ínsita la obligación de aplicar los precedentes jurisprudenciales como mecanismo racionalizador del mismo, en la medida que se da trato igual cuando un derecho reconocido a una persona le es concedido a otra que se halla en la misma situación fáctica y jurídica.

5.2 Aplicación de las sentencias de unificación a través del recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia.

Establecido en el artículo 256 del C.P.A.C.A., con el propósito de asegurar la unidad de 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 el caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

El recurso procede contra sentencias dictadas en única y segunda instancia por los Tribunales Administrativos y habrá lugar a él cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. Debe ser interpuesto por cualquiera de las partes o terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia, en escrito radicado ante el Tribunal Administrativo que expidió la sentencia, a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de ésta, para lo cual deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 262; y si la sentencia tiene contenido patrimonial debe cumplir con el requisito de la cuantía o justipreciarse como lo indica el artículo 263. Pero no lo podrá hacer quien no apeló la sentencia de primera instancia ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando el fallo de segunda sea exclusivamente confirmatorio de aquella. Si el recurrente fuere único y quiera que se suspenda el cumplimiento de la providencia, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto que la ordena, deberá prestar una caución por los perjuicios que llegue a causar. Si no la otorga en la forma y términos ordenados, continuará el trámite del recurso, pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia.

El competente para conocer el recurso será la respectiva sección del Consejo de Estado de acuerdo con su especialidad, en donde se adelantará el trámite de inadmisión, admisión u ordenar su devolución: por no ser recurrible, pese a haber sido admitido el tribunal; no haber cumplido con los requisitos legales; o por no ser objeto del mismo, en razón de la cuantía. Admitido y corrido traslado del mismo a la contraparte, se celebrará una audiencia, luego de la cual se expedirá la decisión correspondiente. Si prospera total o parcialmente, la Sala anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la de reemplazo para lo cual adoptará las decisiones que corresponda. Si es desestimatorio, se condenará en costas al recurrente. Cuando el Consejo de Estado anule una providencia que se cumplió en forma total o parcial, declarará sin efecto los actos procesales realizados con tal fin y dispondrá que el juez de primera instancia proceda a las restituciones y adopte las medidas a que hubiere lugar. Incluso podrá ordenar al Tribunal que en el auto de obediencia a lo resuelto cancele la caución prevista en el artículo 264. Pero si no prospera. La caución seguirá respondiendo por los perjuicios causados, los cuales se liquidarán y aprobarán ante el juez de primera instancia, mediante incidente que deberá ser promovido dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

5.3 Aplicación de las sentencias de unificación a través de los recursos de revisión previstos en el C.P.A.C.A.

También involucra dos situaciones distintas: el primero tiene que ver con el *recurso extraordinario de revisión* previsto en el artículo 248, el cual procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales y los jueces administrativos, cuando ocurran las causales previstas en el artículo 250. En la redacción de este artículo se corrigió el error en que había incurrido el legislador de 1984 al redactar el ámbito de la interposición del recurso de revisión, que lo excluía para las sentencias que hubieran proferido los jueces administrativos, cuya omisión determinó que fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C- 520 del 2009.

El competente para conocer del recurso de revisión de las secciones y subsecciones es la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin exclusión de la sesión que profirió la decisión. Cuando él se interponga contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos, su conocimiento será por las secciones o subsecciones de acuerdo con la especialidad y si se interponen contra las sentencias de los jueces administrativos, el conocimiento corresponderá a los tribunales administrativos. No sobra advertir que dicho recurso también procede contra las sentencias que decretan la pérdida de investidura de los congresistas; diputados; concejales y ediles, como lo prevé la Constitución Política y la ley 136 de 1994, en concordancia con el procedimiento establecido para ello en la ley 144 de 1994.

La segunda situación corresponde a los *eventuales recursos de Revisión* previstos en los artículos 272 a 274 del C.P.A.C.A. El antecedente de esta norma es el artículo 11 de la Ley 1285 del 2009, a través del cual se dispuso la creación del artículo 36 A en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), con el cual se creaba el “*mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios*”. Este artículo fue declarado executable por la Corte Constitucional en sentencia C-713 del 2008, bajo el entendido que es una competencia adicional y que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión.

Esta revisión procede a petición de parte o del Ministerio Público, contra las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos o intereses colectivos y la reparación del daño causado a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles de recurso de apelación ante el Consejo de Estado, en los siguientes casos: (i) Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales y (ii) Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

La finalidad de este recurso es el de unificar la jurisprudencia, a efectos de lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a una misma situación fáctica y jurídica. La competencia para la eventual revisión se difiere al reglamento del Consejo de Estado, según la especialidad de las Secciones, pero para su trámite se adoptaron las siguientes reglas:

La petición, debidamente fundamentada y con copia de las providencias relacionadas en ella, la cual deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso. En los ocho días siguientes el tribunal remitirá el expediente a la sección o subsección del Consejo de Estado para que, dentro del término de tres meses, resuelva sobre la petición de revisión, mediante auto motivado. El Ministerio Público podrá insistir en la petición dentro de los cinco días siguientes a la notificación de dicha decisión. La decisión de selección o no y la resolución de insistencia deberán ser motivadas. Hecha la selección, la providencia será proferida con carácter de sentencia de unificación por la sección del Consejo de Estado dentro de los seis meses siguientes. Si prospera la revisión total o parcialmente, se invalidará, en lo pertinente, la sentencia o auto y se dictará la providencia de reemplazo o se adoptarán las disposiciones que correspondan, según el caso. Si la sentencia impugnada se cumplió en forma total o parcial, la sentencia de unificación dejará sin efectos los actos procesales realizados y dispondrá que el juez inferior ejecute las órdenes sobre las restituciones y adopte las medidas a que haya lugar. Por último, la presentación de la solicitud y el trámite de revisión eventual, no suspende la ejecución de la providencia objeto de la misma.

Las normas analizadas incluyen una obligación tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales y es que no pueden desconocer las sentencias de unificación de la jurisprudencia emitidas por el Consejo de Estado, porque de hacerlo y no justificarlo se estaría desconociendo el ordenamiento jurídico y de paso entrando las órbitas del Código Penal. Pueda ser que ellas no sean perfectas y que algunas tengan errores en su contenido, pero ello no puede servir para desconocer el beneficio que generan para la resolución de casos tanto en vía administrativa como judicial. El simple hecho de generar disciplina, de crear conciencia en los distintos actores de los eventuales conflictos sobre la predecibilidad de las decisiones, es un avance que contribuirá no solo a descongestionar la administración de justicia, sino a generar seguridad y confianza legítima.

En ese orden de ideas, surge las siguientes inquietudes que requerirán la clarificación respectiva: ¿serán las sentencias de unificación los únicos precedentes en el derecho administrativo? - ¿Todas aquellas sentencias que no tienen esa categoría pueden considerarse precedentes? - ¿La doctrina probable, vigente aún, a pesar de su decaimiento, es precedente judicial?

Una respuesta adecuada a dichas inquietudes debe partir por reconocer que la base del precedente será siempre la jurisprudencia. Una única interpretación de las disposiciones normativas es el camino más eficaz para construir seguridad jurídica, e impedir, de contera, su federalización, que genera lo contrario: inseguridad, y el mecanismo de las sentencias de unificación creado por el legislador para construir esa unidad jurisprudencial fue el correcto, por esa razón, ese tipo de sentencias deben ser consideradas esencialmente sentencias productoras de jurisprudencia en la medida que, se itera, en ellas es en donde se construyen las subreglas de interpretación que deben regular el ordenamiento jurídico. Una vez ella es aplicada a un caso concreto, ese proceso se convierte en precedente que debe ser acatado en el ámbito judicial y obedecido por las entidades públicas y los particulares.

Desde luego que ellas no van a ser las únicas que tengan la potestad de seguimientos si se atienen al contenido del artículo 270 del C.P.C.C.A., en la que se afirma que tendrán la misma connotación aquellas sentencias emitidas con anterioridad al nuevo código y que habían sido aprobadas por la mayoría de las Salas de las Secciones y de la Sala Plena. Por manera que para que no sean desconocidas se les reconoció esa categoría especial. No obstante y a pesar que el reglamento del Consejo de Estado determinó que ellas, en lo sucesivo, deben identificarse como sentencia de unificación, la práctica judicial irá a confirmar que aquellas sentencias que no tengan ese epígrafe seguirán siendo ignoradas; por ello, por contener jurisprudencia decantada y reiterada, deberían ser publicadas, resaltadas y catalogadas en las publicaciones oficiales para que cumplan su verdadero objetivo; o si se quiere, como lo han hecho algunas veces, al reiterar la tesis expuestas en ella, ahí si la distinguen, con lo cual entran en el catálogo de las sentencias que contienen reglas jurisprudenciales.

Ahora bien, ¿constituye precedente aquellas otras sentencias que no tienen esas características, pero en ellas el juez, en su función creadora, construye una norma aplicable al caso para su resolución?, desde la perspectiva anglosajona, no cabe duda que esa norma constituyera para ellos una regla jurisprudencial aplicable a casos futuros, en la medida que la creación tenía como fundamento el *Common Law*, esencialmente costumbrista. En cambio que, en nuestro contexto, una subregla judicial que surge a partir de la interpretación de una norma positiva, mientras ella no sea abstracta y universalizable y provenga del órgano de cierre, no será constitutiva de jurisprudencia, podrá convertirse en norma decisional o judicial para la solución del caso en particular, repetible en casos similares, persuasiva para el órgano superior y adoptable por el máximo tribunal, evento en el cual pasa a convertirse en jurisprudencia vinculante acatable por todos los operadores jurídicos. Si ese proceso se logra, el caso en que surgió la regla jurisprudencial, por ser vinculante, se convertirá en precedente obligatorio para la resolución de casos futuros a efectos de respetar el principio de igualdad. Todo ello bajo el entendido que no toda sentencia genera jurisprudencia, en la medida que no construya subreglas; y toda sentencia no genera precedente si ella no contiene una *ratio*

decidendi en derecho, pues aquella que se refiere a situaciones fácticas, no es precedente, siguiendo la técnica del derecho angloamericano.

Los elementos normativos consignados permiten la aproximación a una definición de lo que son las sentencias de unificación previstas por el legislador como categoría especial para su aplicación en el derecho administrativo: son decisiones destinadas a general reglas de interpretación unificada de una disposición normativa aplicable a un caso concreto, que por la orientación que ellas generan permiten darle coherencia al ordenamiento jurídico, especialmente en la protección de los derechos subjetivos tanto en sede administrativa como en sede judicial. Concepto que se estructura más sobre la concepción continental en la medida que en la sentencia de unificación se reúne la categorización de la jurisprudencia, tema analizado en el capítulo primero de este trabajo. Y si se trata de unificar y estructurar un ordenamiento jurídico único y jerarquizado, como fue la visión del legislador al establecerlas, la preeminencia sobre el precedente es ostensible; sin desconocer la labor que éste cumple para materializar el principio de igualdad, en la medida que una vez esa jurisprudencia se haya aplicado a un caso concreto, esa decisión será precedente obligatorio, para hacer eficaz el deber de decidir de manera igual casos idénticos.

En el campo de la unificación de la jurisprudencia por parte de los órganos competentes, no se pueda desconocer la fuerza que está adquiriendo, en la resolución de casos, el derecho convencional, especialmente en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Los tratados internacionales en ese campo, cuando se adhieren a los mismos y se incorporan a la legislación interna, su normatividad, por el concepto de bloque de constitucionalidad, adquiere preponderancia en el ordenamiento jurídico y, por ende, su contenido no puede soslayarse por parte del juez. Posición que viene adoptando la Sección Tercera del Consejo de Estado, y que se refleja en la adopción de tablas específicas para la liquidación de perjuicios inmateriales, que se han constituido en subreglas en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. O en el campo consultivo de la norma comunitaria para resolver controversias internas, como ocurrió en el caso de Comcel y la Empresa de Teléfonos de Bogotá del que se hizo referencia al final del primer capítulo.

La perspectiva consignada enseña que ha sido tradición desde la constitución de 1886 que el ordenamiento jurídico colombiano este adscrito al Derecho Continental que privilegia a la ley como la principal fuente de derecho, sin desechar la función de la jurisprudencia como vehículo para lograr la unidad del derecho en procura de fortalecer, en principio, el nuevo régimen establecido, ya en concepto de *doctrina constitucional*, ora como *doctrina legal más probable* y finalmente como *doctrina probable*, a través de la emisión de tres decisiones uniforme sobre un mismo punto de derecho; y hoy, a través de la *doctrina constitucional* de la Corte Constitucional, en función de proteger los derechos consagrados en favor de la persona humana, la unidad de la Nación, la convivencia, la justicia, la igualdad y la prevalencia del interés general.

No obstante, resulta importante recordar que el propósito diseñado desde esa época de unificar la jurisprudencia -incluso consignado en el artículo 1º de la ley 169 de 1896-, comienza a horadarse por el activismo judicial de la Corte Suprema de Justicia que ve, en la obligación impuesta por el artículo 383 de la ley 105 de 1890 de anunciar en cada sentencia la regla de derecho explícita de la doctrina legal allí definida en términos claros, precisos y generales, una carga excesiva a su tradicional forma de decidir, que implicaba precisar la subregla jurisprudencial que se deducía de la interpretación del precepto legal inmiscuido en el problema jurídico que tenía que resolver, cuando lo que se buscaba era orientar al usuario y al operador jurídico en la comprensión del derecho vigente, para ajustar de esa manera la propia actividad de aquellos, y dar trato igual en la toma de decisiones, por parte de estos. Y, aun así, entendiendo la importancia de la jurisprudencia, se comenzaron a construir líneas jurisprudenciales, cuya consistencia permitió en muchos años, tener seguridad jurídica y previsibilidad en las decisiones, pues los cambios eran poco frecuentes.

Era entendible que el cambio de la Constitución trajera nuevas proyecciones, en tanto que en ella se incorporaron más derechos que obligaciones y se instituyeron medios de control para protegerlos, todos ellos en cabeza de la Corte Constitucional, que se constituía en garante de los mismos, lo que implicaba que sus decisiones iban adquirir una mayor dimensión frente a las competencias de las demás cortes de cierre. No obstante, ella misma quedaba atada al contenido del artículo 230 superior, que indicaba que el juez, en sus providencias, solo estaba sometido al imperio de la ley y que la jurisprudencia, la equidad, la doctrina y los principios generales de derecho solo eran criterios auxiliares en la actividad judicial. Por manera que, las interpretaciones que hiciera del ordenamiento jurídico frente al texto constitucional no podían adquirir una concepción distinta al valor que ella misma le había dado.

Frente a una disyunción de esa naturaleza, resulta entendible, que en aras de ejercer la función de ser guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución -artículo 241- y de que sus fallos hicieran tránsito a cosa juzgada -Artículo 243- la Corte Constitucional optara por imponer sus decisiones, utilizando para ello los mecanismos coercitivos antes referidos, para generar disciplina y armonizar el ordenamiento jurídico colombiano, dándole a su jurisprudencia un valor superior al integrarla al texto escrito, con lo cual adquiriría el papel de fuente principal de derecho y, por ende, esquivando el obstáculo del carácter auxiliar prevista en el artículo 230 mencionado. Y para redondear su labor, vía jurisprudencial, incorpora la figura del precedente, a través de un sistema de decisiones que obliga a aplicarla a todos los operadores jurídicos, so pena de prevaricar por su inobservancia. Procedimiento que luego el legislativo asumió e incorporó al derecho administrativo, como antes se expuso.

Teóricamente su incorporación en el derecho administrativo puede resultar válida y permitir la consecución del fin que persigue: descongestionar la jurisdicción, crear seguridad

jurídica y confianza legítima, con la construcción de una jurisprudencia uniforme, para la asunción de decisiones coherentes. Solo que el modelo que se traslada: “precedente jurisprudencial”, con el procedimiento utilizado por la Corte Constitucional en el que integra dos conceptos –jurisprudencia y precedente– cuando ellos son distintos desde sus sistemas de origen, como ella misma lo explica en la sentencia C-634 de 2011, puede generar una mayor confusión que termine en frustrar el propósito que ambos persigan. Pero aún más, como lo expone Motta, Suelte & Corrales (2012; pág. 11), esa expresión o la idea que ella representa ha generado una pluralidad de significados y acuñado una serie de nombres, con los cuales se genera mayor confusión en el usuario en la distinción de lo que debe ser jurisprudencia y precedente; con el agravante que en la utilización de los mismos, como ellos lo afirman, se han producido decisiones con reglas de derecho diferentes e incluso contradictorias y situaciones iguales resueltas en forma diversa, con lo que se comprometen la eficacia del Estado de derecho y la seguridad jurídica que es consustancial.

Esa conducta lo que refleja es que la incorporación del precedente en el ordenamiento jurídico nuestro fue producto de un momento coyuntural y no de un proceso que hubiera incluido el conocimiento de la figura desde su concepción, como de las características inmanentes desde el sistema de origen, para estudiar su asimilación al sistema continental a fin de determinar sus coincidencias y sus diferencias y con ellas definir su conveniencia o inconveniencia en ese proceder. Y peor aún, que, con esas falencias, legislativamente se haya impuesto este modelo en el derecho administrativo, cuando la praxis judicial difiere sustancialmente de la que opera en la jurisdicción constitucional, especialmente con el control abstracto. Luego no bastaba para ello las coincidencias existentes entre los dos sistemas de las que se habló en la parte final del capítulo primero, cuando resulta visible la persistencia en la existencia de diferencias entre los mismos.

Un ejemplo que permite observar esas dificultades lo encontramos en el concepto de *doctrina probable*, figura vigente en el derecho administrativo como quiera que no se ha derogado el artículo 4° de la ley 169 de 1896, hallado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 del 2001, en la que exige tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, proferidas por el Consejo de Estado, frente a la nueva concepción de la ley 1437 de 2011 que no exige esa cantidad, sino una, especialmente aquella que contenga la unificación de interpretación que haya hecho la mencionada corporación. Situación que permite reafirmar la concepción del privilegio que el legislador le ha otorgado a la jurisprudencia como resultado de la labor de interpretación que el tribunal de cierre debe efectuar sobre un precepto normativo, en tanto que en la o en las respectivas providencias se establezca una subregla abstracta de aplicación judicial, universalizable para todos los casos similares.

Y aunque el sistema anglosajón ha sido considerado históricamente como un sistema jurisprudencial en razón a que la principal fuente de derecho es la norma judicial nacida de

las decisiones judiciales, no se puede soslayar que esa concepción nació de la aplicación del *Common Law*, esencialmente costumbrista, cuyo razonamiento –*ratio decidendi*– era obligatorio aplicar en casos idénticos. Pero no por ello se puede olvidar que en la actualidad el derecho legislado tiene mayor preponderancia que aquel y que los jueces tienen que someterse a él; luego la decisión que tomen los tribunales judiciales tiene que basarse en esa fuente de derecho y, por lo tanto, la *ratio decidendi*, para que sea vinculante, tiene que tener una subregla aplicable al caso a resolver, cuyo razonamiento de aplicación es el que se convierte en precedente para casos futuros.

Ahora bien, el sistema de organización judicial que opera en el sistema anglosajón es diferente al nuestro, pues mientras en aquel es monista, en el sentido que el juez conoce de todos los casos; en el nuestro es dualista, por cuanto hay separación entre las distintas jurisdicciones –constitucional, ordinaria y contenciosa administrativa–. Dentro de ese contexto, la vinculación a las decisiones entre uno y otro sistema funcionan indistintamente: más riguroso en aquel y poco aplicable en este; incluso en la concepción legislativa, porque, como ya se acaba de decir, en nuestro caso, en el derecho administrativo hay vinculación relativa, excepto con las sentencias de unificación que resulta obligatoria, en la ordinaria es simplemente persuasiva. La coincidencia se radica en que en ambos sistemas, la jurisprudencia y el precedente solo pueden ser creados y modificados por el órgano de cierre de la estructura judicial.

Igual ocurre en la forma como funciona estructuralmente el sistema judicial de ambos modelos, de donde se desprende que el grado de control de legalidad es distinto. Mientras en el angloamericano existen más cortes, y la vinculación de las decisiones en los distritos solo opera entre las partes, las decisiones emitidas en los tribunales del circuito se convierten en obligatorias para las cortes de los distritos que lo conforman, con la tendencia cada vez más frecuente de separarse del precedente a través de las figuras del *distinguish* y del *overrruling*. Mientras que en nuestro medio, solo se tienen tres niveles –jueces, tribunales y Consejo de Estado, lo que permite un control más eficaz, aunque él resulte relativo por la autonomía judicial que le permite separarse de la decisión anterior, si justifica suficiente y adecuadamente su decisión y además demuestra que la nueva posición es más adecuada y justa frente a los fines constitucionales.

No obstante, puede ocurrir que, a la inversa, los jueces generen una interpretación eventualmente distinta y más justa por las situaciones sociales cambiantes que conocen mayoritariamente; pero ella, en sentido amplio, no puede calificarse como jurisprudencia, por cuanto esa competencia, por facultad del constituyente, solo le corresponde a las altas cortes, por tener la función de unificar la jurisprudencia para generar el sistema jurídico único y jerarquizado que exige nuestro ordenamiento jurídico. Quizá, en estricto sentido, se le puede considerar como una norma judicial para resolver casos futuros, lo que se conoce como precedente. Una concepción distinta, además de inconcebible, generaría caos e iría en contra

de la voluntad del legislador que busca, con la instauración de la unificación de la jurisprudencia, generar por parte de los jueces trato igual en la resolución de casos, seguridad jurídica y confianza legítima. Lo que implica que la labor que les asiste a los órganos ubicados por debajo de las altas cortes es solamente la de aplicar la norma establecida en el ordenamiento jurídico con asunción de la jurisprudencia emitida sobre la misma, cuyo razonamiento práctico constituye el precedente judicial que ha de ser repetible en casos similares, conforme a la visión de la ley 1437 del 2011.

Lo escrito permite asegurar, que en el derecho colombiano, especialmente en la jurisdicción constitucional, funcionan actualmente, con dificultades, los dos modelos de referencia: la jurisprudencia y el precedente, aunque operan bajo el esquema del “precedente jurisprudencial” utilizado por la Corte Constitucional. La eficacia de dicho esquema se debe a la fuerza vinculante de las decisiones que ella toma como consecuencia de sus funciones constitucionales: (i) en el control abstracto comúnmente se generan subreglas deducidas de la confrontación de la norma legal con el texto superior, cuyo contenido se convierte en la interpretación oficial que debe ser atendida obligatoriamente por todos los operadores jurídicos; (ii) en el control concreto, en donde, cuando se fija el criterio para la aplicación de los derechos fundamentales, esa *ratio iuris* se convierte en jurisprudencia que se debe cumplir por todos los operadores jurídicos para decidir casos futuros, de ahí que se facilite seguir la línea decisional sin que quepa separarse de ella.

Esa conjunción no puede operar de manera idéntica en el derecho contencioso administrativo, por la diferencia en los juicios que en uno y otro se adelanta. Mientras que en aquel, con excepción del control concreto, dicha función hace referencia al control abstracto del ordenamiento jurídico frente a la Constitución, en el contencioso, la mayoría de los conflictos se originan por la indebida interpretación o la incorrecta aplicación de las normas que reconocen derechos subjetivos. La interpretación, por mandato superior, le corresponde al Consejo de Estado; no obstante, ella, en ocasiones, resulta dispar al interior de las secciones, con las cuales se producen precedentes distintos que complica al usuario e incluso a las mismas autoridades públicas, circunstancia que las ha llevado a desconocer la *ratio iuris* aplicable a un caso concreto. Dicha confusión, también genera una indebida utilización de la jurisprudencia y el precedente por parte del usuario, conducta que se refleja en la transcripción de aquellos párrafos que más se ajustan a la posición jurídica que sustenta su pretensión, desconociendo el contexto de donde surgen y si ellos constituyen o no la razón de la decisión para efectos de su utilización por corresponder a similitud de supuestos fácticos y jurídicos. Dicha cultura jurídica evidentemente deviene de la inexistencia de reglas metodológicas que permita distinguir claramente los conceptos de jurisprudencia y precedente para su aplicación correcta en la actividad judicial.

No obstante, la realidad indica que en la práctica judicial del derecho contencioso administrativo, con la emisión de la ley 1437 del 2011, existen dos figuras incorporadas al

ordenamiento jurídico: la jurisprudencia encarnada en las sentencias de unificación, cuya obligatoriedad es explícita en el ejercicio de las competencias de las autoridades administrativas, incluida la extensión de los efectos de dichas sentencias a terceros no involucrados en el proceso; al resolver el recurso de unificación de la jurisprudencia y los recursos de revisión, ordinarios y eventuales, en la medida que en ellas se construyen las subreglas abstractas de aplicación judicial, universalizables para todos los casos similares. Y, por otro lado, el precedente judicial, como fundamento para la materialización del derecho de igualdad, en la medida que casos iguales deben resolverse de idéntica manera; sin que se indique, prepare y eduque al operador jurídico en el papel de distinguir, en cada sentencia, la parte de la misma que constituye la razón de la decisión para que, al ser contrastada con los hechos relevantes del caso futuro, pueda decidir si la adopta o se aparta de ella.

Pero esta última operación no puede depender de la aplicación del principio de autonomía judicial, por cuanto ella también tiene fronteras definidas en el respeto del precedente jurisprudencial y en la observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la decisión judicial, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-1130 de 2003. Lo que significa que el juez no puede eludir las decisiones jurisprudenciales que haya emitido el tribunal de cierre y solo en ocurrencia de un evento que no esté regido por una fuente de derecho, incluida la jurisprudencia o la existencia de un precedente, en su obligación de resolver, puede construir una norma judicial que bien puede servirle de precedente para casos futuros pero no jurisprudencia, pues ella no se constituirá cuando la subregla jurisprudencial sea construida por el órgano competente para ello.

Resulta entonces conveniente reiterar que una es la función de crear subreglas como consecuencia de la facultad de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, labor que adquiere el nombre de jurisprudencia y otra, es la aplicación de la misma al caso concreto, cuyo razonamiento es el que constituye precedente. Un ejemplo en vigencia de esta ley, es el acta publicada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuyas primeras 15 hojas se consignan las reglas unificadas que luego se desarrollan y aplican en ocho casos distintos. Estos casos son los que irán a ser precedentes de aquellos que haya que resolver en el futuro y que tengan identidad fáctica y jurídica, circunstancia que crea un nuevo horizonte en el ámbito judicial y administrativo: en el primero, porque el demandante sabe hasta dónde pueden llegar sus pretensiones y para la demandada cómo provisionar recursos en el Fondo de Contingencias para los efectos de una eventual condena; y, en el segundo, como parámetros para que, al momento de cumplirse el requisito de procedibilidad de la conciliación, en sede administrativa, se sepa graduar el monto de la oferta en un eventual acuerdo conciliatorio.

No obstante, el ejercicio del activismo judicial que imperó en la Corte Constitucional para imponer su doctrina constitucional no puede convertirse en el modelo de reflexión del Consejo de Estado, de hacer decir en las sentencias, bajo el criterio de auscultar el espíritu

del legislador, no que él no dijo, sino lo que quiere que el juez diga, al estilo del juez Holmes. Su decisión debe estar estructurada en fuentes de derecho que den seguridad jurídica y confianza legítima, de lo contrario, su aplicación dependerá del criterio de quien tenga el caso para resolver, circunstancia que generará en caos y en falta de legitimidad en la justicia.

Esas someras disquisiciones permiten vislumbrar las múltiples dificultades que se pueden presentar en el ejercicio de la aplicación simultánea del concepto de jurisprudencia y precedente en el derecho administrativo, bajo el criterio de “precedente jurisprudencial”; y como quiera que en la toma de decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo existen falencias que han contribuido a la inseguridad jurídica que reina y que la tiene congestionada, surge la necesidad de profundizar en ellas y de buscar el mecanismo para superarlas, especialmente hallar un perfil metodológico que permita construir una motivación uniforme de las sentencias, especialmente las de unificación, que sirva de guía y corrector no solo para la administración de justicia, sino para la administración pública, que se nutre de ella. Esa será la labor del siguiente capítulo.

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS PARA LA CORRECTA ADAPTACIÓN DE LOS MODELOS DE REFERENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

En capítulos anteriores se hizo referencia a la evolución histórica-jurídica de la Jurisprudencia y el precedente en los derechos en donde esas instituciones son estelares, y se aludió a las características de cada uno, e incluso a las aproximaciones que tenían en la actualidad y la manera como fueron introducidos por la Corte Constitucional en el derecho nacional. Igualmente se concluyó de manera clara, que si bien las dos figuras tienen un mismo origen –la decisión judicial-, y buscan el mismo fin –resolver los problemas del sistema en la administración de justicia-, lo cierto es que por sus características diferentes no deben ser usados como si fueran una misma institución, a la usanza de la mencionada corte, por las complejidades que ello genera para el derecho administrativo en donde fueron incorporadas positivamente.

Pero como su incorporación se hizo con ausencia de pedagogía, inducción y difusión, lo cual se refleja en la utilización indebida de las mismas en la sustentación de decisiones y pretensiones por parte del juez y del usuario, lo que corresponde ahora, es entrar a resolver cómo estas dos figuras, con sus diferencias, deben ser utilizadas de manera correcta en el campo del derecho administrativo; para lo cual amerita la construcción de un esquema metodológico que enmiende el error y evite futuras complejidades en el marco de la materialización de las mismas, a efecto de que no pierdan la eficacia para el cual fueron creadas.

No obstante, y como proemio a dicho planteamiento se debe partir por reconocer que las dos instituciones pertenecen a sistemas con una estructura funcional diferente -el anglosajón es monista, mientras que el continental es dualista- y que ellas obedecen, en la resolución de casos, a distintas maneras de argumentación y, por ende de aplicación y vinculación, lo que determina, como se vio en el capítulo primero, tener unas características y unos rasgos diferenciables pero conciliables en el espectro jurídico, coyuntura sobre la que se edificará la propuesta enunciada, para lo cual se indicará: el escenario analizado y los problemas sustanciales que se encontraron, que serán el soporte del mismo y las respectivas conclusiones, todo lo cual es producto del material examinado, que junto a la experiencia adquirida en la práctica judicial, determinan las reflexiones que se consignan en este capítulo.

1. Análisis de la metodología para la formulación de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo Colombiano

Para corroborar la hipótesis planteada se realizó un trabajo de análisis documental de sentencias del Consejo de Estado en las cuales se formuló jurisprudencia persuasiva, y de

sentencias emitidas recientemente bajo la égida del C.P.A.C.A. en las que se manifestó la jurisprudencia vinculante y en las que se han definido unos parámetros consonantes con las características propias de la figura definidas en los dos primeros capítulos de esta Tesis.

El análisis se delimitó: al estudio de sentencias del Consejo de Estado, específicamente las emitidas por la Sección Tercera, y ello obedeció a las siguientes razones: (i) ser la Sección Tercera la que ha generado una mayor producción jurisprudencial y, a su vez, una renovación constante; (ii) siendo a su vez la dependencia que acumula la mayor congestión judicial, lo cual implica entre otras cosas, una urgente reestructuración para atacar esa problemática; (iii) estar subdividida en tres subsecciones, lo que la convierte en factor de disparidad de criterios jurídicos y (iv) por estar liderando la tarea de unificación de la jurisprudencia, función que le fue delegada al Tribunal Supremo de esa rama del derecho, de la cual hace parte.

A una temática sustancial -la responsabilidad extracontractual del Estado- porque es el de mayor número de procesos judiciales atendidos por la sección, lo cual conlleva un fuerte impacto en la restauración de los derechos de las personas y, por ende, en el Estado mismo, mirado desde la perspectiva patrimonial; y, además, por ser un tema en el que con anterioridad al CPACA ya existía un amplio desarrollo jurisprudencial, no solo por la distinción de los dos regímenes de responsabilidad existentes, sino por la creación de títulos de imputación para cada uno de ellos. Y a tres periodos de tiempo específicos, los cuales definieron así: el primero, tiene que ver con aquellas emitidas a partir de 1964, fecha en que adquirió plena competencia el Consejo de Estado, hasta antes de la Constitución de 1991; el segundo, parte desde la emisión de la Constitución de 1991 hasta la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y, el tercero, tiene que ver con la etapa actual, cuyo estudio se centró en las diecisiete sentencias de unificación hasta ahora emitidas por la Sección Tercera, contadas a partir de la entrada en vigencia del nuevo código que las estableció como el núcleo para la unificación de la jurisprudencia y la base del precedente judicial.

Inicialmente se identificaron un total de 538 sentencias, de las cuales, 300 correspondieron al primer periodo; 224 para el segundo periodo y 17 para el periodo final, que son las sentencias de unificación emitidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado a partir del 2 de julio de 2012 hasta el 2 de julio de 2015. De las identificadas se seleccionaron, en razón a las pautas metodológicas de esta Tesis, 68, de las cuales 30 para el periodo uno, 23 para el periodo dos y, para el tercero la totalidad de las 17 sentencias de unificación mencionadas.

Con base en ese material, el análisis documental se estructuró sobre el examen de los siguientes aspectos formales de las sentencias seleccionadas: identificación del ponente y la ubicación en la subsección de la que hacía parte. En el primer periodo solo existía una

sección, al final del segundo y en el tercero ya aparecieron las subsecciones A, B y C. Si hubo o no salvamento o aclaración de voto; solo en un diez por ciento, en cada período, se presentaron salvamentos y aclaraciones de voto, siendo éste último un número menor (1%). Si se siguió un mismo eje temático y si se desarrollaron subtemas del mismo. En la mayoría de las sentencias, especialmente en el primer periodo, la sentencia seguía un mismo eje temático; en el segundo, un 3% incluyó otro eje y en el tercero un 1%. La extensión material de la sentencia –corta (entre 5 a 10 páginas), media (entre 10 y 40 páginas), y larga (más de 40 páginas)-. En el primer período la mayoría de las sentencias fueron cortas. En el segundo, el setenta por ciento fueron extensas y en el tercero, el cincuenta por ciento medias y el cincuenta por ciento extensas.

El análisis se centró en la parte motiva de las sentencias, y de él se encontró lo siguiente: 1. Si se siguió un esquema en la formulación de ella, en el primer período la mayoría de las sentencias tenían un esquema similar, lo que no ocurrió en el segundo y, especialmente en el tercero, en donde jugó un papel importante el impuesto por el ponente en cada una de las subsecciones. 2. Si en ella se planteaba el problema jurídico a resolver y, si se hacía de manera directa o en forma ambigua. En el primer período la totalidad de las sentencias analizadas partían por especificar el problema jurídico a resolver; en el segundo, especialmente al final del mismo, en un diez por ciento se planteó el problema a dilucidar y el resto de sentencias solamente planeaban el esquema como iban a desarrollar el tema objeto de la apelación; y en el tercer periodo, la mayoría de las sentencia, no como problema jurídico sino como situaciones previas, invocaron aspectos procesales, muchas veces no objeto del recurso y esbozaron los puntos que iban a desarrollar para desatar la instancia. 3. Si se señalaba la norma o regla jurisprudencial que regulaba el problema jurídico o, por el contrario, si existían vacíos, antinomias o la posibilidad de una aplicación analógica. En el primer período, por inexistencia de cláusula de responsabilidad expresa, se sustentaban en la norma constitucional que indicaba la función de las autoridades, y con ella y normas procesales del Código Contencioso Administrativa sustentaban las decisiones sobre responsabilidad extracontractual; en el segundo, se fundamentan en la cláusula general de responsabilidad prevista en la Constitución y en las regímenes de responsabilidad y títulos de imputación creados como subreglas desde antes de la Constitución de 1991 y en el tercero, la mayoría de las sentencias analizadas incorporan, además, normas del Derecho Convencional. 4. Si las sentencias justificaban la necesidad de actualizarla, modificarla o cambiarla; en el primer período existió estabilidad en la aplicación de la subregla jurisprudencial, circunstancia que persistió al comienzo del segundo periodo, pero que fue sustancialmente modificado en el tercer periodo, con el agravante que solo en un dos por ciento justificaron la actualización, modificación o cambio. 5. Si la sentencia permitía una diferenciación clara entre lo que es la regla iuris y el *obiter dicta*. En el primer período, por lo cortas y la existencia de formulación del problema jurídico, era fácilmente identificable la razón de la decisión y lo que constituía simplemente argumentación adicional a la regla aplicable para la solución del caso; en el segundo, especialmente al final, por la extensión de

la motivación y la necesidad de recurrir al derecho constitucional, la diferenciación resultó difícil hacerlo; y en el tercer período, a pesar de calificarse como de unificación, no existe esa clara diferenciación, por cuanto no se justifica la razón de la misma. 5. Finalmente se indagó si las sentencias planeaban conclusiones. En el primer período, aunque no se planearon como constitución de reglas, el razonamiento utilizado para la aplicación de las mismas permitía deducirlas fácilmente, lo que no ocurrió en el segundo y tercero, que solo recurren a indicar una unificación, repito, sin justificación alguna y solo en las emitidas el 28 de agosto del 2014, a excepción de una, aplican la subregla a los ocho casos sin mayor explicación alguna, que luego reflejan en la decisión.

Del análisis documental mencionado se extrae las siguientes conclusiones:

1. No existe en el Consejo de Estado una metodología definida, ni ahora ni antes, para la formulación de una regla o subregla jurisprudencial, ni mucho menos para el precedente en las características como fue incorporado en el derecho administrativo a instancias de la Corte Constitucional. 2. Con excepción del primer periodo en las que si se hizo para justificar la decisión de declarar responsable al Estado por los perjuicios causados en ausencia de norma expresa, en el segundo y en parte del tercero, solo adecúan las subreglas creadas en el primero, con disparidad de criterios que confunden al usuario del modelo que debe seguirse para aplicar uno u otro título de imputación deducidos de cada régimen de responsabilidad y solo justifican la necesidad de aplicar el Derecho Convencional para adecuar la condigna condena. 3. A excepción de los aspectos procesales que invocan como situaciones previas a resolver la instancia, es palpable la ausencia de formulación de o los problemas jurídicos que constituyen la controversia jurídica que deben resolver; inclusive la falta de un dialogo al interior de la parte motiva que determine si el caso está regido por una norma constitucional, legal o reglamentaria con sustento jurisprudencial, o si requiere una solución analógica; es decir, no se determina si hay o no vacío normativo o la existencia de antinomias, cuya presencia amerite la necesidad de crear una nueva regla para solucionar el caso, con su correspondiente justificación. 4. Por las anteriores razones y la extensión de las elucubraciones consignadas en la parte motiva, muchas de ellas innecesarias y descontextualizadas, impiden que el usuario pueda encontrar una diferencia concreta entre regla jurisprudencial y *obiter dicta*.

Todas esas circunstancias, especialmente la confusión en la aplicación de las reglas jurisprudenciales creadas en el primer período, ha generado disparidad de criterios decisionales y con ellos la construcción de precedentes erróneos, que luego se constituyen en parámetros que asumen usuarios y jueces, quienes, a su vez, los diluyen ampliando o disminuyendo la doctrina, haciendo perder legitimidad a las reglas iniciales y restándole el brillo a la función que cumple el Consejo de Estado de unificar la jurisprudencia. Incluso, las discrepancias persisten aún en la aplicación de sentencias de unificación –privación injusta-, pese a la autoridad de la misma, que desdice de la unidad decisional que se impone con la

emisión del nuevo Código de Procedimientos Administrativos y de lo Contencioso Administrativo.

Como la tendencia de las sentencias de unificación es la reiteración de razonamientos jurídicos contenidos en decisiones anteriores, a los que se les pone ese epígrafe para darles la autoridad que incorpora este tipo de sentencias, el esquema que se propone indica la necesidad de que ellas contengan reglas jurisprudenciales claras y precisas con su respectiva justificación, procurando evitar que en ellas se plasmen presunciones de hecho, por el peligro que ello conlleva al constituirse en subregla que luego se convierte en fuente de derecho. Para su debida aplicación ellas deberán ocupar un apartado especial dentro del acápite de la motivación, para que el juez o el usuario la descubran fácilmente y la apliquen a casos similares.

2. Los tres grandes problemas sustanciales en la formulación de la Jurisprudencia y el Precedente

Fruto del análisis cuidadoso y riguroso realizado a las sentencias seleccionadas se concluye que existen tres grandes problemas sustanciales frente al tema de la Tesis los cuales se definen así: -(i) la indebida distinción entre las dos instituciones –jurisprudencia y precedente-; (ii) la confusión del órgano que crea la jurisprudencia y el precedente; y, (iii) los errores en el contenido de la motivación de la sentencia en el proceso de formulación de la jurisprudencia y el precedente, como se expone a continuación.

2.1 La indebida distinción entre las dos instituciones.

Se parte por afirmar que su indebida utilización en el derecho administrativo debe ser atribuida, como se dijo atrás, a la ausencia de un programa metodológico de preparación, inducción y difusión de las dos instituciones, cuya existencia hubiera permitido, tanto al juez como del usuario, diferenciarlas para su debida aplicación; circunstancia que determinó que, en la práctica judicial o administrativa, cualquier párrafo de la sentencia se constituyera en soporte para sustentar pretensiones o decisiones. Por manera que, como dicha conducta se ha arraigado en la cultura jurídica interna, hay que hallar el mecanismo que la corrija y evite futuras complejidades en el marco de la materialización de las mismas.

Y comoquiera que la confusión práctica es por el reconocimiento de las mismas como fuentes de derecho, para su articulación en el derecho administrativo resulta indispensable reconocer que la jurisprudencia es la base primordial para la existencia del precedente, en tanto que aquella es universal y abstracta, mientras que éste es individual y concreto. Por manera que a partir de esta concepción y las características de cada uno, dependerá su uso en el sistema jurídico interno.

Dentro de ese entorno, frente a la Jurisprudencia reiteradamente se ha indicado que dicha figura lleva ínsita la construcción de normas judiciales generales que llenan vacíos o lagunas, cuando no hay norma aplicable al caso; o cuando existiendo, su texto es oscuro, o resulta contradictorio e incompatible con otras disposiciones; o, a pesar de existir normas claras los hechos probados no sean subsumibles en ella; todo lo cual se hace a través de máximas o reglas en abstracto que se convierten en fuente directa del derecho aplicable en la administración de justicia, en tanto que ellas se integran en un solo cuerpo al ordenamiento jurídico escrito, que es al que está obligado el juez en la actividad judicial. De ahí que esa labor se haya constituido en el instrumento válido a partir de la cual se resuelven complejidades propias del mismo.

Ahora bien, para efectos de la solidificación de la institución de la Jurisprudencia, ascendida a fuente principal de derecho, y que ha de servir como sustento de la figura del precedente judicial, es preciso señalar que el Consejo de Estado no partió de cero, por cuanto existían decisiones histórico-jurídicas en donde, de antaño, quedaron plasmada reglas y subreglas jurídicas que permitieron dar solución a problemas jurídicos del momento, bien por ausencia de regulación legal o por interpretación uniforme de los preceptos existentes. Si se utiliza, a razón de ejemplo, el tema de la Responsabilidad extracontractual del Estado cuando ella no tenía definición alguna en el ordenamiento jurídico de manera explícita, la Corte Suprema de Justicia -cuando ejercía esa competencia- y luego el Consejo de Estado, construyeron un conjunto de reglas jurídicas a partir de los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva, de los cuales se derivaron diversos títulos de imputación: daño especial, como consta en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 29 de julio de 1947, acción promovida por el periódico El Siglo; la falla en el servicio establecida en la sentencia del 28 de abril de 1967 del Consejo de Estado; la falla presunta, deducida en la sentencia de octubre 24 de 1990 del Consejo de Estado; el riesgo excepcional, visto en la Sentencia del 20 de febrero de 1989 de la misma corporación, etc., por citar solo algunos títulos; a través de los cuales, por la generalidad de la regla construida, el juez administrativo pudo resolver múltiples peticiones indemnizatorias en sentido positivo o negativo, tras la subsunción del caso particular y concreto en una de las reglas abstractas creadas.

Desde luego, a partir de esos parámetros, para la construcción de la regla jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, en la obligación de resolver definitivamente el caso mediante sentencia, para efectos de su legitimidad ante la comunidad jurídica, la sociedad y en el marco del Estado Democrático, resulta vital la carga de transparencia que debe estar ínsita en ella, y que se traduce: en el deber que adquiere el juez de motivar el asunto a resolver; de señalar de manera clara y precisa el estado del arte respecto de las fuentes de derecho que pueden gobernar el caso -cuya tarea incluye la de revisar si hay o no jurisprudencia o precedente vigente-, distinguiendo si existe o no disposición jurídica aplicable, si se debe recurrir a otras normas que analógicamente puedan resolver el asunto; o, establecer la presencia de un vacío o laguna, una antinomia o indeterminación. Del examen

de esos elementos se llega a la conclusión si es o no necesario edificar una solución jurisprudencial, que al ser abstracta y universalizable se convierte en fuente de derecho, a la cual se pueden subsumir casos futuros. A partir de dicho esquema se edifica el papel relevante de la jurisprudencia y su concreción evita que haya variaciones ocultas o inadvertidas de la doctrina judicial.

Significa lo anterior que, *prima facie*, a dar una respuesta al problema jurídico que se le presenta en el asunto en conocimiento y frente a la obligación de resolverlo, pues no puede eludir esa responsabilidad so pretexto de inexistencia de norma aplicable, o ante la presencia de esta o alguna otra de las complejidades sistémicas ya mencionadas, el deber de la jurisdicción es proceder a regular en forma general y abstracta la situación planteada mediante la emisión de una decisión en la que se construya una regla jurisprudencial que no solo resulte aplicable para conceder o denegar el *petitum* correspondiente. Pero esa solución no debe conducir al surgimiento de otro problema metodológico: confundir la regla jurisprudencial con el acto de aplicación al caso concreto, porque son dos situaciones diferentes. Mientras que lo primero es la creación de la regla como resultado del estudio profundo efectuado y que amerita una solución jurisprudencial; la segunda es la operación de subsumir el caso a la regla creada, a través de la cual se da una respuesta positiva o negativa a la controversia judicial. Por esa potísima razón, como se planeará al final del capítulo, la motivación de la sentencia deberá contener, de manera clara y precisa, cuál es esa regla jurisprudencial abstracta y universalizable que le corresponde aplicar; ejercicio que, como en seguida se verá, le corresponde al juez posterior, quien deberá decidir si el caso en donde se aplicó la regla constituye o no precedente para el nuevo caso, frente a la coincidencia fáctica y jurídica.

Por su parte, el precedente, para efectos de su implementación en la práctica judicial, debe ser diferenciado de la jurisprudencia, a efectos de propender por su eficacia. Para hacerlo, no puede soslayarse su origen costumbrista que, en ausencia de norma escrita, les permitió a los jueces resolver múltiples casos mediante la creación de reglas o normas judiciales que se erigieron en precedente aplicable a casos futuros similares. En ese sentido, como se definió en el capítulo primero, constituía precedente cualquier resolución o actuación judicial ubicada cronológicamente en un punto anterior en el tiempo a aquel que se tomaba como referente: O, en otras palabras, todo evento o decisión previa que se toma como referente a una decisión actual, que el juez posterior debía tener en cuenta.

Como también, que el precedente originario se fue diluyendo al adquirir preponderancia el derecho legislado -principal, secundario, convencional o comunitario-, que se convirtió en fuente principal de derecho, por encima del precedente, que lo fue con la preeminencia de la costumbre, al punto que el juez no podía rehusarse a aplicarlo. Esa alteración posicional del sistema de fuentes cambió, en la dinámica judicial, la forma de creación de las reglas o normas judiciales que emanaban del juez en la resolución de los casos

individuales –precedentes-, en cuanto surgían de la interpretación de una determinada disposición jurídica contenida en una ley que resultaba aplicable al caso, la cual debía ser tomada en cuenta por el juez posterior en la ocurrencia de asuntos con similitud fáctica y jurídica, a menos que pudiera separarse de ellas por existir distinción en los hechos relevantes de los dos casos en comparación, o fuere anulable por resultar injusta o inadecuada; tendencia ésta que evolucionó hacia el principio del *stare decisis*, que tradicionalmente se ha entendido como estarse a lo decidido.

Visto desde esa óptica, una conclusión sería que hay similitud en los conceptos de jurisprudencia y precedente, afirmación que surge luego de comparar ambos conceptos tanto en el Derecho Continental como en el Anglosajón, especialmente en este último en donde adquiere dicha connotación el razonamiento jurídico que el juez hace sobre la solución de un caso, que es lo que llaman *ratio decidendi* y constituye propiamente el precedente; lo que implicaría aceptar que la interpretación normativa –jurisprudencia- y el razonamiento casuístico –precedente-, son la misma cosa. No obstante, la diferencia radica en que la primera adquiere la connotación de jurisprudencia cuando por su repetición se vuelve constante y por su abstracción subsume muchos casos semejantes; mientras que si ella solamente busca una solución individual que no colectiva, esa regla se constituye para el juez en una “norma judicial” aplicable para resolver el caso planteado y que debe tener en cuenta en casos similares para efectos de la igualdad de trato; diferencia que debe tenerse en cuenta para los efectos de la vinculación vertical y horizontal en la actividad de administrar justicia.

Y aunque el uno y el otro obedezcan a condiciones similares, esto es, a la existencia de una jerarquía en la organización judicial –provenir de sus propios tribunales de cierre- que implica saber qué decisiones obligan y a quien, en la práctica, mientras la jurisprudencia solo tiene un promotor, el precedente puede surgir en los órganos inferiores o en los tribunales de apelación, con mayor preferencia al de cierre. Aclarando, que en el caso colombiano, a la luz del nuevo Código de procedimientos Administrativos y de lo Contencioso Administrativo solo se requiere de una decisión y no de varias como antes existía y se predicaba de la doctrina probable.

En efecto, la ausencia de una regla metodológica para saber diferenciar de manera clara y precisa lo que constituye jurisprudencia y lo que es precedente, ha generado el conflicto al que a diario se ve sometido el usuario de justicia: ignorar el grado de vinculación de éste, que se constituye en parte de la congestión judicial -otra de las problemáticas actuales-. Bástenos con mirar la actitud que constantemente asumen los operadores jurídicos y litigantes al sustentar sus posiciones jurídicas con transcripción de párrafos de providencias emitidas por tribunales e incluso de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción que: ni identifican la razón de la decisión del caso que invocan, ni mucho menos establecen la identidad de los hechos relevantes. Y si la decisión, pese a esa anomalía, acoge una u otra posición, la consecuencia negativa, en nuestra cultura jurídica, es el nacimiento de un nuevo

precedente, que a todas luces no lo es, o mejor no lo puede ser, porque no es un precedente originario, produciéndose una cadena de supuestas fuentes que generan inseguridad jurídica.

Una manera sencilla para distinguir que la interpretación de un precepto normativo aplicable al caso adquiere esa connotación de precedente es partir por identificar si el razonamiento jurídico es el resultado de la aplicación directa de una fuente de derecho que ya existe, vale decir, ley en sentido amplio, jurisprudencia, principios generales, incluido un precedente vinculante, etc. Si la respuesta es afirmativa, él no constituye fuente de derecho, por cuanto la norma jurídica que el juez está creando con el mismo no es originaria, es una norma derivada de una fuente de derecho preexistente. En cambio, si el juez no encuentra fuente de derecho preexistente aplicable al caso, y en su deber de decidir o resolverlo, se ve abocado a crear una norma jurídica, ésta se convierte en una *ratio decidendi* originaria, vale decir, un nuevo derecho de origen exclusivamente judicial. Ese ejemplo permite, a su vez, medir el grado de vinculación de uno y otro. Éste, sin lugar a dudas, se convierte no solo en precedente, sino en fuente de derecho vinculante; mientras que el primero que es en donde teóricamente se encuadran los llamados precedentes, será acaso, una norma judicial, repetible en casos similares, para efectos de la igualdad de trato, pero con efectos persuasivos.

Por eso es dable entender, que no toda sentencia contiene regla jurisprudencial; como tampoco que toda sentencia, ni todo lo manifestado por el juez en la misma constituye precedente; ese estatus, como ya se dijo, está reservado solamente para los pronunciamientos en derecho; por manera que las afirmaciones fácticas o los razonamientos sobre hechos no constituyen precedente. En otras palabras, las proposiciones de derecho enunciadas por el juez en sus sentencias a través de las cuales él justifica su decisión, o mejor, aquellas consideraciones que constituyen el fundamento jurídico normativo de la decisión, es lo que los anglosajones denominan *ratio decidendi*, y lo que ellos consideran precedente, el cual debe ser descubierto por el juez posterior para resolver un caso futuro que tenga identidad fáctica y jurídica. De donde se infiere que las demás motivaciones que contenga la parte motiva solo son simples *obiter dicta* que no constituyen precedente. Lo que igualmente permite afirmar, que una sentencia puede tener una o varias *ratios decidendis*, dependiendo del número de problemas jurídicos que haya resuelto.

Implica lo anterior, que el precedente, en la práctica judicial, está destinado a la aplicación uniforme de una disposición jurídica a casos con identidad fáctica y normativa, labor que deben asumir los operadores judiciales y administrativos en los casos de su competencia. Conducta que cobra mayor importancia en términos de la legitimidad democrática, en la medida que se crea seguridad jurídica y se materializan los principios de congruencia decisonal e igualdad de trato en la resolución de casos judiciales con identidad fáctica –hechos- y de objeto -petitum- que no pueden romperse sin resultar ellos vulnerados, lo cual da transparencia al juez, legitimidad a la jurisdicción y confianza legítima en la sociedad que encuentra previsible las decisiones judiciales.

2.2 La confusión del órgano que crea la Jurisprudencia y el Precedente.

Resulta pertinente señalar, al tenor del artículo 237 superior, que al Consejo de Estado, como tribunal de cierre de la jurisdicción, es a quien le compete señalar y unificar la jurisprudencia respecto de las normas administrativas, sin desconocer la que emita la Corte Constitucional en su control abstracto y concreto, ésta última cuando a través de ella se define de forma clara y precisa la manera de interpretar y aplicar los derechos fundamentales para efectos de la tutela efectiva de los mismos.

No obstante esa realidad y si bien se acepta que el Consejo de Estado históricamente y en el marco de la nueva normatividad administrativa ha estado llamado a ejercer esa función unificadora, no es menos cierto que con la creación de los Juzgados Administrativos esa situación ha cambiado; porque: la mayoría de los casos que antes eran de conocimiento de los tribunales en primera instancia, por cuantía, pasaron a ser competencia de los juzgados, por lo que aquellos hacen la segunda instancia de estos, lo que los convierte en órganos de cierre de la jurisdicción a ese nivel; es decir, que sus providencias adquieren la fuerza vinculante que deben seguir los jueces administrativos, so pena de revocación de la decisión contraria, por lo que, indirectamente, ejecutan un papel de unificador de la misma.

Frente a esta perspectiva podrá argüirse que con los mecanismos que el legislador creó en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, esto es, los recursos extraordinarios de unificación de la jurisprudencia y de revisión, incluso el procedimiento de la extensión de la jurisprudencia, a pesar de la situación planteada en el párrafo anterior, el Consejo de Estado podrá cumplir con la labor de unificación, cuya jurisprudencia unificada irradiará toda la jurisdicción por ser la cabeza de la misma. No obstante, el ejercicio de estos mecanismos tiene sus limitaciones que materialmente impiden el conocimiento general de todos los asuntos contencioso administrativos por parte del Consejo de Estado, como se expone en seguida.

Por ejemplo, el recurso de unificación de la jurisprudencia, creado por el legislador con el propósito de asegurar la unidad de 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 el caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales; que procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia proferidas por los Tribunales Administrativos, para su procedencia se requiere que previamente haya una sentencia de unificación que, sin justificación alguna, haya sido desconocida por la providencia emitida por el respectivo tribunal, evento en el cual el recurso cobraría su eficacia, pues se estaría ante el desconocimiento del principio de igualdad de trato.

Puede ocurrir que el tribunal al elaborar la sentencia y auscultar el ordenamiento jurídico se encuentre con una cualquiera de las complejidades anotadas, y por la necesidad de emitir una decisión de fondo tenga que recurrir a crear una regla judicial que solucione el caso; esa decisión, pese a cumplir con el requisito de la cuantía, no podría ser objeto del recurso del que se habló por la inexistencia de una sentencia de unificación del Consejo de Estado con la cual se pueda contrastar; luego ante la ausencia de recursos, dicha providencia va a quedar en firme, convirtiéndose en orientadora del ordenamiento jurídico en el nivel territorial.

En una situación como la planteada, el único camino que queda para que el caso llegue al conocimiento del Consejo de Estado es que él decida asumir el conocimiento de dicho asunto por importancia jurídica, transparencia económica o social o la necesidad de unificar jurisprudencia. La dificultad que presenta este evento es que esa vía puede ser utilizada en el momento en que el negocio se encuentra en el Tribunal Administrativo pendiente de fallo y no cuando ya éste ha sido emitido y para que ello ocurra dependerá de las siguientes circunstancias: a) de una adecuada logística para conocer la existencia de procesos en los 27 tribunales que existen en el país, en los que exista una cualquiera de las complejidades a las que se ha venido refiriendo y b) de la discrecionalidad de los mismos para remitirlo a la alta corporación. Lo que indica que hay un vacío que debe superarse afín de que aún en estos casos puedan llegar a la alta corporación a efectos de lograr la unificación que es el medio más eficaz para materializar la igualdad de trato.

Si se aborda el recurso extraordinario de revisión, que procede por las ocho causales previstas por el legislador y se dirige contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales y por los jueces administrativos, solo resulta eficaz si se estructura en alguna de las mismas. Pero en ninguno de los supuestos allí planteados se puede encajar la posibilidad de que el órgano competente pueda ejercer el control de legalidad sobre aquellas sentencias que contengan una doctrina judicial originaria creada por el juez, tribunal, subsección o Sección, que no haya sido ratificada por el Consejo de Estado como órgano unificador de la misma, en ejercicio de su facultad como Tribunal Supremo de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Y si se trata del recurso especial de Revisión eventual, establecido por el legislador con el propósito de unificar la jurisprudencia, en tratándose de procesos promovidos para la protección de derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, a efectos de lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales a la misma situación fáctica y jurídica, él solo procederá si la sentencia objeto de revisión presenta contradicciones o divergencias interpretativas respecto del alcance de la ley aplicada por el tribunal, se opone a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a la jurisprudencia reiterada de esta corporación; en otras palabras, significa que dicho recurso será viable si la providencia objeto

de recurso incurrido en una cualquiera de dichas situaciones, y, desde luego, que exista la sentencia de unificación del Consejo de Estado o la demostración de la jurisprudencia reiterada de esta corporación. Lo que implica que, como se vio en el punto anterior, si no existe la sentencia de unificación, ni la jurisprudencia reiterada sobre los alcances interpretativos de la ley aplicada o no existe ésta, ni precedentes judiciales, ni es posible la solución analógica y la providencia contiene una jurisprudencia nueva creada por el Tribunal, la inferencia que resulta es que no es posible la utilización de este recurso frente a la existencia de una doctrina judicial nueva, pues no existirá material judicial con cual contrastarla para efectos de la unificación, que es el fin perseguido con el recurso.

Para la concreción de la novedosa figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, creada para evitar que terceros no vinculados a un proceso tenga que recurrir a instaurar un proceso ordinario para exigir la protección de los derechos subjetivos que ya fueron reconocidos por la jurisdicción, se requiere, como requisito sine quanon para su procedencia, de la existencia de una sentencia de unificación que contenga reglas claras que subsuman diferentes casos, lo que indica que no puede ampliarse los efectos a terceros de una sentencia de unificación que aunque tenga ese epígrafe no contenga ninguna o las que el tercero solicita extender; ello por que dichas pautas, además deben ser uniformes e identificables, deben ser explícitas, producto de la armonización de las distintas fuentes de derecho, porque la función es esa: unificar los razonamientos interpretativos de un precepto normativo, a partir de la cual esa unidad se constituye en el parámetro en el que se concreta ese sistema único y jerarquizado que ha buscado el legislador desde tiempos inmemoriales, para generar seguridad jurídica y confianza legítima.

Como tampoco pueden extenderse los efectos de una sentencia de la Corte Constitucional así en ella se hayan definido derechos subjetivos plasmados en una norma, porque ella no tiene aplicación inmediata, en la medida que solo constituye la interpretación oficial de un citado precepto normativo frente a la norma superior; lo que no significa que su contenido deba desecharse o desconocerse al aplicarlo a un caso concreto. Pero como lo que el legislador previó fue que los efectos de una sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado se pudieran extender a terceros así no hubieran participado en el proceso, lo que le corresponde a este órgano es, al momento de su construcción, incorporar en la misma la regla jurisprudencial emitida por aquella, como también las que, sobre el mismo tema, hayan construido los Tribunales de Justicia creados con fundamento en el Derecho Convencional incorporados al derecho interno, por la prevalencia y vinculación en las decisiones internas. Es decir, que las sentencias de unificación deben concitar todo ese derecho, deben contener todas ellas, para integrarlas en reglas uniformes, claras y precisas que se constituyen en el parámetro de las decisiones judiciales y administrativas futuras. Con esa visión las instituyó el legislador en cabeza del citado órgano judicial, lo que implica que la figura de la extensión resulta improcedente sobre la base de una decisión distinta a la de unificación y proveniente de un órgano diferente.

Pero no se puede pasar por alto que si bien el precedente jurisprudencial fue instituido como fuente de derecho, no es menos cierto que lo que el legislador quiso privilegiar fue a la jurisprudencia, de lo contrario así lo habría dispuesto. Para sustentar esa afirmación baste por indicar que lo primero que hizo fue elevarla al rango de fuente principal y con fundamento en ello y alrededor suyo, en lo que respecta al campo del derecho administrativo, no solo creo la figura de la unificación por parte del órgano competente, sino que la circunscribió a los mecanismos a los que se hizo referencia en párrafos anteriores, con lo cual, repito, se logra materializar el objetivo de tener un ordenamiento jurídico único y jerarquizado, a través del cual se puede exigir a las autoridades públicas armonía y cohesión en la decisión de los asuntos de su competencia. Incluso, no hubiera utilizado la expresión “sentencias de unificación” para buscar la coherencia decisional del sistema, sino que hubiera podido decir “precedentes de unificación”, por cuanto repito, esta figura se predica de la búsqueda de igualdad decisional en casos individuales semejables; mientras que aquella va más allá del caso en concreto, con la creación de una regla *iuris* en la que se subsumen muchos casos. Es así como debe entenderse la revalorización de la facultad interpretativa que tienen las altas cortes, como tribunales de cierre de sus respectivas jurisdicciones, para unificar las dispares interpretaciones del ordenamiento jurídico, cuya jurisprudencia se integra al texto escrito; conjunción que orienta al operador jurídico para la eficaz labor de aplicar el derecho a un caso concreto. Por eso iteró, el legislador habló de jurisprudencia y no de precedentes, aunque en la misma norma le haya reconocido a los mismos una fuerza vinculante para la resolución de casos idénticos y generar seguridad jurídica.

No obstante la claridad normativa, por la dificultad en la distinción de la jurisprudencia con el precedente por parte del usuario y del operador jurídico, se seguirán utilizando los anteriores mecanismos de unificación ya no sobre la base del desconocimiento de la jurisprudencia sino de los precedentes, esgrimiendo para ello en su sustento párrafos aislados de sentencias que generalmente constituyen *obiter dicta* y no la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación. Si no se corrige esa falencia con la construcción de un método que los haga distinguibles para su debida utilización, se estará viviendo el decaimiento de la jurisprudencia como generador de un sistema único y jerarquizado, para privilegiar la regla de *Stare Decisis*, con detrimento de la creación judicial.

Las anteriores reflexiones permiten generar dos conclusiones: (i) que el legislador determinó que la base de la unidad decisional por parte de los jueces y de la administración pública es la unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado a través de las sentencias de ese tipo, contentivas de reglas que irradian el ordenamiento jurídico. (ii) que como todos los casos no llegan al conocimiento de Consejo de Estado, en muchos de ellos los Tribunales Administrativos van a fungir como tribunales de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Frente a la primera no hay objeción alguna, y frente a la segunda, surja el interrogante de si, en estricto sentido, los tribunales pueden crear jurisprudencia de manera

válida y legítima y, si además, ella resulta vinculante o no para los órganos ubicados por debajo de la línea vertical. Desde luego que responder ese interrogante no es una tarea fácil, por la tendencia, repito, de fusionar los conceptos de jurisprudencia y precedente bajo el entendido que ambas nacen de la actividad judicial y que en los mismos eventos involucra interpretación normativa.

Si la respuesta es negativa, significará que los Tribunales no tendrían la facultad de edificar reglas jurisprudenciales y con mayor razón tendríamos que propender por mecanismos para que todos los casos puedan llegar a tener un control de legalidad de sus decisiones ante el Consejo de Estado, para generar seguridad jurídica y unidad decisional en toda la jurisdicción, que irradie a la administración pública en la toma de decisiones de sus competencias.

Pero si la respuesta es afirmativa, como lo deja ver la Corte Constitucional (sentencias T-688 del 2003; T-698 del 2004 y T-571 del 2007) bajo el entendido que los Tribunales, por tratarse de órganos jerárquicamente superiores en el nivel correspondiente, asumen la tarea de unificar la jurisprudencia, por reglas legales, dicha conclusión se respeta pero que no se comparte por dos razones: (i) porque si bien las citadas las providencias de la Corte Constitucional construyen una línea jurisprudencial sobre los límites de la autonomía judicial y los efectos vinculantes vertical y horizontalmente de las decisiones de los tribunales, ellas no pueden ser mal interpretadas por que se incurriría en el error de confundir jurisprudencia con precedente. Una cosa es que ellos puedan dirimir las dispares interpretaciones que los jueces tengan sobre un determinado precepto normativo, vale decir, que busquen una unidad decisional para resolver los casos con identidad fáctica y jurídica, a que se conviertan en creadores de jurisprudencia en estricto sentido, función que es exclusiva de los máximos órganos de cada jurisdicción; y mucho menos su unificación que, en lo que corresponde a lo contencioso administrativo el legislador facultó exclusivamente al Consejo de Estado.

(ii) Porque solo pueden construir una unidad decisional de casos individuales que por situaciones legales no pueden hacer los máximos órganos de cada jurisdicción; de ahí que para su cumplimiento les exija obediencia a las reglas del precedente y doctrina probable, instituciones que se refieren a la reiteración de las decisiones tomadas en el pasado con efectos futuros que han de seguir o tener en cuenta en eventos de similitud fáctica y jurídica. En esos términos, la jurisprudencia que emitan los tribunales, mientras no tengan el control de legalidad de los órganos superiores, se constituirá en fuente de unificación decisional para casos similares de conocimiento de los Jueces ubicados por debajo de la línea vertical, con carácter vinculante, en términos de la Corte Constitucional. Y porque esa concepción generaría contradicción con las instituciones creadas por el legislador en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya unidad decisional, a través de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, serán la base de la unidad del sistema judicial y administrativo.

Pero si se acepta que el Tribunal puede construir reglas jurisprudenciales y una vez emitidas se convierten en fuentes de derecho, por su ascensión a fuente principal; ante esa realidad nos encontraríamos ante una disparidad infinita de interpretaciones que rompería el principio de congruencia y coherencia del sistema jurídico, en tanto que, en razón de su autonomía, en la jurisdicción contenciosa podrían resultar 27 fuentes distintas, disímiles y contradictorias -por igual número de tribunales que existen en el país-; con el agravante que su jurisdicción y competencia son regionales y no nacionales. Y en ese orden de ideas, los jueces administrativos, para cumplir con la exigencia de obedecer la regla jurisprudencial, podrían invocar la del mismo tribunal o la de otro distinto al de su ámbito territorial, con la consecuente inseguridad jurídica.

En pocas palabras, con la facultad de crear autónomamente jurisprudencia vinculante por parte de los tribunales, no sujeta a consolidación por parte del Consejo de Estado, se podrían estar originando nuevas antinomias que quebrarían el principio de unidad decisonal. Y si fuera de ello, persiste la confusión entre jurisprudencia y precedente, la vía para atacar la congestión judicial no es ella, porque, como viene ocurriendo, la administración, especialmente cuando actúa desconcentradamente, para resolver los asuntos de su competencia puede acogerse a cualquier supuesto precedente, aumentando la litigiosidad.

La consecuencia que genera la complejidad esbozada, obliga a pensar en cómo darle solución cuando ello ocurra en la dinámica judicial, valga decir, se presente la federalización de las reglas decisonales -término que sirvió de fundamento en la exposición de motivos del trámite legislativo de la ley 1437 del 2011, bajo el entendido que ello ocurría cuando, en aras de interpretar la norma aplicable al caso a resolver, el juez en su autonomía daba su propia interpretación, con la consecuente dispersión y ausencia de unidad decisonal-.

Frente a un problema de esta naturaleza, la respuesta tradicional sería una modificación legislativa en la que se extienda el control de legalidad, que se surte a través del recurso de revisión, a todos aquellos eventos en los cuales el tribunal actúa como tribunal de cierre y genere una jurisprudencia -establecer una causal que permita que el caso llegue hasta el Consejo de Estado para que unifique la dispar regla judicial que puedan crear los tribunales, mediante la interposición de este recurso-. Otra solución, sería el extender los efectos del recurso de unificación jurisprudencial a aquellos eventos en que los tribunales crean una regla decisonal cuando no exista regla jurisprudencial que lo vincule, con la finalidad de fijar la jurisprudencia para consolidar el derecho de igualdad material.

Las anteriores soluciones dependerían de la voluntad del legislativo, sin embargo no se puede perder de vista que la jurisprudencia como fuente principal de derecho, puede crear sus propios mecanismos metodológicos de definición, construcción y de auto garantía, por ello esta tesis se arriesga académicamente a dar solución efectiva a las dificultades planteadas

no desde la perspectiva de reforma legal sino desde la autoconstrucción de la jurisprudencia en el Consejo de Estado.

Basados en la potestad de creación de derecho, tomando como base la misma figura de la unificación jurisprudencial y en lo que sus características lo permitan, por la ruta de la importancia jurídica, el Consejo de Estado debe construir, vía jurisprudencial, las reglas necesarias para lograr que esas sentencias emitidas por los tribunales y que contienen reglas judiciales originarias, lleguen siempre a esa corporación para su correspondiente revisión a efectos de acogerlas o no como jurisprudencia, mediante la expedición de la correspondiente sentencia que unifique los criterios y consolide su aplicación uniforme en toda la jurisdicción.

Se debe destacar que este es uno de los mayores retos que debe enfrentar la jurisprudencia administrativa, pues su inmenso valor no está dado por la mera unificación para la resolución de casos que han sido resueltos en diferente forma por las propias subsecciones o salas de decisión del Consejo de Estado o de los Tribunales, sino por su capacidad real de orientar, unificar, dar congruencia, coherencia y transparencia a la actividad jurisdiccional administrativa en forma general. En ello la Corte Constitucional, que declaró imperativo respetar su jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya ha dado pasos que permiten dar solución a este problema, con el uso de instrumentos originarios de la Jurisprudencia y el precedente incorporados en forma prospectiva para la construcción de la jurisprudencia administrativa.

Siguiendo la línea conceptual, no es que se pretenda rechazar por inocua la integración que la Corte Constitucional hace de los dos conceptos con la expresión “Precedente jurisprudencial”, lo que se busca es que se distinga de manera precisa lo que es una regla jurisprudencial y lo que es un precedente, porque, como atrás se dijo, con la primera se busca una interpretación uniforme del ordenamiento jurídico, mientras que con el segundo se busca la igualdad de trato decisonal en casos semejantes. Pueden converger en un mismo caso ambos conceptos, cuyo ejemplo es el documento publicado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014 con ocasión de la unificación de la jurisprudencia sobre la manera de liquidar los perjuicios inmateriales. En las primeras quince hojas quedaron plasmadas las reglas, normas o máximas a través de las cuales podían subsumirse la liquidación de perjuicios de esa naturaleza que se deriven de los hechos debidamente sustentados, y a continuación se incorporaron en los ocho fallos, constituyéndose esas decisiones en precedente vinculante para todos los operadores judiciales.

Ahora bien, en su formación el precedente sistémicamente genera otras dificultades, pues no solo se puede presentar en forma vertical, de mucha más fácil aceptación, sino también en forma horizontal (auto precedente), el cual, cuando corresponde a un juez unitario, el peligro por su desconocimiento es mínimo. Pero no ocurre lo mismo con los

jueces colegiados, cuyos conflictos son mayores debido a múltiples factores como: la falta de una publicación fiable de los precedentes existentes, lo que conduce al desconocimiento del precedente anterior; la ocurrencia de discrepancias en los miembros de la misma sala, que obligan a consignar el disenso en salvamento de voto de la decisión mayoritaria; la indebida valoración del precedente por el juez posterior que sin justificación alguna desecha la posición mayoritaria para acoger la del salvamento; por la incapacidad en distinguir el precedente anterior y la indebida distinción de los hechos relevantes de aquel con el nuevo; la falta de persuasión en la argumentación jurídica que venza el precedente anterior; y porque no decirlo, por la falta de tiempo para auscultar nuevas soluciones a través de una revalorización de la jurisprudencia existente por la ocurrencia de cambios sociales, políticos y económicos o por la existencia de un cambio normativo, e incluso, por la modificación de la línea jurisprudencial o el precedente por parte de los órganos encargados de ello. Desde luego, la parte primordial de la regla del precedente es que quien juega el papel principal en su descubrimiento es el juez posterior, a quien le compete la labor de desentrañarlo con fundamento en la comparación de los hechos relevantes entre ambos casos, pasado y presente, para determinar si la *ratio decidendi* es aplicable o hay que separarse de ella por el sistema del *distinguish* o del *overrruling* para crear un nuevo precedente.

De ahí la necesidad de determinar, para efectos de su vinculación, qué autoridad jurisdiccional puede generar precedentes, al menos en el ámbito de este estudio: el Derecho Contencioso Administrativo. Como nuestra jurisdicción funciona jerárquicamente y en el más alto nivel se encuentra el Consejo de Estado, en principio, al tenor del artículo 237 superior, es el diputado para ello y el único órgano con capacidad para cambiar sus propios precedentes, sin que ello implique que aquellos que surjan de los órganos inferiores no puedan convertirse en elementos persuasivos para tal efecto. Pero además, no se puede olvidar que esa función corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a sus Secciones y Subsecciones, de acuerdo a la competencia por la especialidad de los asuntos que conoce; y que en el nivel territorial se encuentran los tribunales administrativos y en la parte inferior de la jerarquía los jueces administrativos, que tienen la categoría de jueces del circuito.

Para efectos de esa vinculación, además de la incomparación de los hechos relevantes, de la norma legal interpretada y el alcance de la *ratio decidendi* deducida, no se puede rehuir la relación existente entre juez del caso anterior con el posterior, pues de ella depende si el precedente es obligatorio o simplemente persuasivo, y será lo primero si proviene del tribunal de cierre de la jurisdicción y que los demás jueces deberán seguir –vinculación vertical-. Desafortunadamente y contrario a lo expresado por la Corte Constitucional en el sentido que el precedente es fuente de derecho de donde dimana su obligatoriedad, ésta imposición pierde su fuerza cuando le reconoce plena autonomía al juez inferior, en su labor de administrar justicia, de separarse del mismo justificando su decisión de manera adecuada y suficiente, de donde surge la concepción que el precedente no es absoluta sino formalmente obligatorio; lo

que implica, en términos de la Corte Constitucional, que ese tipo de precedente no sea absolutamente obligatorio con sometimiento al proceso en donde se construyó la subregla jurídica, sino formalmente obligatoria, o en otros términos, vinculante en el sentido que solo tienen el deber de tenerlo en cuenta, para la resolución del caso presente, pues como se dijo antes, se puede separar de él por el ejercicio de la autonomía judicial.

Con esa premisa, teniendo en cuenta la estructura jerárquica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las complejidades que se pueden presentar en la implementación del precedente van a surgir desde el mismo seno del Consejo de Estado; la razón es que es común ver decisiones contradictorias sobre temas similares en el seno de las mismas secciones y subsecciones, especialmente en la decisión de recursos de revisión eventual del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, cuya competencia es atribuida a las distintas secciones de la corporación, cuya consecuencia son precedentes dispares frente a una misma situación fáctica y si ello ocurre allí, porque no inferirlas en los tribunales y en los jueces administrativos. Lo que indica que la producción de precedentes puede generar un caos, si antes de un orden único y jerarquizado se privilegia la autonomía judicial; y no es que se pretenda acabar con ella o desconocerla, no, es darle orden a la producción judicial para, a través de ella, proteger los derechos subjetivos previstos en el orden jurídico en favor de las personas.

Si, por el contrario, la autonomía judicial debe prevalecer a los intereses generales de trato igual y confianza legítima, podría llegar a pensarse que los tribunales y jueces tienen la facultad de producir sus propios precedentes si se acude a las reglas del *stare decisis* que pregona: (i) que todos los tribunales y jueces están obligados a seguir los precedentes emanados por los tribunales superiores –vertical-; (ii) que todos los tribunales que tengan competencia para resolver recursos de apelación están obligados a seguir sus propios precedentes o decisiones previas –horizontal- y (iii) que una decisión judicial constituye siempre un precedente vinculante para los jueces de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó. No obstante, para que ello debe tenerse en cuenta dos elementos característicos de su configuración: (i) la complejidad del caso a resolver, según el cual: o hay necesidad de construir una regla judicial general y abstracta –jurisprudencia- o una específica y concreta –precedente en sentido propio-, indispensable para fundar una respuesta favorable o no al mismo; (ii) el planteamiento teórico de los casos fáciles y difíciles (en los términos de la discusión de Ronald Dworkin y HLA Hart). Para los primeros, la solución del caso deviene de la aplicación directa de la norma o precepto por parte del juez sin que existe problema alguno de la fuente legal invocada –precedente derivado-, de donde, como atrás se dijo, el sentido decisional adquiere la connotación de precedente en cuanto contiene un pronunciamiento de derecho, pero no constituye fuente de derecho vinculante por cuanto ella se radica en la aplicación de manera directa de la norma.

Puede ocurrir, como en efecto sucede, que el Consejo de Estado, al resolver un caso, no construya frente a él una regla judicial, sino la invocación de una anterior ya creada, evento en el cual, en principio, podría decirse que esta decisión en sí misma no configura un precedente y por ende carece de fuerza vinculante en sentido vertical, pues la que constituye precedente es la decisión primaria que si contiene la regla iuris. No obstante, y para efectos de evitar esta confusión, en virtud de estar enmarcado dentro de un sistema judicial sustentado en un Estado Constitucional de Derecho, las decisiones tienen que observar a plenitud los principios de transparencia –invocación del estado del arte normativo que rige el caso, dentro del cual debe estar ínsitos los precedentes existentes- y los principios de coherencia y congruencia para materializar el de igualdad ante la sociedad, con lo cual se puede aseverar que las decisiones así proferidas deben tener el carácter de precedentes frente a otros casos con identidad de hechos y objeto, con obligación de pronunciamiento. Lo que implica, al menos teóricamente, que para evitar la falta de unidad decisional en materia administrativa, los jueces –incluido el órgano de cierre- deben edificar sus decisiones a partir de la regla iuris general o abstracta -jurisprudencia- o de la concreta o particular –precedente- edificada sobre la norma o precepto que rige el caso determinado, que es el evento considerado fácil.

Ahora bien, como el precedente lo constituye la construcción de reglas decisionales para resolver casos concretos, las cuales derivan de los hechos relevantes sometidos a la decisión del juez administrativo y éste, al resolverlo, encuentra que frente al mismo existe un vacío normativo, hay antinomia, indeterminaciones, etc., significa que se encuentra ante un caso de los llamados difíciles; evento en el cual, por su obligación de resolver, tiene que agotar todos los elementos sistémico-jurídicos, incluso crear una regla judicial o un precedente (según su generalidad o concreción), ante lo cual es el Consejo de Estado el llamado, repito, a incorporar esta nueva fuente de derecho que tendrá un carácter vinculante, no así los tribunales pues generarían el problema al que se dio solución en perspectiva de la jurisprudencia (federalización de la jurisprudencia) y que se puede presentar en la aplicación del precedente.

Pese a esa visión lógica, si se concibiera que los tribunales, en su función de creadores de derecho, tienen la facultad de construir reglas judiciales necesarias para la resolución de casos difíciles, ellas, itero, deben ser el producto de una argumentación jurídica racional y razonable en la que se hayan involucrado todas las fuentes jurídicas, incluida la jurisprudencia y el precedente vinculante de casos análogos y si a pesar de ello, no encuentran fuente que regule el caso, por la obligación de decidir, podrán hacerlo, pero en manera alguna esa regla, a pesar de ser originaria, debería constituirse en precedente vinculante para los jueces inferiores, mientras ella no sea confirmada por el Consejo de Estado. Solo se constituiría en un precedente persuasivo de ellos si dicha decisión, a pesar de tener recursos no se usaron, o no se interpusieron en tiempo, y por ende quedó en firme, circunstancia que

genera una vinculación relativa en la medida que si se contradice por el juez inferior corre el riesgo de ser revocada por el tribunal.

Ahora bien, la vinculación del precedente en sentido horizontal tiene dos matices: si se trata de juez unitario, la autonomía administrativa tiene, además de los precedentes administrativos, especialmente los emitidos por el Consejo de Estado, la limitante de respetar los elementos básicos de racionalidad, razonabilidad y suficiencia argumentativa y para que el ejercicio hermenéutico sea válido, significa que debe apoyarse en tesis correctas, sustentadas en normas existentes e interpretaciones autorizadas y vigentes, vale decir, deben justificar suficientemente su decisión para que la conclusión a que lleguen sea considerada legítima y sea aceptada por el ordenamiento jurídico. Una decisión de esa naturaleza, reiterada en casos similares, genera coherencia y previsibilidad y por ende seguridad jurídica, tanto más si cada precedente, por lógica, debe ser plenamente conocido por el Despacho, independientemente de quien en el tiempo ejerza la respectiva función.

En los jueces colegiados, cuando el tribunal está integrado por tres, cuatro, cinco o seis magistrados –como están conformados la mayoría de los que existen en el país–, habrá igual número de salas de decisión y en cada una siempre existirá, al menos, un magistrado que conozca los precedentes judiciales emitidos en casos similares en cada una de ellas, lo cual permite ejercer un control de las decisiones y preservar el precedente judicial para dar igualdad de trato. Si hay necesidad de emitir un precedente originario por ausencia de fuente de derecho, antinomia o analogías, ese debe ser emitido por la sala en pleno para que sea vinculante con respecto a los jueces administrativos. No ocurre lo mismo cuando el tribunal está dividido en secciones a las cuales se les asigna determinada especialidad. Una decisión judicial será precedente judicial vinculante para ella misma en casos iguales, pero persuasiva para las otras y si se quiere fijar un precedente vinculante para todas ellas y para los jueces administrativos deberá ser asumida por el tribunal en pleno, si se quiere seguir los lineamientos trazados por la Corte constitucional que indica que para efectos de la unificación del precedente, que no jurisprudencial, se deben seguir los lineamientos de los Tribunales de Cierre.

Un tema que genera mucha polémica es el grado de vinculación del precedente en sentido vertical dado el reconocimiento constitucional de la autonomía judicial, que permite al juez separarse del precedente si, de manera adecuada y suficiente, explica las razones por las que se aparta de la jurisprudencia en vigor y demuestra que la interpretación que propone ofrece desarrollar de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esa facultad, en la aplicación del precedente en nuestro contexto, le quita la obligatoriedad que existe en el sistema de origen y lo transforma en una decisión simplemente persuasivo o indicativo, en la medida que no lo vincula al mismo y, en ese sentido, el objetivo de que él se convierta en el redentor de la congestión judicial será ineficaz por la ausencia de perentoriedad, así se considere como fuente de derecho.

Ahora bien, resulta necesario precisar que esa visión de la Corte Constitucional, expuesta en su sentido original –C-836 del 2001- se construyó para sustentar la permanencia en el ordenamiento jurídico de la “doctrina probable” que, como se indicó en el segundo capítulo, nació como mecanismo para unificar la jurisprudencia y de ahí su obligatoriedad, para terminar como la figura del precedente que hoy se impone, en simplemente persuasiva e indicativa, es decir, como lo prevé la citada providencia, en formalmente obligatoria, en cuanto el juez tiene la obligación de citarlo pero conservando la facultad de apartarse del mismo justificando su decisión. En otras palabras, no se definió que la fuerza vinculante del precedente fuera semejante a la ley, ni formalmente obligatoria en sentido estricto, en cuanto existe la posibilidad de revocatoria por el juez superior en el trámite de los recursos interpuestos contra la providencia que haya transgredido el precedente.

Pese a ese defecto, con la emisión del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el precedente judicial adquiere una nueva dimensión: su definición con fuerza obligatoria, al menos en la figura de la sentencia de unificación de la jurisprudencia que emita el Consejo de Estado, sentencia catalogada por el legislador como jurisprudencia, como fuente de derecho, lo cual la convierte, a su vez, en el paradigma para resolver casos con identidad fáctica y jurídica futura, y con la cual se ejemplifica el concepto de precedente jurisprudencial acuñado por la Corte Constitucional, en la medida que el proceso en la que se construye la regla jurisprudencial y aplica al caso concreto, el razonamiento de aplicación se convierte en el precedente que, al tenor del artículo 10 del citado Código, debe ser tenido en cuenta por las autoridades administrativas para la resolución de casos de su competencia, porque él contiene la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales, legales, reglamentarias y jurisprudenciales. Deber que se extiende a la Rama Judicial por cuanto el artículo 103 *ibídem*, obliga a las autoridades judiciales a expresar y explicar de manera suficiente todo cambio jurisprudencial sobre el alcance y contenido de la norma en la motivación de la providencia en que ello se produzca, para efectos de preservar el principio de igualdad.

Concepción que se sustenta en que lo que el legislador quiso privilegiar en dicha normativa fue la unificación jurisprudencial y no el precedente, pues el objetivo fue generar un ordenamiento jurídico único y jerarquizado, el cual solo se logra con la aplicación uniforme de la jurisprudencia en casos concretos, cuya resultado es el surgimiento de un precedente vinculante que permite hacer efectivos los derechos reconocidos por la Constitución y la ley y preservar el ordenamiento jurídico en la medida que da trato igual a casos similares. De la misma manera, generar seguridad jurídica y confianza legítima por la previsibilidad de las decisiones que se deben tomar. De ahí que la integración en un proceso de los conceptos de jurisprudencia y precedente sirva de modelo para la extensión de sus efectos a terceros con identidad fáctica y jurídica, aunque no hayan sido parte en el mismo; o que se refleja como soporte para la resolución de los recursos de unificación y revisión

implementados en el mismo código. Ello justifica que ambas figuras deban provenir del Consejo de Estado y no de los tribunales y que si excepcionalmente estos, en su obligación de resolver, deben construir jurisprudencia o precedente, para su vinculación deben obtener su ratificación por el máximo Tribunal Supremo de lo Contencioso, lo cual le imprime a esas decisiones la seguridad jurídica que requiere el ordenamiento jurídico para terminar con la congestión judicial reinante.

Por las anteriores razones es que existe la necesidad de fortalecer las sentencias de unificación bajo el entendido que es en ellas en donde primordialmente se crean las reglas iuris universales que irradiarán todo el ordenamiento jurídico. No obstante, para una mayor transparencia, el Consejo de Estado tiene la obligación de establecer subreglas metodológicas claras y precisas que señalen el camino correcto para actualizar, modificar o anular la jurisprudencia anterior, a efectos corregir los errores planteados y no regresar al pasado, con la tendencia personal del ponente. Ello incluye la disciplina que debe existir de seguir el auto precedente mientras esté vigente, lo que implica que existe una sentencia de unificación, bien proveniente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de la Plena de las Secciones en donde obviamente se establecen reglas jurisprudenciales, luego no cabría en modo alguno la posibilidad de apartarse de ella, aún con un razonamiento adecuado y suficiente, por el carácter obligatorio que ella tiene y que caracteriza esta figura jurídica; puede salvarse el voto o aclararlo, pero ese razonamiento no constituye fuente de derecho, puede persuadir hasta lograr su modificación o anulación, pero mientras tanto, la posición mayoritaria es la que constituye fuente de derecho.

2.3 Los errores en el contenido de la motivación y los efectos de la ratio decidendi.

El constituyente de 1991 no abordó el tema de la motivación de la sentencia, como si lo hizo el de 1945, por manera que para el análisis que se menciona, se acudió a la regulación que el legislador, en cada época estudiada, había implementado sobre el contenido de las sentencias judiciales, razón por la cual, el examen de las mismas no se efectuó sobre sus aspectos formales sino de su motivación, en tanto y cuanto esa parte debía concretarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, con invocación de las normas aplicables.

Teniendo como base esas limitaciones, el panorama que se deduce del estudio de las motivaciones consignadas en las decisiones emitidas en el primer momento analizado, determina que el juez administrativo, en ausencia de una cláusula de responsabilidad y el deber de administrar justicia, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia, para resolver los problemas jurídicos planeados, tuvo que acudir a pronunciamientos de tipo pretoriano con apoyo en normas del Código Civil, del derecho comparado europeo y principios consagrados en el artículo 16 de la Constitución de 1886; a través de dichos

pronunciamientos, como lo hacía la doctrina extranjera, el juez colombiano comenzó a construir los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva y sus correspondientes títulos de imputación que permitieron la solución uniforme de los problemas jurídicos planteados; vale decir, se crearon reglas y subreglas que, dependiendo de los hechos relevantes, determinaban una previsibilidad de las decisiones, en la medida que había coherencia en su aplicación.

Las decisiones así concebidas adquirieron raigambre y legitimidad en la sociedad, las cuales se hicieron extensivas ante el acaecer judicial de casos similares; incluso tuvo igual consideración el hecho que la invocación equivocada de la regla determinara un resultado nugatoria de la pretensión del demandante, muchas veces por la ausencia de actividad probatoria, que resultaba diferente según el régimen de responsabilidad en que aquella se había edificado; producción negativa que vino a corregirse con la aplicación del principio *iuria novit curia*, cuya interpretación y aplicación desmedida por parte del juez desbordó la construcción de la regla, que tuvo que ser también limitada jurisprudencialmente.

No obstante esas dificultades, la consolidación de las reglas –regímenes de responsabilidad- y las subreglas –títulos de imputación-, por la claridad de las mismas, hizo inoficiosa la incorporación de nuevas doctrinas extranjeras y argumentaciones excesivas. Esa circunstancia, concordante con la obligación legal de motivar de manera breve y precisa las providencias, hizo plausible la construcción de unas sentencias cortas, cuya motivación se centraba en resaltar el problema jurídico a resolver y la razón de la decisión, que básicamente consistía en invocar el régimen de responsabilidad, demostrar y comprobar los elementos del título de imputación invocado. El resultado de esa concreción le permitía al usuario conocer con certeza la línea decisional del fallador e inferir anticipadamente el éxito o fracaso de su pretensión, en tanto y cuanto, su reiteración constituía doctrina probable.

En la segunda etapa, con la promulgación de la Constitución de 1991, el juez debe modificar el paradigma que seguía y, por ende, el contenido de la motivación de las sentencias. Este cambio obedeció a varios factores, uno de ellos, lo originó el hecho que en las sentencias había que incorporarse la doctrina que la Corte Constitucional emitía como intérprete oficial de la Constitución, cuando el caso a resolver involucraba uno cualquiera de la constelación de derechos fundamentales creados en favor de la persona humana, por cuanto el núcleo de ella es y ha sido el respeto de su dignidad; y en razón a que el desconocimiento de dicha doctrina implicaba la anulación o revisión del fallo vía de tutela, de manera que la transcripción de dicha doctrina determinaba la existencia de unas sentencias con unas motivaciones extensas.

No se quiere expresar que esa fuera una característica negativa de la motivación de la sentencia, no, al contrario, le daba un sustento constitucional a su decisión, pero si a esa transcripción se le agregaba la doctrina extranjera y, en algunos casos, la jurisprudencia de

Tribunales Judiciales en las que se interpreta el Derecho Convencional –aunque no fuera sobre casos similares- la motivación de la sentencia se hacía interminable y, por ende, difícil de asimilar para encontrar el núcleo de la decisión del caso en concreto; lo que generaba, para el juez posterior, la confusión al precisar qué parte de ella era un simple *óbiter dicta* y cuál era la *ratio decidendi*. Esa dificultad dio pie para que ese Juez, en la resolución del evento posterior, incorporara en su motivación párrafos aislados de la sentencia anterior, sin identificar la similitud de los hechos relevantes en uno y otro caso y, por decir lo menos, sin precisar si lo transcrito había sido la razón de la decisión de dicho caso, para deducir la necesidad de su aplicación como precedente en aras de armonizar el sentido decisional y preservar así el principio de igualdad. Conducta que en igual sentido fue asumida por el usuario para el sustento de su pretensión, con el consecuente detrimento de la jurisprudencia.

Ilustra esa tendencia el tema probatorio en la responsabilidad médica, frente al cual, inicialmente, como era tradicional, se resolvía bajo el régimen subjetivo de responsabilidad, radicando la misma en la falla probada del servicio, que luego se direccionó a la presunción de falla del servicio, que igualmente se abandonó por aplicación de la tesis de la carga dinámica de las pruebas, asignándole dicha carga a quien tuviera mejores condiciones para probar los hechos. En el segundo período, el argumento la responsabilidad se sustentó en la demostración de los elementos y en la evaluación de los indicios que generaban un grado suficiente de probabilidad y en el mismo resultado, como en los eventos de obstetricia. Y en el tercer periodo, se regresó a la falla probada del servicio, con la demostración de los tres elementos clásicos de la responsabilidad. Como igualmente sucedió con el daño a la salud, que inicialmente se le dio esa connotación y en el segundo período se desvió al daño fisiológico, al daño a la vida de relación y a las condiciones de existencia, para culminar, en el tercer periodo, nuevamente como daño a la salud.

Ahora bien, no quiere decir lo expresado, que la jurisprudencia anterior deba tenerse como intangible, de ninguna manera, lo que se quiere significar es que ella debe tener la vocación de permanencia a menos que se hayan producido cambios normativos, sociales o económicos que modifiquen la connotación que traía. De no ocurrir ellos, esta se consolida y adquiere estabilidad cuando ella surge de una interpretación normativa adecuada y justa, fundada en el derecho viviente y en la medida que haya incorporado los principios y valores constitucionales; porque si se construye para un momento coyuntural, ocurre, como ha ocurrido, que deba ser rectificadora en decisiones posteriores con la consecuente inseguridad jurídica y la falta de previsibilidad de las decisiones judiciales.

También aparece como causa de la existencia de sentencias extensas, la obligación legal impuesta al juez por la Ley estatutaria de la Justicia –artículo 55-, en el que se dispuso que las sentencias judiciales debían referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales, con pulcritud del lenguaje, claridad, precisión y concreción de los hechos materia de debate y de las pruebas que los respalden; componentes

que iban a ser tenidos en cuenta como factor esencial de evaluación del factor cualitativo de la calificación de servicios. Es decir, el contenido de dicho enunciado permitía concluir la existencia de unas sentencias extensas. No obstante, resulta pertinente resaltar que las sentencias de los primeros magistrados designados por virtud del modelo impuesto por la Constitución de 1991, hasta la expedición de la mencionada ley, siguieron la tendencia de la emisión de sentencias cortas cuya característica primordial, como atrás se dijo, era invocar como tema central el problema jurídico planteado en la demanda, en su contestación y en la alzada.

Pero si además de lo anterior se agrega la tendencia de incluir en las sentencias aspectos no determinados en la alzada y a veces indiferentes al problema jurídico a resolver, el efecto de la extensión resultaba patente. En efecto, se incluían reflexiones sobre aspectos procesales que ya habían sido decantados jurisprudencialmente, por el prurito de reiterarlos, los que, en muchas ocasiones, resultaban innecesarios. Ahora bien, si a esa réplica se le adicionaba un comentario que no estuviera en el anterior, esa nueva concepción estructuraba una nueva línea jurídica que hacía perder consistencia a la que se traía. La transcripción de todo ello, como lo exigía la norma estatutaria redundó negativamente en el usuario, por cuanto, se itera, le impedía comprender mejor la razón de la decisión que normalmente podía asumir el juez en un caso similar, es decir, el resultado no era predecible.

Dentro de ese contexto, como componente de la extensión de la redacción de las sentencias, fuera del cumplimiento de la obligación legal sobre su contenido, es preciso resaltar que, en lo que corresponde a la redacción y orden metodológico que debía contener la motivación de cada sentencia, primaba el carácter personal del juez unitario o del ponente cuando era colegiado, razón por la cual su lectura resultaba diferente en uno u otro caso, incluso en el resultado del proceso. Por ejemplo, en referencia al artículo 90 superior, que exige para declarar la responsabilidad administrativa la demostración solamente de dos elementos: daño antijurídico e imputabilidad, esa regla *iuris* resultó ser distinta en cada uno de los tres períodos de ocho años que han transcurrido. En el primero y el segundo período, para efectos de la imputación, que no resultaba ser sino fáctica o jurídica, se acudió a los títulos que, como subreglas, se habían edificado antes de la Constitución de 1991. Pero esa concepción, por la necesidad del cambio que se habían propuesto, como se expuso atrás, a pesar de la similitud de hechos relevantes, ellos fueron ubicados indistintamente en diferentes títulos, perdiendo la seguridad existente.

Todo esto dio como resultado que en muchos casos la negación de la pretensión coincidiera con la invocación de un régimen equivocado y probado en términos del fallador. Incluso, aún en la coincidencia, la revocación de la decisión por el superior era previsible si no concordaba con su posición jurídica, lo cual se constituyó en una fuente de decisiones contradictorias, y no es que los jueces desconocieran el valor de los mencionados títulos de imputación; no, es que al reinterpretarlos con fundamento en el contenido del artículo 90

superior extendieron el ámbito de aplicación a todo cuanto tuviera que ver con los derechos establecidos en la Constitución, razón por la cual dichas subreglas tuvieron que adaptarse a los cambios normativos y por ello las constantes condenas contra el Estado.

Toda esta problemática dio pie para que la coherencia que traía la jurisprudencia se fuera diluyendo; cuyo resultado se reflejó en las dispares decisiones judiciales frente a similares hechos relevantes y, por ende, en la congestión judicial que ello generó; circunstancias que determinaron que el legislador emitiera un nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyo núcleo fue la de consolidar la jurisprudencia como fuente y al precedente judicial como la herramienta idónea para generar armonía decisional en asuntos con identidad fáctica y jurídica. Y una medida, en lo que corresponde a la motivación de la sentencia, fue la de volver a la regla legal establecida antes de 1991, es decir, que luego de hacer un breve resumen de las posiciones de las partes, ese acápite de la sentencia se destinara para el análisis crítico de las pruebas, de los razonamientos legales y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones; vale decir, referirse al problema jurídico planteado a la jurisdicción, su prueba y resolver con fundamento en la norma aplicable y la interpretación existente, sin necesidad de recurrir a la inclusión de teorías y doctrinas nacionales o extranjeras, muchas veces innecesarias.

Para concretar esa visión normativa, como tantas veces se ha dicho, se elevó a la jurisprudencia como fuente principal de derecho, cuya institución se hace visible a través de la sentencia de unificación de la jurisprudencia como criterio definidor de los conflictos que, por competencia, tengan que resolver las autoridades administrativas y los jueces y que cobra eficacia al extender sus efectos a terceros en eventos de similitud fáctica y jurídica, o bien en la resolución de los recursos extraordinarios y eventuales que se definieron en el mismo Código. El resultado de la unificación es convertir esa providencia en precedente judicial vinculante tanto para la administración como para los jueces. Es esta la etapa en que se encuentra, el tercer momento comentado y que la Sección Tercera ha asumido como paradigma.

La nueva visión del legislador hacía prever un cambio en el esquema de la motivación, teniendo en cuenta el establecimiento una nueva regla legal en el código reciente, a través del cual se iría a consolidar la interpretación normativa que, unificada, serviría de parámetro decisional tanto en el campo administrativo como el judicial. Más aún, se anticipaba que la motivación iba a contener, bajo el principio de transparencia, un análisis profundo de las posiciones encontradas entorno a la interpretación dispar de un determinado precepto legal o reglamentario, bien para precisar su verdadera entendimiento, ora para actualizarla, incluso para cambiarla por una que se ajuste más a los fines, valores y principios constitucionales; vale decir, irían a justificar la razón de la unificación; pero del análisis de todas las sentencias de unificación emitidas con posterioridad a la entra en vigencia del nuevo Código se concluye

que persiste la anarquía, los vacíos, las omisiones y defectos que se anotaron en los dos períodos anteriores, como se procede a señalar.

En efecto, no ha desaparecido la tendencia de extender en demasía la redacción de la parte motiva de la sentencia, las que contienen transcripciones innecesarias de providencias anteriores sin precisar si ella es o no una *ratio decidendi* de un caso de similitud fáctica y jurídica, Como se carece de un esquema unificado de estructura y desarrollo del acápite de la motivación, en el orden y la redacción continúa primando el carácter personal de quien la pergeña, lo que determina que su redacción resulte diferente entre las subsecciones e incluso entre los magistrados de cada una de ellas; por eso es común ver providencias en las que ni siquiera se plantea un problema jurídico a resolver, simplemente se aboca el análisis probatorio y con base en él se formula una conclusión que, en la mayoría de los casos, resulta ser la reiteración de una decisión anterior a la que le imponen el epígrafe “unificación” para que, en términos del CPACA, se convierta en vinculante para la administración pública y judicial.

Aunque la Sala Plena de la Sección Tercera se ha dado a la tarea de unificar la jurisprudencia, esa tendencia individual indica la falta de coherencia en el desarrollo de la exigencia legal fijada para la redacción de las sentencias. Esa propensión incide de manera indubitable en el desarrollo y resultado de la decisión unificada, cuya redacción impide deducir con claridad cuál fue la razón que los llevó a ella; vale decir, si lo fue por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Ninguna de las diez y siete sentencias estudiadas indica esa motivación, al parecer asumen esa connotación más por el interés de la subsección de llevarlo a la Sala Plena de la Sección con el propósito de concitar las reflexiones sobre un tema específico que requiere de unificación.

No obstante, por ejemplo, si llegó a la Plenaria de la Sección por importancia jurídica, la redacción de la sentencia unificada no explica en qué radicó ella, vale decir: porque el asunto no tiene soporte legal; porque requiere de una resolución analógica; porque se carece de antecedente jurisprudencial; o, por el contrario, porque existen varias interpretaciones jurisprudenciales dispares en cada una de las subsecciones e incluso en los distintos tribunales del país, que amerite su armonización, como tampoco hacen visible la razón jurídica de la trascendencia económica o social del tema decidido en la unificación lograda.

Ahora bien, si una de las razones de la unificación es la de concitar los disímiles razonamientos de interpretación normativa, para un mejor entendimiento del usuario, las sentencias, en su mayoría, no plantean la disconformidad, o mejor, en qué consiste la desarmonía, para, a partir de esa comprensión, entender por qué la necesidad de lograr la unidad que exige el legislador. Esa transparencia permite concebir, incluso, la urgencia de actualizar las reglas jurisprudenciales existentes o del cambio de las mismas, bien por la

modificación de la regulación legal y reglamentaria, o por los cambios sociales, económicos y políticos que requieran una interpretación más acorde con el derecho viviente.

Mención especial merecen las sentencias emitidas el 28 de agosto del 2014 –ocho en total- en las que la Sala Plena de la Sección Tercera unificó las reglas para la liquidación de los perjuicios inmateriales. Su importancia no se puede soslayar, al contrario, su valor radica en la incorporación al ordenamiento jurídico, para implementar la regla de indemnización prevista en el artículo 90 superior, de subreglas que permitirán a futuro generar claridad en la pretensión, previsibilidad en la decisión y posibilidad de anticipar la contingencia por parte del órgano demandado y, de contera, evitar: de una parte, demandas con peticiones exorbitantes y, de otra, decisiones con codenas dispares.

No obstante, al revisar las quince primeras páginas del documento, que con efectos ilustrativos, ordenó publicar la Sección Tercera respecto de dichas sentencias, que contienen las tablas emitidas, hace presagiar las profundas disquisiciones sobre los temas allí unificados, vale decir, sobre las subreglas que se crean, lo que estimula la lectura del contenido de cada una de las sentencias en él incorporadas. Sin embargo, en su mayoría, lo que hacen es armonizar razonamientos incorporados en decisiones anteriores que tuvieron algunas discrepancias. Aún más, algunas de ellas, simplemente incorporan la tabla y con fundamento en el contenido probatorio la aplican al caso en concreto, que luego se refleja en la decisión. Sin desconocer que algunas de ellas, dan razón suficiente para adoptar las subreglas y crear el principio de su aplicación.

Ahora bien, si la visión del legislador fue realmente el de darle a ese tipo de sentencias de unificación una categoría especial para fortalecer la jurisprudencia como fuente principal de derecho y generar un sistema jurídico único y jerarquizado, como lo había enunciado la Corte Constitucional en los albores de la doctrina constitucional, lo pertinente, como lo dispuso el CPACA, es que ellas sean vinculantes para todos los operadores jurídicos y para la sociedad en general. Obligación que debe cumplirse, desde el mismo órgano que las emite, pues es la única manera a través de la cual se puede generar seguridad jurídica. Pero si, a pesar de la unificación, se persiste en las discrepancias del pasado y en igual contenido el sentido decisional de su despacho, la tarea de la unificación perderá su eficacia y la desorientación será perdurable.

No quiere significar lo anterior que una sentencia de unificación no pueda modificarse, al contrario, debe hacerse cuando una nueva interpretación derrota la anterior y persuade a sus autores de la necesidad del cambio; pero él debe surgir del mismo órgano que unifica, a menos que lo haga la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. De hecho, ello ya ha ocurrido en la Sección Tercera, cuando en su interior se rectificó la decisión unificada que había señalado un tope mínimo para conciliar por parte de los órganos del Estado, por la de permitir la libre negociación como reflejo de la autonomía de la voluntad.

Lo que no puede el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo es generar incertidumbre con decisiones que lleve a eventuales confusiones surgidas en sentencias de unificación, tal como se infiere de la sentencia del 13 de abril de 2013, en la que se indica que por carecer de soporte constitucional en la consagración de la cláusula general de la responsabilidad del artículo 90 superior, no se le puede imponer al juez la obligación de utilizar un determinado título de imputación frente a explícitas situaciones fácticas, lo que infiere que tiene libertad para definir en cada caso concreto, conforme a la realidad probatoria, la construcción de una motivación que consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia; mientras que en otra posterior —sentencia del 17 de octubre del 2013—, se fije como criterio de unificación la adopción de un exclusivo título de imputación —“*daño especial*”—, para la resolución de casos con aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Pese a la existencia de este tipo de sentencias y el valor que representa para el ordenamiento jurídico, aún se percibe la disparidad en ciertos temas unificados, como por ejemplo el referido a los actos terroristas, como se desprende del siguiente análisis: en la Subsección A, mientras para unos manejan los títulos de imputación como tradicionalmente se ha hecho, uno de ellos se acoge a la sentencia de unificación de manera estricta; en la subsección B, uno de ellos acoge la sentencia de unificación, mientras que los otros dos mezclan dos títulos el de daño especial y Riesgo excepcional y de los cuales derivan un tercero denominado “*riesgo conflicto*”; y en la subsección C, mientras unos manejan los títulos en la forma tradicional, uno de ellos alega que no son camisa de fuerza, vale decir, actúa conforme a la unificación. Y parecida tendencia se observa con respecto al tema de la privación injusta de la libertad, en el cual uno de los Magistrados desconoce el título de imputación creado en exclusivo para la responsabilidad extracontractual derivada del principio de *in dubio pro reo* mediante sentencia de unificación.

Todo ello indica que: o no se concitaron realmente las interpretaciones dispares y ella es aparente, o simplemente las subreglas creada en la sentencia de unificación no tiene la suficiente argumentación que derrote la anterior y que persuada a aplicarla por ser más adecuada e intérprete de los principios constitucionales que rigen la responsabilidad del Estado. Como esa desarmonía se hace palpable en la decisión de cada caso en cada subsección, la misma trasciende a los tribunales y jueces, con la consecuente disparidad decisional, lo que llevará al traste el esfuerzo legislativo por unificar la jurisprudencia, situación que a toda costa hay que evitar.

Resulta conveniente afirmar, sin ánimo de desconocer el sentido de la sentencia de unificación en la que se determinó que los títulos de imputación no tenían ningún soporte en el artículo 90 superior, en lo que tiene plena razón; no obstante, para efecto de su persistente utilización, a pesar de esa máxima, es que, vía jurisprudencial, el Consejo de Estado

establezca, a título de subregla, en una sentencia de unificación, los elementos claros y precisos que deben existir para estructurar y definir cada título de imputación, de esa manera su utilización será uniforme y se evitará la dispersión interpretativa de los mismos frente a un hecho determinado. Una regla jurisprudencial unificada en ese sentido, su aplicación uniforme se constituirá en precedente vinculante para la resolución de casos en los que ellos se presenten de la manera edificada por dicho órgano, con lo cual se logrará la unidad de trato que se persigue, previsibilidad en las decisiones y, por ende, seguridad jurídica y confianza legítima.

3. Propuesta metodológica para la formulación adecuada de la Jurisprudencia y el Precedente

Antes de comenzar a desarrollar esta parte del trabajo resulta necesario y justo resaltar la encomiosa labor que viene desarrollando el Consejo de Estado en procura de construir un sistema judicial único y uniforme, pues pese a la copiosa producción de la normatividad legislativa y reglamentaria, ha podido consolidar una interpretación coherente en muchos temas, cuya decantación ha direccionado en cierta medida a la correcta aplicación del ordenamiento jurídico por parte de las autoridades públicas. Pero especial mención merece la Sección Tercera en Pleno y sus Subsecciones, ya que, específicamente en el tema de la responsabilidad del Estado, su jurisprudencia le ha dado el brillo que se le reconoce universalmente. Por esa misma razón debo aclarar que las críticas que se hacen en este trabajo al contenido de sus decisiones no tienen como objetivo demeritar su labor sino el propósito de ayudar académicamente a su perfeccionamiento.

Contextualizar la visión del legislador con los problemas de adaptación de los modelos de referencia, exige el esbozo de una solución práctica que abra el camino para la consolidación de la jurisprudencia como fuente principal de derecho en nuestro contexto, tal como lo diseñó el legislador para el Derecho Contencioso Administrativo, por ser el instrumento válido dentro del sistema jurídico para solucionar las múltiples complejidades que se presentan en el mismo y que requieren de una solución pronta y si se quiere, sin tardanza, para acabar con la congestión judicial que agobia la jurisdicción.

Labor se aborda desde la órbita de la jurisprudencia y no desde el precedente, no porque este sea menos importante o se quiera desconocer la trascendencia que tiene y merece; es porque para llegar a él se debe partir por entender y valorar a plenitud la jurisprudencia que es el objetivo principal del legislador. Además, porque hacerlo desde este campo implicaría una labor que va más allá de la rigurosidad académica de una tesis; y porque, históricamente hablando, a diferencia de la jurisprudencia, en el derecho administrativo el concepto de precedente tiene pocos años de existencia, razón por la cual el interés central de esta tesis, como se hará adelante, es la construcción en prospectiva de una propuesta metodológica para la aplicación de las dos instituciones en la jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo. Además, su creación y prospección a casos futuros no requiere de un examen minucioso, en razón a que él, como se ha venido diciendo a lo largo de este trabajo, se construye mediante la réplica en un caso posterior del razonamiento jurídico elaborado por el juez en un caso anterior, con aplicación de la misma regla jurisprudencial que solucionó dicho caso, teniendo bien presente que debe haber similitud fáctica y jurídica.

Inclina la balanza hacia esa institución el hecho cierto e indubitable que el legislador reciente habló fue de unificar la jurisprudencia y no de los precedentes. En ese orden de ideas, si esta indica la construcción de normas judiciales abstractas a título de principios para llenar vacíos o lagunas en ausencia de normas aplicables al caso; o existiendo ellas su texto es oscuro, resulta contradictorio e incompatible con otras disposiciones; o, a pesar de existir normas claras, los hechos probados no son subsumibles en ella; lo pertinente es que ella se estructure a través de máximas, reglas o subreglas universalizables que se convierten en fuente directa del derecho aplicable en la administración de justicia, en tanto que estas se integran en un solo cuerpo al ordenamiento jurídico que es al que está obligado el juez en la actividad judicial.

De ahí que el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, tenga que asumir dicha función, labor que debe cumplir a través de los mecanismos creados por el legislador para unificar la jurisprudencia, a efectos de que ella adquiera la legitimidad que reclaman los actores de la administración de justicia y se genere la seguridad jurídica que se implora, dada la capacidad de orientación que concita, la congruencia, coherencia y transparencia que amerita la actividad jurisdiccional.

Pero para llegar a esa meta no se puede caer en el facilismo de simplemente cumplir, aunque en desorden, con todo el compendio de exigencias mínimas impuestas por el legislador para la redacción de las sentencias, no, se requiere de un nuevo modelo, sobre todo en lo que corresponde al acápite de la motivación, que eluda el perfil personal que hasta ahora impera. En otras palabras, es buscar un procedimiento claro que sea capaz de construir legitimidad en todo el sistema, luego de haberlo puesto en práctica desde el interior de la corporación para que su ejemplo lo sigan todos los jueces. Y entiéndase que su creación no es para limitar la creatividad y la autonomía judicial, sino para ordenar su producción y hacerla más asequible al usuario.

Es decir, no basta con incluir el análisis crítico de las pruebas y el razonamiento de los textos legales necesaria para fundamentar las conclusiones, ni hacer transcripciones de decisiones anteriores a veces fuera de contexto, como ocurre en los casos conocidos como fáciles, cuyo resultado no genera creación de jurisprudencia, ni siquiera de precedentes; al contrario, promueve el desorden decisorio e inseguridad jurídica. Es establecer una metodología capaz de instruir al usuario de justicia para que fácilmente entienda la estructura de la sentencia y acepte el sentido de la decisión luego de comprender la razón de la misma.

Es, en cierta medida, retomar la visión del legislador de 1890 –ley 105-, que imponía a la Corte Suprema de Justicia la obligación de indicar en cada sentencia, con precisión y claridad, cuál era la *ratio iuris* que había decidido el caso; con la cual se construía la “doctrina probable” y se pretendía generar seguridad jurídica y confianza legítima en los fallos judiciales.

En ese orden de ideas, el esquema se referirá exclusivamente a la parte motiva de la sentencia, partiendo del cumplimiento previo del sumario legal previsto en el artículo 187 del CPACA, que corresponde a lo exigido por el legislador como contenido formal de ella. No sin antes afirmar que ese esquema además que debe servir como perfil para toda tipo de sentencias, preferencialmente debe ser parámetro para las de unificación que son las que deben unificar la jurisprudencia y armonizar la decisión judicial en el derecho administrativo. Lo ideal sería que, vía reglamento, se estructure este esquema para que sea acatado por todas las secciones y subsecciones del Consejo de Estado, a través del cual se imponga el desarrollo de etapas necesarias para que el usuario entienda la estructura de la sentencia y, especialmente, la razón de la decisión, para efectos de consolidar la predecibilidad del sentido decisional de cada órgano judicial.

Una reflexión en ese sentido indica que la parte considerativa de la sentencia debe partir por la identificación del o los problemas jurídicos a resolver, porque él o ellos constituyen el núcleo del diálogo que se debe establecer en ese acápite, si su redacción cumple a plenitud con el principio de transparencia, que no es otro que el de consignar el estado del arte del mismo; vale decir, establecer si se encuentran regidos por una fuente de derecho –llámese precepto constitucional, legal, reglamentario, principio jurídico, doctrina y la equidad- o por una regla jurisprudencial emanada del órgano competente o un precedente judicial vinculante, bien como producto de una decisión analógica, o surgida de la solución de una antinomia, o, del evento en que a pesar de existir normas claras, los hechos probados no son subsumibles en ellas.

Realizado esa búsqueda, la conclusión es si existe o no fuente de derecho y si resuelve o no el o los problemas jurídicos planteados, si ocurre lo primero, vale decir, existe la fuente y lo resuelve, el caso no amerita dificultad. Puede surgir acaso una variante, que la regla jurisprudencial requiera de un replanteamiento, bien porque necesita de su actualización, modificación o cambio; lo cual implica una justificación a través de una argumentación adecuada y suficiente, pero especialmente persuasiva, en la medida que debe convencer que es más justa e interpreta mejor los derechos y valores constitucionales. Por esas razones, la formulación del o los problemas jurídicos debe hacerse de manera clara y sin ambigüedad alguna; lo que significa que no pueden quedar enmascarados en la simple descripción de lo que se propone hacer en dicho acápite, a la par que se debe tener bien claro cuáles son hechos relevantes de uno y otro caso, para poder ser contrastados.

Pero puede llegarse a la conclusión que no existe fuente ni regla jurisprudencial ni precedente vinculante, o lo que existe no lo resuelven los problemas jurídicos, evento en el cual, en su obligación de fallar, le corresponde al juez elaborar una norma judicial. Para ello, repito, se debe partir de la identificación plena de los conflictos jurídicos a resolver, pues sobre la base de los mismos es que se va a construir la regla decisional o norma de tipo judicial que va a dar solución de los mismos, que luego se incorpora al ordenamiento jurídico y modifica el sistema de fuentes. He ahí la necesidad de justificar adecuada y suficientemente la necesidad de su creación para resolver el caso concreto y que va a irradiar al propio sistema, tras demostrar la imposibilidad de resolver casos como el de estudio con las normas existentes.

Un razonamiento en ese sentido permite que esa norma judicial sea universalizable, vale decir, que se convierta en una máxima o principio capaz de subsumir multiplicidad de casos idénticos; que es lo que se conoce como jurisprudencia obligatoria, por la convicción, certeza y seguridad jurídica que genera. En esa construcción, como en el de la actualización, modificación o anulación, es en donde entra a jugar papel importante el principio de argumentación, que tiene que ver, no solo con el sentido de justificarlos, sino que su contenido debe estar guiado por la razonabilidad con que deben elaborarse las reflexiones jurídicas, en la medida que deben resultar superiores a las anteriores, es decir, que los concebidos con la actual interpretación están más acorde con las reglas, principios y valores constitucionales y resultan más justas y, por ende, necesarios para la resolución del caso.

Desde luego, la identificación de o los problemas jurídicos a resolver implica una preparación y formación por parte del juez, quien a su vez deberá ejercer una ilustración profusa a quienes le proyectan la decisión –dada la imposibilidad de ejercer personalmente esa labor por el cúmulo de trabajo–, procurando que éstos realicen la investigación del caso buscando la solución más idónea posible dentro del contexto normativo, con fundamento en los hechos demostrados; y no, como se acostumbra, que ellos simplemente justifiquen el sentido decisorio que les indicó el superior como colofón de la breve versión expuesta como visión de la lectura del expediente. De ahí que no haya consistencia y coherencia decisorio aún en casos similares. Falencias que no pueden imputarse solamente a la congestión judicial, ni a la formación pedagógica de las universidades, sino a la misma falta de publicaciones que informen con claridad la regla jurisprudencial, con indicación precisa de los hechos que le dieron origen, para superar la tendencia que tienen los relatores de dar a conocer el extracto de la sentencia que, a su juicio, genera novedad, que posteriormente se toman como regla jurisprudencial y se transcriben y asumen como tal para soportar razonamientos jurídicos, sin valorar que, en muchas ocasiones, son simplemente *óbiter dicta*.

Pero lo más común es la existencia de reglas de interpretación dispares en las decisiones de las subsecciones y entre las mismas secciones del Consejo de Estado, lo que determinan respuestas opuestas a un mismo problema jurídico, oportunidad que ha

aprovechado la administración pública para resolver indistintamente los asuntos de su competencia, circunstancia que ha incrementado la alta litigiosidad y la congestión judicial existente, de ahí que se requiera de manera urgente una reinterpretación de dichos preceptos por parte del Tribunal Supremo, y el camino escogido por el legislador fue la unificación de la jurisprudencia a través de las sentencias de ese tipo, en cuanto que, a través de ellas, se crean reglas de interpretación y de aplicación que van a subsumir múltiples casos que encajan dentro de los supuestos normativos planteados en el ordenamiento jurídico.

Resulta entonces pertinente, para que la vía escogida tenga eficacia, aplicar a la construcción de dichas sentencias las reglas que se acaban de proponer, adicionando, como corrección a las falencias encontradas y como complemento de la obligación de identificación del problema jurídico enunciado, el deber de plantear las distintas posiciones disparejas, para poder entender la construcción de la regla jurisprudencial unificada, tanto más si esa transparencia conlleva a justificar la demostración de la necesidad de la unificación; discernimiento que deberá estar incorporado en ese acápite especial que se sugiere, por cuanto él y solo él contendrá la nueva regla universalizable. Apartamiento especial que genera para todos los operadores jurídicos la pedagogía que les permitirá distinguir la regla jurisprudencial del precedente y, en consecuencia, entender que lo que no esté allí será simplemente *óbiter dicta*.

Como el perfil enunciado se estructura mejor en este tipo de sentencias, resulta pertinente incluir, como corrección de la motivación de la misma, la ausencia de justificación de la unificación, o sea, la indicación del porqué; vale decir, si se acudió a la misma por la importancia jurídica, social, económica o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. No se puede continuar con la tendencia de darle categoría de sentencia de unificación con la sola incorporación del epígrafe de “sentencia de unificación”, sin justificar la razón de la misma. Con algunas excepciones, las hasta ahora emitidas, no incluyen esa explicación. Por lo general se destinan a reiterar decisiones anteriores, solo por el prurito de darle la autoridad que adquieren esos argumentos en ese tipo de sentencias.

Por eso cobra vigor la intención del legislador de radicar en el Consejo de Estado la facultad de su emisión; y de ahí que en este trabajo se insista que él es el único órgano capaz de construir jurisprudencia vinculante, puede ser que se le atribuya una función similar a los tribunales administrativos cuando, por inexistencia de una fuente de derecho que rijan un caso o de ausencia de jurisprudencia, tengan que construir una norma judicial, pero esta solo podrá tener la connotación de norma decisional y no de jurisprudencia, darle esa categoría o mejor, radicar en dichos órganos esa facultad es crear el riesgo de múltiples y disparejas interpretaciones de un mismo precepto legal o reglamentario y con ello propalar la denominada federalización de la jurisprudencia, que es una de las causas que han contribuido a la congestión judicial y que el legislador busca erradicar con la unificación de la jurisprudencia.

De manera que, para evitar ese problema, dado que por competencia todos los casos no pueden llegar al conocimiento del Consejo de Estado, lo que se traduce que muchos de ellos tengan a los tribunales como los órganos de cierre; lo pertinente es que el Consejo de Estado utilice la facultad que le otorga el legislador de asumir el conocimiento de los casos o haya disparidad de criterios decisionales o no tenga fijada una regla jurisprudencial, con el propósito de unificarla o de sentarla, por cuanto una decisión de esa naturaleza, por la autoridad que adquiere, orientaría todo el sistema jurídico, con beneficio directo de la administración pública y de los mismos jueces, pero para ello resulta necesario que la decisión que se tome tenga un obediencia plena por parte de los mismos magistrados, para que su conducta irradie el sistema, pese a que haya salvamentos o aclaraciones de voto, pues este carece de vinculación, que si la tiene la posición mayoritaria.

Incluso, un mecanismo que facilitaría la concreción de un control de legalidad en la actividad judicial por parte del Consejo de Estado sería la de consolidarlo únicamente como tribunal supremo y que las facultades consultivas que se le han otorgado desde su inicio las asuma otro organismo distinto; circunstancia que es la que ha impedido que la Corte Constitucional avale las reformas que se han presentado en ese sentido. Con esas características, su función principal sería la de unificar la jurisprudencia administrativa, camino más que expedito para obligar a las autoridades administrativas a actuar de conformidad. En otras palabras, el propósito del legislador de crear un sistema único y jerarquizado de justicia solo se logrará si se dedica única y exclusivamente a unificar la jurisprudencia.

No puede dejarse a un lado tres aspectos importantes que deben ser incluidos en el esquema que se propone. Toda motivación de la sentencia debe contener una conclusión jurídica que se traduce en la regla o subregla jurisprudencial construida, la cual debería consignarse en un acápite especial, fácilmente identificable por el usuario y por el juez posterior, incluso con la explicación de cómo se aplica al caso concreto, razonamiento que es lo que constituye el precedente aplicable a futuros casos y si se trata de jurisprudencia unificada, la regla jurisprudencial que va a irradiar el ordenamiento jurídico administrativo, obligatorio para los jueces y autoridades en la resolución de casos de su competencia y extendible sus efectos a terceros no vinculados al mismo.

De otra parte, por la importancia suma que tiene en la misión de unificar la jurisprudencia y acabar con la cultura jurídica de desconocer la jurisprudencia e incluso el precedente, es la publicidad que deben tener las reglas jurisprudenciales, para lo cual es menester hacer la publicación de toda la sentencia, así el usuario o el juez al leerla, encontrará ese acápite especial y podrá estudiarlas para su debida aplicación. De esa manera se corregirá el error que se tiene de publicar solo extractos al capricho del relator, en la que comúnmente se omiten los hechos relevantes, lo que impide que el juez pueda contrastarlos con los que

tiene a la vista para resolver. La falencia que retrasó la aplicación del *stare decisis* inglés en Norteamérica.

Una debida publicación genera disciplina en el usuario –litigante- frente a la nueva estructura del proceso contencioso, en cuanto, en la fase escrita, podrá sustentar su pretensión con fundamento en una real regla jurisprudencial y no en *obiter dicta* como hoy ocurre, pues ahí sí se podrá transcribir el acápite pertinente donde fue construida; o invocar en la fase oral, con indicación precisa en donde se encuentra; labor que ayudará al juez a tomar la decisión más correcta y justa y, de paso, sustentar los recursos a que haya lugar si ha sido desconocida, lo cual evitará aquellos sin fundamento y que solo se hacen para justificarle al cliente los eventuales errores cometidos en la formulación de la demanda.

A título de corolario y para que la jurisprudencia pueda llegar a adquirir el estatus que le ha querido dar el legislador, aún con oposición de los jueces que siguen la corriente positivista, se hace necesario, que se adopte un esquema unificado y coherente de motivación de las sentencias, como se ha sugerido, especialmente para las de unificación jurisprudencial, con la incorporación de un acápite especial en donde deba quedar consignada la jurisprudencia que se crea, actualiza, modifica o cambia, haciendo la particular resaltación de los hechos relevantes que dieron lugar a ella y que el mismo Estado lidere su publicación, insertando en ella el texto completo y resaltando lo que es jurisprudencia, para que se distinga del *obiter dicta* contenida en la argumentación de la sentencia. Ejemplo que deben asumir las empresas que cumplen con esa misión. Así se educará al usuario y a los mismos jueces, e incluso, como en la justicia Norteamericana, el litigante tendrá la obligación de llevarle al juez, para facilitarle su trabajo, no solo la existencia de la regla jurisprudencial vigente, sino los precedentes judiciales en la que ella se ha aplicado, en los eventos de casos con similitud fáctica y jurídica.

Como punto final, se avoca un tema sensible para la administración de justicia, el cual merece un desarrollo posterior a través de un estudio más amplio, pero que se enuncia por la importancia que merece y por la relación con el que se ha desarrollado, y es el referido a los efectos vinculantes de la regla jurisprudencial. Como se explicó en el capítulo segundo, la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, especialmente la emanada del ejercicio del control abstracto y excepcionalmente del control concreto cuando con ella se desarrolla e interpreta, para su debida aplicación, los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, posee una fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos, por virtud de la reinterpretación de la obligación que tiene el juez de someterse al imperio de la ley, que hoy se concibe como texto escrito y su correspondiente jurisprudencia.

Doctrina que se extendió, inicialmente a la Corte Suprema de Justicia y, por el sendero legal, al Consejo de Estado; a través de la cual se le dio a la jurisprudencia que ellos emitían la característica de ser vinculante en sentido vertical, cuya autoridad dimanaba de la jerarquía

del mismo, por ser órganos de cierre y por el plus que imprimía la racionalidad de su contenido en el objetivo de unificar la interpretación normativa, lo cual generaba evidencia, seguridad jurídica y confianza legítima en la función de administrar justicia; aunque persistiera la permisividad para los jueces inferiores de separarse de ella cuando lo consideren injustificado y necesario. Criterio que tuvo que matizarse con la obligación legal de motivar las decisiones y en razón de ello no era entendible que el juez pudiera separarse de la línea jurisprudencial trazada por el tribunal de cierre, sin que existiera de por medio una argumentación adecuada y suficiente.

En ese contexto y sin pretensiones de adhesión a alguna de las corrientes de pensamiento que regulan las dos familias de derecho continental y anglosajón, el juez no puede ser un simple ejecutor del silogismo legal, como tampoco caer en el extremo de aceptar que puede decir de la ley lo que él quiere que diga, pues existe la convicción que el juzgador puede crear derecho pero siempre sometido a una fuente de derecho, ojalá aquella que nazca del principio democrático, con raigambre social o, al menos, que su decisión sea sustentada en principios generales de derecho, la doctrina y la misma equidad y que sea conteste con el derecho viviente. Sería el camino ideal, pero sustentable, para erradicar de la función de administrar justicia el interés subjetivo que se le imprime a las decisiones, que incluso se ve en la Corte Constitucional. Mírese cómo alguna de ellas, aún en detrimento de derechos fundamentales, se sustentan en el principio de sostenibilidad fiscal –que no es fundamental– para avenirse al interés estatal.

En ese orden de ideas, las altas cortes, en su actividad judicial, no solo pueden crear jurisprudencia, sino actualizarla, modificarla e incluso cambiarla de acuerdo a los cambios normativos, sociales, económicos y políticos que hayan ocurrido. Pero su aplicación a casos concretos debe morigerarse sus efectos pues puede llegar a lesionar los principios de legalidad y debido proceso, como se explica a continuación.

Cuando se crea una regla jurisprudencial sobre un determinado precepto y esta se exterioriza en una sentencia de unificación, el conocimiento de la misma, por la autoridad que ella imprime, genera en el usuario y en todo el sistema jurídico la certeza sobre el fundamento legal interpretado, así como estabilidad y permanencia de la misma en la resolución de casos objeto de administración de justicia. Si la jurisprudencia se modifica o cambia al estudiar un determinado caso y se aplican sus efectos al mismo, esa interpretación normativa produce efectos retroactivos, pues cambia el contexto legal que preexistía al momento de presentarlo ante el juez, con lo cual no solo se violaría el principio de legalidad, sino el debido proceso; a menos que la norma aplicable al caso este dentro de las excepciones contempladas en el artículo 29 superior por ser más permisiva y favorable.

Ese fenómeno es el que viene ocurriendo con los efectos inmediatos que se disponen en la mayoría de las sentencias de la jurisdicción administrativa y que no se ha corregido con

las sentencias de unificación. En efecto, las emitidas a partir del 12 de julio del 2012, incluso aquellas que tienen la misma connotación por haber sido aprobadas por la mayoría de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado antes de esa fecha, se aplican a casos que se propusieron con una interpretación jurisprudencial radicalmente distinta. Tendencia que se soporta en la antiquísima teoría declarativa que desconoce la facultad creadora del derecho por parte de los jueces, a quienes solo se les atribuía la facultad de verificar y declarar su existencia. De ahí su aplicación a casos pendientes y la posibilidad de hacerlo retroactivamente.

Desde luego que quienes la critican se sustentan en la teoría creativa del derecho judicial, que le atribuye al juez la posibilidad de crear derecho, basado en su discrecionalidad; vale decir, que el juez en su misión de decidir puede crear una norma judicial para resolver el caso puesto en su conocimiento. El conflicto que ello origina es si sus efectos son retroactivos o prospectivos. Si fuera lo primero y se siguiera la teoría declarativa, el resultado es que una jurisprudencia podría ser modificada si ella resulta incorrecta o equivocada y en cualquiera de los dos eventos equivaldría a crear derecho, facultad que solo le compete al parlamento. Esta es la tendencia del sistema inglés. En cambio, si no hay impedimentos para que crear o modificar la jurisprudencia, bien por obsoleta, por incorrecta o inadecuada, la nueva interpretación debe primar. Esa es la corriente que se practica con relativa frecuencia en los Estados Unidos, pero con la tendencia, sin reparos, de unos efectos prospectivos.

Una aplicación prospectiva de la decisión en la Sección Tercera del Consejo de Estado ocurrió en los conflictos originados por la omisión en que incurrió la administración en el pago oportuno de las cesantías, cuya mora implicaba, como sanción, reconocer un día de salario por el retardo que ocurriera hasta que se hiciera efectivo el pago; conflictos que se tramitaron por la acción de reparación directa y que luego la Sala Plena del Consejo de Estado determinó que la vía judicial idónea era la nulidad y el restablecimiento del derecho. No obstante, la mencionada sección determinó que todos los casos iniciados con fundamento en la jurisprudencia que indicaba que el medio de control era el anterior y no el fijado por la Sala Plena, fueron decididos con aplicación de aquella jurisprudencia, aplicando la nueva a los nacidos con ella.

Y aunque no corresponde directamente al análisis desarrollado en esta Tesis, se hace referencia a la sentencia del 26 de marzo del 2015 (R. expediente 111001032800020140003400 (acumulados), con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro) de la Sección Quinta del Consejo de Estado, por cuanto ella representa la aplicación prospectiva que se menciona, cuya tendencia es mayoritaria en Estados Unidos. Esta figura se aplicó al unificar la interpretación del inciso 5° del artículo 179 de la C. P., respecto del alcance de la inelegibilidad por parentesco con funcionarios que han ejercido autoridad civil o política, en el que se dispuso que sus efectos solo podrían ser aplicados para las elecciones de parlamentarios a partir de 2018, esta decisión constituye un paso hacia ese objetivo, las

demás sentencias de unificación analizadas se aplican con efectos retroactivos, lo que en un futuro podría originar múltiples demandas de reparación directa por error jurisdiccional y porque se lesionaría el principio de seguridad jurídica. Considero que para no violar este principio y el de legalidad con su consecuente universalidad, cada caso debe ser considerado en su individualidad, y si el nuevo criterio conlleva consecuencias más favorables debería ser aplicado retroactivamente, pero si por el contrario fuere menos favorable y más restrictivo, los efectos deberán ser prospectivos.

Conclusiones generales.

1. Existe una evidenciada dificultad metodológica en la formulación de la jurisprudencia y el precedente como fuentes del derecho en el sistema jurídico colombiano, como consecuencia de: la transpolación de figuras que encuentran fundamento teórico jurídico en sistemas de diferente origen y formación; de un exacerbado activismo judicial que por decenios ha irradiado el sistema nacional, fruto de la incorporación histórica jurídica de la doctrina de la Corte Constitucional; y, de la inexistencia de unos criterios unificados de estructura de formulación metodológica mínima que responda a la naturaleza y trascendencia de las figuras.

2. El esquema existente en la elaboración de la sentencia judicial por parte del juez, si bien responde a parámetros legales del sistema jurídico, en lo que incumbe a la estructuración metodológica que demandan la jurisprudencia y el precedente judicial, no es suficiente, particularmente, en la construcción de la motivación correspondiente, ya que esta responde a horizontes teórico jurídicos diferentes y necesidades sistémicas (vacíos, antinomias, etc.) que deben ser establecidas con total claridad en ese acápite y tener en el mismo unas respuestas con absoluta nitidez, no solo en su formulación sino en su argumentación misma, que de garantía a los principios de transparencia, justicia e imparcialidad.

3. Se hace imperativo que el Consejo de Estado, frente al estado actual de la jurisprudencia administrativa, construya un esquema metodológico de la jurisprudencia y el precedente como fuentes vinculantes en el derecho administrativo, en cuya formulación contemple los modelos de origen (incluido su estructura teórico jurídica), de tal manera que sean fácilmente reconocidos por parte de la comunidad jurídica y de la sociedad, lo cual conlleve a una adecuada aplicación judicial y a la adquisición de legitimidad para su incorporación en marco del sistema jurídico colombiano.

4. La metodología estructural y argumentativa de las decisiones judiciales en las que la jurisprudencia y el precedente judicial se formulan, deben enunciar la necesidad sistémica que pretendan resolver: (i) “el problema jurídico”, planteándolo y justificándolo mediante una razonable argumentación de las instituciones jurídicas que involucran la nueva regla judicial –general en la jurisprudencia o aplicada en el precedente- y sus alcances; (ii) una definición nítida de la regla o sub regla formulada y su repercusión espacio-temporal; y, (iii) una doble carga de argumentación teórico jurídica que: por una parte, sustente claramente la necesidad de la creación de una nueva regla porque las normas positivas y los principios vigentes no pueden resolver el caso; y, de otra, que la nueva regla iuris que dé solución al problema jurídico, derrote la regla positiva aplicable hasta ese momento y convenza que es más justa y adecuada para la solución del mismo.

Conclusiones capitulares.

1. La Jurisprudencia y el Precedente son instituciones que tienen origen en el sistema románico-germánico, pero histórica y jurídicamente se forman y estructuran en modelos de referencia distintos: el sistema anglosajón para el precedente, y el sistema continental para la jurisprudencia. Cuestión que las hace diferentes en el trasegar de su consolidación, en su formulación y aplicación en su estado contemporáneo. El precedente, basado en el *Common Law*, se convirtió en la fuente principal de derecho en el sistema anglosajón, a través de la aplicación del método inductivo para la resolución de casos; mientras en el sistema continental la ley se constituye en la fuente principal, a la cual se subsumían las soluciones de los conflictos existentes en la sociedad, tras la aplicación de un método deductivo y la jurisprudencia en un instrumento auxiliar.

2. Teórica y jurídicamente el precedente anglosajón se fundamenta en el realismo jurídico, desde el cual la labor del juez es fundante en la creación y formación del derecho aplicable, a partir de la interpretación que este realice del caso sub judice, proceso que realiza inicialmente desde la costumbre y contemporáneamente desde el derecho legislado. La jurisprudencia continental se desarrolla en sistemas cuya base teórica es positivista, en los que la ley es la fuente principal y única para la resolución de los casos, limitándose la labor del juez, inicialmente a ser un mero aplicador de ella y, actualmente extendiéndose a un medio auxiliar para el mismo fin, cuando ello resulte excepcionalmente necesario.

3. Tomando como base las particularidades de los dos sistemas, es posible construir un concepto de cada figura que tenga en cuenta: no solo la tradición en la que se construyeron, sino las características propias de las dos instituciones en marco del sistema jurídico colombiano; en procura de un uso práctico, comprensible y que facilite su distinción por los jueces, la administración pública, los usuarios judiciales y la sociedad en general.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia es definida como la herramienta jurídica que dependiendo del contexto político y jurídico puede ser creadora de derecho o simple instrumento de aplicación del mismo; sin descartar que por el carácter dinámico de la realidad social se deba flexibilizar su rígida concepción y aceptar que la jurisprudencia es fuente de derecho que permite, mediante la aplicación y la interpretación de la ley, la creación y el desarrollo dinámico y progresista de reglas, valores, principios y normas jurídicas abstractas, propendiendo por una justicia no solo eficiente sino pertinente y eficaz, al emerger del análisis constante de una realidad volátil, que a veces escapa a la voluntad del legislador. Concepto que debe entenderse sólo en virtud de la autoridad de los altos tribunales que la emiten.

En tanto, el precedente es un referente jurídico que se halla insertado en decisiones judiciales anteriores y que orienta y direcciona la labor del juez posterior en la resolución de casos. No

es abstracto, sino que se halla necesariamente atado a una similitud fáctica y jurídica entre el caso anterior y el sucesivo. Su vinculatoriedad está atada al valor que le da el ordenamiento de cada sistema jurídico y puede ser considerado como tal de forma singular o plural, es decir, puede estar conformado por una sola decisión o por varias reiteradas.

4. Analizada la incorporación histórica de la jurisprudencia y el precedente en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1886 hasta 1991 se concluye que, siguiendo la tradición continental, la jurisprudencia existía y constituía una fuente auxiliar con alcance persuasivo, dado que el juez en su labor en ningún caso podía crear derecho, al estar imperativamente sometido a la Ley, quedando la interpretación que construían las altas cortes convertida en jurisprudencia, pero como fuente auxiliar persuasiva, en términos de la doctrina legal y la doctrina legal probable. En el entretanto, la figura del precedente no existía, y vale decirlo era totalmente ajena en nuestro sistema jurídico.

5. La Corte Constitucional a partir de la Constitución de 1991, en el marco de las acciones públicas de constitucionalidad y de tutela, incorpora primero la Jurisprudencia y luego el precedente constitucional con fuerza vinculante, como instrumentos que garantizan la unidad decisional en la jurisdicción constitucional, modificando así el sistema de fuentes contenido en el artículo 230 constitucional. En ese devenir, construyó la categoría “precedente jurisprudencial”, expresión que ha generado, por falta de precisión metodológica, una aparente confusión conceptual de las figuras en el ámbito judicial, que no cabe si las figuras se reconocen en consonancia a sus modelos de referencia y, son conceptualizadas en congruencia a los factores endógenos de nuestro sistema jurídico.

6. En marco del Derecho Administrativo Colombiano, históricamente y de manera inicial, se incorpora legalmente el precedente administrativo, con el objeto de generar coherencia con el sentido decisional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e igualdad de trato ante condiciones de identidad fáctica y jurídica, en la resolución de casos de competencia de las autoridades administrativas. Figura que no ha cumplido su cometido en la medida de la disparidad metodológica y la falta de unificación existente en las decisiones del Consejo de Estado.

7. El CPACA asciende a la Jurisprudencia y el Precedente como fuentes principales del derecho administrativo colombiano, incorporación que responde a la necesidad de unificar el sistema decisional cuando en su ejercicio llena los vacíos, soluciona antinomias y corrige contradicciones del marco legal, y garantiza la aplicación vertical y horizontal de las fuentes normativas a casos de identidad fáctica y jurídica; constituyéndose la sentencia de unificación en el paradigma a través del cual la más alta corporación contencioso administrativa logra este cometido y cuya aplicación se refleja en la actividad administrativa -ejercicio de las competencias de la autoridad pública al resolver casos y aplicación extensiva a terceros-, y

en la actividad judicial, a través de los recursos extraordinarios de unificación y revisión ordinario y eventual.

8. El funcionamiento de la jurisprudencia como fuente principal del derecho administrativo implica la creación de una regla o subregla de derecho, con carácter general y vinculante, abstracción necesaria para que en ella se subsuman diferentes casos, así en principio se use solo para la resolución del caso sub judice y su aplicación al caso concreto. El razonamiento que hace el juez para aplicar la regla legal o la regla jurisprudencial de derecho a un conjunto fáctico determinado es lo que constituye precedente judicial, y que resulta vinculante horizontal y verticalmente para el juez posterior al momento de resolver un nuevo caso con identidad fáctica y jurídica.

9. Del análisis de las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el tema de la responsabilidad administrativa del Estado, seleccionadas a partir de criterios científico jurídicos y de pertinencia metodológica, se concluye la existencia de tres grandes problemas en la aplicación de la jurisprudencia y el precedente en la actividad judicial en marco del derecho administrativo colombiano: la no distinción de las dos instituciones desde sus características de origen; la falta de clarificación para efectos de la vinculación del órgano que debe construir la jurisprudencia y el precedente; y la ausencia de un esquema unitario en la redacción de la motivación de las sentencias que determina una indebida construcción de las reglas jurisprudenciales de manera clara y precisa en ella.

10. Del análisis realizado a las decisiones judiciales seleccionadas se evidencia: la ausencia de formulación de problemas jurídicos que constituyen la controversia jurídica a resolver, incluso la falta de diálogo al interior de la parte motiva que determine si el caso está regido por una norma constitucional, legal o reglamentaria con sustento jurisprudencial, o si requiera de una solución analógica, cuya presencia amerite la necesidad de crear una nueva regla para solucionar el caso, con su correspondiente justificación; la inclusión de argumentos impertinentes y descontextualizados consignados en la parte motiva, que imposibilitan la distinción clara y precisa entre la regla jurisprudencial y la *obiter dicta*; la no justificación de la razón de la unificación que genera la regla o sub regla jurisprudencial, si lo fue por importancia jurídica, económica o social, para crear jurisprudencia o bien para modificarla, actualizarla o anularla; y la ausencia de una conclusión que determine la existencia de una nueva regla orientadora del ordenamiento jurídico.

11. Esta tesis resuelve de fondos tres situaciones determinantes que se identificaron y debatieron al ser considerados como elementos que dificultan el uso adecuado de la jurisprudencia y el precedente como fuentes vinculantes del Derecho Administrativo colombiano:

La no distinción de las dos instituciones desde sus características de origen, que encuentra solución en un sencillo pero disciplinado esfuerzo académico que de manera completa tenga en cuenta los elementos característicos teóricos y funcionales de la creación, desarrollo y actualidad de la jurisprudencia a partir del sistema continental europeo, y del precedente desde el sistema Anglosajón. Trabajo que esta tesis presenta a consideración de la comunidad académica para solucionar el indebido reconocimiento teórico, que conlleva a una invocación equivocada por parte de los ciudadanos y a la aplicación errada por parte de los jueces de las dos instituciones.

La falta de clarificación del órgano que debe construir la jurisprudencia y el precedente, encuentran solución con una lectura histórica y actual de su estructura teórica - jurídica, acompañada de una adecuada pedagogía de la misma desde la estructura del sistema jurídico nacional, en los términos en que esta Tesis lo plantea, evitando considerar que esa competencia está en cabeza de cualquier juez, y no en cabeza exclusiva del Consejo de Estado, lo que soluciona la generada federalización de una pseudo jurisprudencia.

Y, la ausencia de un esquema metodológico en la construcción de las reglas y sub reglas jurisprudenciales, así como del razonamiento para la aplicación de ellas al caso concreto, se soluciona con un esquema metodológico congruente con las características de las figuras, coherente con la dinámica de nuestro sistema y, práctico para su implementación en sede judicial y administrativa, propiciando los enormes beneficios que para la solución de casos difíciles traen de consigo tanto la una como el otro, y contribuyendo significativamente a la búsqueda de una justicia social en el marco de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, solucionando la confusa formulación y entendimiento de la jurisprudencia y del precedente, que ha propiciado desde su fuente una inadecuada distinción de las dos instituciones con incorrecta praxis en el escenario judicial, y un impreciso seguimiento por las autoridades administrativas.

12. El esquema metodológico que esta Tesis propone, permite reconocer de manera clara y precisa las dos figuras estudiadas, tanto en su concepción como en su aplicación práctica, y que irradia materialmente el ordenamiento jurídico. Precisa el mismo la existencia de reglas y sub- reglas transparentes, que por modificar el sistema de fuentes deben ser identificadas en un acápite especial de la motivación de la sentencia, para distinguir la *obiter dicta* de la *ratio decidendi* y darle, a esta sí, el alcance que tiene como regla de derecho. La propuesta contiene cuatro pasos a seguir, los cuales se centran en la parte motiva de la sentencia: 1) identificación del problema jurídico que genera la creación de la regla o sub- regla de derecho, 2) el cumplimiento de una carga de transparencia, que no es otro que la formulación del estado del arte del mismo, justificando la necesidad de solucionarlo ante la inexistencia para lo cual debe cumplir además con la carga de argumentación sustancial que justifique la necesidad de una regla jurisprudencial, de su modificación o actualización legitimándola ante la sociedad, 3) la formulación clara y precisa en un acápite especial de la Regla

jurisprudencial que impactará el sistema jurídico y 4) la formulación de la aplicación práctica de esa nueva regla jurisprudencial frente a los hechos que constituyen el litigio a resolver, razonamiento que constituye el precedente judicial, y que el juez posterior deberá usar en situaciones de similitud fáctica y jurídica.

Referencias Bibliográficas

- Alva, J.M. (s.f.). *La importancia del uso de los precedentes en materia tributaria. La Jurisprudencia del Tribunal Fiscal y Tribunal Constitucional*. 2010; págs. 130-159. Recuperado el 16 de noviembre del 2014, de <http://www.blog.pucp.edu.pe/item/116756/la-importancia-del-uso-de-los-precedentes-en-materia-tributaria-la-jurisprudencia-del-tribunal-fiscal-y-del-tribunal-constitucional>.
- Aparicio, C. (2004). *Historia del Derecho*. Editorial Técnica S.R.L. Montevideo, p. 145.
- Aparisi, A. (1992). *Notas sobre jurisprudencia como fuente de derecho*. Anuario de filosofía de Derecho IX, p. 249-265.
- Arboleda, E.J. (2012); pág. 24. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Legis.
- Arellano, C. (2005). *El juicio de amparo*. México: Editorial Porrúa, p. 956.
- Atienza, M. (2004). *El sentido del derecho*. España: Ariel Derecho, p. 228.
- Bernal, C. (2005). *Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. p. 149.
- Bernal, N. *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho*. Publicada por European Research Center of Comparative Law y editorial Dykinson de Madrid 2013; págs. 69-90.
- Bobio, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*. 1960-1961, Pág. 79. Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Burgoa, I. El juicio de amparo. México 1992. Se encuentra en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/87/art/art2.pdf>
- Calabressi, 2009, pág. 4-13. S. G. (s.f.). *Text vs præcedent in constitutional law*. Recuperado el 20 de mayo de 2015, de <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/2009/02/31-3/Calabresi%20Online%20--%20precedent.pdf>
- Cannata, C.A. (1982). *El derecho Privado Romano*. México: Esfinge, p. 49, 147, 148.
- Carbonell y Sánchez, M. (1987), pág. 7-9. *Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. p. 779. Recuperado el 20 de noviembre de 2014, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/87/art/art2.pdf>
- Cardozo, B. (1964), pág. 10,11. *La naturaleza de la función jurídica*. Buenos Aires: Edición Araquí.
- Cavanna, A. (1979). *Storia del Diritto in Europa: Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano.
- Colin, A. & Capitán, H. (1952), pág. 63. *Curso elemental de Derecho Civil, Tomo I*. (3ª edición). Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Cross, R. & Jarris, J. (2012), págs: 24, 26, 27, 41, 62, 131, 153. *El precedente en el Derecho Inglés*. Marcial Pons, Madrid.
- Díez, S. (2008). *El precedente administrativo, fundamentos y eficacia vinculante*. Marcial Pons, Madrid, p. 21, 23, 105, 106, 107, 108,109, 111.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precent*. Cambridge University Press.

- Escriche y Martín, J. (1978). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. México: Editorial Cárdenas, p. 160.
- Falcón y Tella, M.J. (2005). La Equity Angloamericana. En: *Revista Foro, Nueva época, No. 1*, p. 78-108.
- Falcón y Tella, M.J. (2010). *La Jurisprudencia en el Derecho Romano, Anglosajón y Continental*. Marcial Pons. Madrid, p. 19, 34, 35, 37, 38, 40, 42, 50, 60, 65, 67, 151.
- Fine, T. (1992). Etare decisis y la naturaleza obligatoria de los precedentes en Estados Unidos. *Planed Parenthood of Southeastern Pensilvania v. Casey* 505 U.S. 833. p. 833.
- García, E. (2002). *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. México: Distribuciones Fontamar.
- Guerrero, E. Manual para el manejo del seminario judicial de la federación. México. 1989, pág. 1892.
- Hart (2001). *Teoría General del derecho*. p. 138.
- Hessen, J. (1993). *Teoría del conocimiento*. México: Editores Mexicanos Unidos.
- Iturralde, M.V. (2013). Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad No 4, marzo-agosto, Universidad del País Vasco, p. 194-201.
- Kelsen, H. (1999). “*La théorie pure du droit*” é Bruylant. LGSJ, p. 337 et s.
- Lagarre, S. (2005). *Stare Decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos*. Recuperado el 10 de abril de 2015, de http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/stare_decisis_y_dcho_judicial.pdf
- López, D.E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, p. 34-35
- López, M. (2007). *Estudio Jurídico legal del valor y eficacia de la jurisprudencia en los procesos administrativos*. Tesis. Guatemala.
- Marín, M.L. & Marín, C. (1984). Consideraciones sobre el derecho inglés como prototipo del Sistema de Common Law y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánico. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, p. 139-179
- Marín, M.L. (1985). *Significado y alcance de la equity inglesa*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Editorial Universidad Complutense, p. 10-39
- Massini, C.I. (s.f.). *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 21-22.
- Mayrand, A. (1994). *L'autorité du prècèden au Quebec*. Recuperado el 30 de noviembre de 2014, de https://modules.fd.ulaval.ca/cycles_superieur/sites/modules.fd.ulaval.ca/cycles_superieur/files/sources_du_droit_2_0.pdf
- Mith, J.C. (s.f.). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVII. Buenos Aires: Driskill, p. 621.
- Moderne, F. (1999). Legitimé de principes generaux de droit et théorie de du droit. *Revue du droit administraf*. p. 722
- Monroy, M. (1973). *Introducción al derecho*. Segunda Edición. Temis. Bogotá, 1973
- Montero, A. (1984). *Ideologías y fuentes del derecho*. *Revista de Estudios Políticos*. México 1984, p. 72-73.

- Motta, A.; Suelt, V. & Corrales, M.E. (2012). *La importancia de la Jurisprudencia en Colombia*. Consejo Superior de la Judicatura.
- Nguyen, T.H. *¿La jurisprudencia creadora de derecho?* Traducido en español por Bernal Cano Natalia en “*El Valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho*”. Oubicada en European Research Center of Comparative Law” 2013, pág. 69.
- Orozco, M. (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Madrid: Editorial Arazandi.
- Plazas, A.M. (2014). *Historia de las ideas políticas y jurídicas*. Bogotá: Editorial Temis, p. 203-208.
- Pound, R. (1912). The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, III: Sociological Jurisprudence. En: *Harvard Law Review* 25(6), p. 489-516
- Prieto, C. La Cassazione Civile. vol.II. Disegno generale dell’istituto, en Id., *Opere giuridiche*, vol.II, Napoli, 1976, pp. 34, 92, 105
- Rodríguez, R. (2001). *Derecho Fiscal*. Méxjico: Harla, p. 27.
- Ross, A. (1959). *On Law and Justice*. Berkeley: University of California.
- Santamaría, J. A. (1988). *Fundamentos de derecho administrativo I*. Madrid, p. 405.
- Santofimio, J.O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Universidad Externado de Colombia, p. 13-26.
- Schiele, C. (2008). *La jurisprudencia como fuente de derecho: El papel de la jurisprudencia*. Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 183.
- Shom, R. (2006). *Instituciones de Derecho Privado*. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, p. 49-60.
- Solar, J.I. (2012). Algo del realismo sobre el realismo. Universidad de Cantabria. *Eunomía. Revista No. 2, marzo-agosto*, p. 176-226.
- Tamayo y Salmarán, R. (2004). Jurisprudencia y formulación judicial del derecho. En: *Isonomía, núm. 21*, México: Itam.
- Taruffo, M. (2007). *Jurisprudencia y Doctrina*. Universidad Icesi. 2007, p. 98.
- Taruffo, M. (2012). *Proceso y Decisión*. Marcial Pons. Madrid, p. 137.
- Téllez, L. (s.f.). *Jurisprudencia*. Recuperado el 10 de noviembre de 2014, de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/tellez_y_m/capitulo3.pdf
- Torres, F. (2009). *La jurisprudencia, su evolución*, Revista Alegatos, Número 72, mayo-agosto de 2009, págs. 156, 165.
- Valencia, H. (2013). *Derecho Privado Romano*. Primera reimpresión. Medellín: Señal Editorial, p. 85-95.
- Van Caenegem, R. & Moreno-Torres, J.L. (1998). El nacimiento del *Common Law* inglés, interpretativo. En: *Revista de Historia del Derecho, IV*.
- Vélez, J. (1996). *Los dos sistemas del derecho administrativo*. Institución universitaria Sergio Arboleda. Segunda edición. Bogotá, p. 40.

Normas examinadas

Constituciones de la República de Colombia de los siguientes años: 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886 y 1991

Actos Legislativos

10 de 1905.

3 de 1910.

10 de 1914.

Leyes

Congreso de Colombia. Ley 61 de (1886). Sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Congreso de Colombia. Ley 57 de 1887. A través de la cual se nacionalizan algunas normas regionales.

Congreso de Colombia. Ley 153 (1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales.

Congreso de Colombia. Ley 105 de 1890 A través de la cual se hacen reformas a la ley 153 de 1887.

Congreso de Colombia. Ley 100 de (1892) a través de la cual se hacen reformas a la ley 153 de 1887.

Congreso de Colombia. Ley 169 de (1889). A través de la cual se hacen reformas a la ley 153 de 1887.

Congreso de Colombia. Ley 38 de (1918), responsabilidad por los daños producidos con la ocupación de inmuebles por motivo de trabajos públicos.

Congreso de Colombia (1975). Ley 11 (enero 13), por la cual se aclaran y adicionan los artículos 22 y 24 del Decreto-Ley 528 de 1964 y el artículo 4o de la Ley 50 de 1967 y se modifica el 25 de la Ley 167 de 1941, sobre funcionamiento del Consejo de Estado. En: *Diario Oficial No. 34.245*.

Congreso de Colombia (2011). Ley 1437 (enero 18), por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: *Diario Oficial No. 47.956*.

Congreso de Colombia (2009). Ley 1285 (enero 22), por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. En: *Diario Oficial 47240*.

Congreso de Colombia (1996). Ley 270 (marzo 7), Estatutaria de la Administración de Justicia. En: *Diario Oficial No. 42.745*.

Congreso de Colombia (2005). Ley 954 (abril 27), por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia. En: *Diario Oficial 45893*.

- Congreso de Colombia (1998). Ley 446 (julio 7), por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. En: *Diario Oficial* 43335.
- Congreso de Colombia (2010). Ley 1395 (julio 12), por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. En: *Diario Oficial No. 47.768*.
- Congreso de Colombia (2012). Ley 1564 (julio 12), por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. En: *Diario Oficial No. 48.489*.
- Congreso de Colombia (2009). Ley 1340 (julio 24), por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. En: *Diario Oficial* 47420.
- Código Civil (1987). *Ley 57 de 1887, art. 4o. con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873.*
- Congreso de Colombia (1890). Ley 105 (noviembre 24), sobre reformas a los procedimientos judiciales. En: *Diario Oficial No. 8.296*.
- Consejo Nacional Legislativo (1886). Ley 61 (noviembre 25), provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. En: *Diario Oficial No. 6.881 - 6.882*.
- Congreso de Colombia (1892). Ley 100 (diciembre 24), sobre reformas judiciales. En: *Diario Oficial No. 9.023*.
- Congreso de Colombia (1896). Ley 169 (diciembre 31), Sobre reformas judiciales. En: *Diario Oficial* 10235.

Decretos Leyes

- Código Civil (Francia, 2010)
- Código Civil Colombiano.
- Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.
- Código General de Proceso.
- Ministerio de Justicia (1964). Decreto Ley 528 (marzo 9), por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones. En: *Diario Oficial No 31.330*.
- Presidencia de la República de Colombia (1989). Decreto Ley 2304 (octubre 7), por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo. En: *Diario Oficial* 39013.

Decretos:

- Presidencia de la República (1991). *Decreto 2067, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.*

Corte Constitucional Colombiana

- Sentencia 406 del 24 de septiembre de 1993, Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero. Expediente 15.343.
- Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996. Magistrado Ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente. P.E. 008.
- Sentencia C-083/1995 del 1 de marzo de 1995. Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-665.
- Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-164.
- Sentencia C-113 de 25 de marzo de 1993. Magistrado Ponente doctor Jorge Arango Mejía. Expediente D-096.
- Sentencia C-131 del 1 de abril de 1993. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-182.
- Sentencia C-131 del 11 de marzo de 1993. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-164.
- Sentencia C-335/2008. Sentencia del 16 de abril de 2008. Magistrado Ponente doctor Humberto Antonio Sierra Porto. Expedientes acumulados D-6943 y D-6946
- Sentencia C-447 de 18 de septiembre de 1997. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-1648.
- Sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009. Magistrada Ponente doctora María Victoria Calle Correa. Expediente D-7485.
- Sentencia C-537 del 30 de junio de 2010. Magistrado Ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez. Expediente acumulado D-7942.
- Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011. Magistrado Ponente doctor Luís Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8351.
- Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992. Magistrado Ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes acumulados D-056 y D-092.
- Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, Magistrado Ponente doctor Jaime Córdoba Triviño. Expedientes acumulados D-5428, T-292/2006.
- Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011. Magistrado Ponente doctor Luís Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8413.
- Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008. Magistrada Ponente doctora Clara Inés Vargas Hernández. Expediente P.E. 030.
- Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011, expediente D-8473, Magistrado Ponente doctor Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-836/2001 del 9 de agosto del 2001. Magistrado Ponente doctor Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3374.

- Sentencia SU-995 del 9 de diciembre de 1999. Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz. Expedientes acumulados T-218550, T-229080, T-233549, T-233551, T-233586, T-233681, T233709 y T-23752.
- Sentencia T-006 de 12 de mayo de 1992. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-221.
- Sentencia T-018 del 25 de enero de 1993. Magistrado Ponente doctor Alejandro Caballero Martínez. Expediente D-043 (procesos acumulados D-043, D-050, D-095, D-100, D-122 y D-128).
- Sentencia T-1130 del 28 de noviembre de 2003. Magistrado Ponente doctor Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-774610, .C-590/2005.
- Sentencia T-123 de 21 de marzo de 1995. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-48378.
- Sentencia T-175 del 8 de abril de 1997. Magistrado Ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes acumulados T-114880 y 305 más.
- Sentencia T-256 del 30 de junio de 1993. Magistrado Ponente doctor Fabio Morón Díaz. Expediente T-10282.
- Sentencia T-289 del 26 de julio de 1993. Magistrado Ponente doctor Hernando Herrera Vergara., expediente 12.941.
- Sentencia T-292 del 28 de julio de 1993. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero. Expediente 10.766.
- Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006. Magistrado Ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-1222275.
- Sentencia T-306 del 3 de agosto de 1993. Magistrado Ponente doctor Hernando Herrera Vergara. Expediente 12.485.
- Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996. Magistrado Ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-97645.
- Sentencia T-571 del 23 de julio del 2007. Magistrado Ponente doctor Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-1554355.
- Sentencia T-688 del 8 de agosto del 2003. Magistrado Ponente doctor Eduardo Montealegre Lynett. Expediente T-731444.
- Sentencia T-698 de 22 de julio de 2004. Magistrado Ponente doctor Rodrigo Uprimy Yepes. Expediente T-869246.

Corte Suprema de Justicia

Casación No. 40.022. Casación del 27 de febrero de 2013, No. 40.022, Magistrado Ponente doctor José Luis Barceló Camacho.

Consejo de Estado:

Sentencia proferida el 29 de julio de 1947. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Gustavo A. Valbuena. Actor. Periódico El Siglo.

- Sentencia del 20 de marzo de 1956. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Dr. Ildefonso Méndez. Radicación número: CE-SCA-1956-03-20.- Actor: Sociedad Castillo Angulo Hermanos Ltda. Vs. Ministerio de Obras Públicas.
- Sentencia del 2 de noviembre de 1960. Consejo de Estado. Sala de Negocios Generales. Consejero Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta. Actor: Ira Elischa Washburn Vs. Ministerio de Guerra.
- Sentencia de julio de 1966. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Alfonso Castilla Saiz. Radicación 1808. Actor sociedad Samper Moscoso y Cía. Ltda.
- Sentencia del 28 de abril de 1967. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Carlos Portocarrero Mutis.
- Sentencia de septiembre 9 de 1968. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor Pedro Pablo Arango Vs. Empresas Públicas de Medellín. Rad. 782.
- Sentencia de mayo 6 de 1970. Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez. Radicación 435. Actor Central automotor Ltda. y otros.
- Sentencia del 11 de diciembre de 1972. Sección Tercera. Consejero ponente: Carlos Portocarrero Mutis. Radicación número: 1282. Actor: Alicia Muñoz de Rebolledo.
- Sentencia de 16 de febrero de 1979. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Oswaldo Abello Noguera. Actor Matilde Marín Vda. De Vanegas y otros.
- Sentencia de febrero 14 de 1980. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango. Radicación. 2367. Actor Reinaldo Guerrero Ovalle.
- Sentencia del 29 de abril de 1980. Sección Tercera. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Actor. Mary Luz Arias de Anaya.
- Sentencia de 20 de junio de 1980. Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Jorge Dangond Flores.- Radicación número 2342. Actor. Gustavo Alfonso Figueroa Martínez.
- Sentencia del 19 de agosto de 1982. Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Jorge Valencia Arango. Radicación: Expediente: Acumulados 2561 y 2326. Actor: Elda Martínez de Moreno y otros.
- Sentencia de 2 de febrero de 1984. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Eduardo Suezcún. Expediente 2744. Actor Enrique Mejía Ruiz.
- Sentencia de octubre 10 de 1985. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Radicación 4556. Actor: Gladys Mamby de Delgado Vs. Empresa electrificadora de Bogotá.
- Sentencia de 16 de julio de 1985. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor Madriñan, Micolta y Cía. Ltda. Patrol vs. La Administración Postal Nacional. Radicación: 4070
- Sentencia del 6 de febrero de 1986. Sección Tercera. Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. Expediente No. 4130.- Actor: Lucila Palomino de Barbosa vs. Demandado: La Nación –Policía Nacional-.
- Sentencia de 6 de febrero de 1986. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta. Radicación 3575. Actor: Hernando Enrique Reparato y otros vs. Nación-Policía Nacional-.

- Sentencia de 4 de abril de 1986. Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Jorge Valencia Arango. Radicación 3507. Actor Olga López Jaramillo de Roldan.
- Sentencia del 19 de junio de 1987. Sección Tercera. Consejero ponente: Carlos Betancourt Jaramillo. Actor Narquí Ltda. y otros Vs. Municipio de Cali.
- Sentencia del 11 de diciembre de 1987, Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Radicación 5190. Actor Gladys Rodríguez González.
- Sentencia del 22 de marzo de 1988. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Radicación 3360 y 3364. Actor Plutarco Elías López.
- Sentencia de 5 de agosto de 1988. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta. Radicación 3099, Actor Etelvina Pardo de Barbosa y otros.
- Sentencia del 14 de octubre de 1988. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Expediente 4972. Actor: Arnulfo Castillo Sierra.
- Sentencia del 20 de febrero de 1989. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Antonio J. Irisarri. Expediente 4655
- Sentencia de 5 de mayo de 1989. Sección tercera. Consejero ponente: Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente 3936. Actor. Skandia Seguros de Colombia S. A.
- Sentencia de 5 de octubre de 1989. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Expediente 3484. Actor: María del Socorro Ríos viuda de Zapata.
- Sentencia de 1 de marzo de 1990. Sección Tercera. Consejero ponente Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo. Radicación número: 3260. Actor: Juan Nepomuceno Gómez Cifuentes y otros.
- Sentencia de octubre 24 de 1990. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente Doctor Daniel Suárez Hernández. Expediente 5902
- Sentencia de 5 de julio de 1991. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández. Radicación número: 6014. Actor: Aníbal Orozco Cifuentes.
- Sentencia de 9 de julio de 1992. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta. Radicación 3567. Actor Pachón Larrota e hijos Ltda.
- Sentencia de 17 de agosto de 1993. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Radicación 6294. Actor Rosalba Ortiz Gallego de Rendón vs. Unidad Regional de salud de Pereira y otros.
- Sentencia de 15 de septiembre de 1994. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe acosta. Radicación número: 8380. Actor: Carlos Román Álvarez Cajiao vs. Demandado: Instituto de los Seguros Sociales.
- Sentencia de 10 de noviembre de 1995. Sección Tercera. Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Radicación número: 8654. Actora: Sociedad Luis Durán del Castillo y otro vs. La Nación - Ministerio de Trabajo y otro.
- Sentencia de 11 de marzo de 1996. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Radicación 8968. Actor George J. Franklin vs. Administración Postal Nacional.

- Sentencia de 4 de julio de 1997. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10030. Actor Sociedad Pavimentos América Ltda. Vs. Caja de Vivienda Popular.
- Sentencia del 23 de abril de 1998. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10280. Actor Ramiro Hernán Medida y otros vs. Invitula.
- Sentencia de 25 de marzo de 1999. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10905. Actor Yolanda Sánchez de Ossa vs. Departamento de Risaralda.
- Sentencia de 27 de enero de 2000. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Alirio Eduardo Hernández Enríquez. Radicación 10867. Actor Juan Carlos González Castro vs. Nación Ministerio de Defensa. Policía Nacional.
- Sentencia de 4 de junio de 2001. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Alirio Eduardo Hernández Enríquez. Radicación 13001-23-31-000-1990-7392-01(11901). Actor Walfredo Puella Royo vs. Instituto de los Seguros Sociales.
- Sentencia de 28 de febrero de 2002. Sección Tercera. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicación (14002) 05001-23-26-000-1998-4483-01(13011). Actor Lucila Henao Cardona y otros vs. Empresas Públicas de Medellín.
- Sentencia de 20 de febrero de 2003. Sección Tercera. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-0385-01(14117). Actor Pedro Alfonso García Ortigón y otros vs. La Nación Ministerio de Defensa- Policía Nacional.
- Sentencia de 29 de julio de 2004. Sección Tercera. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicación número: 08001-23-31-000-1993-8295-01(14327). Actor Inés Aminta Martínez Zúñiga y otro vs. Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.
- Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 13001-23-31-000-1993-09273-01(15571). Actor Luis Gómez Bobadilla y otros vs. Nación Ministerio de Defensa-Policía Nacional y Municipio de Santa Rosa del Sur –Bolívar-.
- Sentencia de 19 de diciembre de 2007. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00939-01(33294). Actor Daysi Rodríguez Angulo y otro vs. Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.
- Sentencia de 1 de octubre de 2008. Sección Tercera. Consejo Ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06814-01(16844). Actor Rosa Amelia Villada y otros vs. Departamento de Antioquia y otros.
- Sentencia de 18 de febrero de 2010. Sección Tercera. Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 05001-23-26-000-1992-01149-01(18165). Actora Aura Amaya Mira vs. Municipio de Santa Rosa de Osos.
- Sentencia de 4 de abril del 2011. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Danilo Rojas Betancourt. Radicación 050002326000119501288601. Actor María Leticia Palacios y Otros vs. Nación, Ministerio de Defensa –Policía Nacional.

- Sentencia del 4 de abril del 2011. Sección Tercera. Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación 1900123310001998230001 (19957). Actor Medardo Torres Barrera vs. Departamento del Cauca y Caja de Previsión Social Caprecauca.
- Sentencia del 9 de febrero del 2012. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 50001233100019970609301 (21060).
- Sentencia del 19 de abril del 2012. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón. Expediente: 1901233100019990081501 (21515).
- Sentencia del 18 de abril del 2013. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Calor Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 85001233100019980013501 (17859).
- Sentencia del 25 de septiembre del 2013. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 2500232600019970393001 (19933).
- Sentencia del 25 de septiembre del 2013. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero. Expediente: 055001233100020010079901 (36460).
- Sentencia del 17 de octubre del 2013. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 52001233100019960745901 (23354).
- Sentencia del 2 de diciembre del 2013. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 110001032600020110003900 (41719).
- Sentencia del 13 de mayo del 2014. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 76001233100019960520801 (23128).
- Sentencia del 28 de mayo del 2014. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 20001233100020090019901 (41834).
- Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero. Expediente: 05001233100019970117201 (31170).
- Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente doctor Danilo Rojas Betancourt. Expediente: 25000232600020000034001 (28832).
- Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente doctora Olga Valle de De la Hoz. Expediente: 50001231500019990026601 (31172).
- Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Calor Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 73001233100020010041801 (27709).
- Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente doctora Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 23001233100020010027801 (28804).
- Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 66001233100020010073101 (26251).
- Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente doctor Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Expediente: 05001232500019990016301 (32988).

Sentencia del 28 de agosto del 2014. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón. Expediente: 68001233100020020254801 (36149).

Sentencia del 22 de abril del 2015. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente doctor Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 15001233100020000383801 (19146).

Sentencia del 26 de marzo del 2015. Consejo de Estado, Sección Quinta. Consejero Ponente doctor: Alberto Yepes Barreiro.